

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

LACOURT Sarah

le 23 novembre 2020

Le couple homoparental en droit international privé

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **IDP (EA 1920)**

Directeur de thèse : Madame Anne D'ABBADIE D'ARRAST, Maître de conférences HDR à l'Université TOULOUSE 1 CAPITOLE

JURY

Rapporteurs Monsieur Michel FARGE, Professeur à l'Université Grenoble Alpes
Monsieur Fabien MARCHADIER, Professeur à l'Université de Poitiers

Suffragants Madame Fanny VASSEUR-LAMBRY, Maître de conférences HDR à l'Université d'Artois
Madame Estelle GALLANT, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières de l'auteur. »

REMERCIEMENTS

J'adresse mes plus sincères remerciements à Madame Anne d'Abbadie d'Arrast pour sa disponibilité, ses conseils avisés et ses encouragements tout au long de cette thèse. Je tiens à lui exprimer ma profonde gratitude pour m'avoir fait découvrir le droit international privé et m'avoir, par la suite, accompagnée dans ce travail de recherche.

Je remercie également l'Association Française des Femmes Diplômées des Universités de Toulouse pour leur intérêt pour ces travaux de recherche et leur soutien par l'attribution de bourses.

Qu'il me soit permis de remercier famille, amis et proches, qui de près ou de loin, m'ont soutenue et encouragée durant ces années de recherches.

Enfin, mes remerciements vont à Thibault pour la présence au quotidien.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFDI	Annuaire français de droit international
aff.	affaire
AJ fam.	Actualité juridique Famille
AJCT	Actualité juridique Collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
AJDI	Actualité juridique Droit immobilier
al.	Alinéa
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
AMP	Assistance médicale à la procréation
AN	Assemblée nationale
APGL	Association des parents et futurs parents gays et lesbiens
art.	article
BOMJ	Bulletin officiel du Ministère de la Justice
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
c./	contre
CA	Cour d'appel
Cass. 1 ^{ère} civ.	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3 ^{ème} civ.	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
CE	Conseil d'État
cf.	<i>confer</i>
chron.	chronique
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
CIEC	Commission internationale de l'État civil
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
CNE	Commission nationale d'éthique
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
coll.	collection
comm.	commentaire
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
concl.	conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
consid.	considérant
<i>Contra</i>	en sens contraire
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
D. actualité	Dalloz actualité
déc.	Décision

Décr.	Décret
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
dir.	sous la direction de
doc.	document
doctr.	doctrine
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)
Dr. et patri.	Droit et patrimoine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. pén.	Droit pénal
éd.	édition
et al.	et les autres
Fasc.	fascicule
GACEDH	Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme
GADIP	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GEDIP	Groupe européen de droit international privé
GPA	Gestation pour autrui
gr. ch.	Grande chambre
HCCH	Conférence de La Haye de droit international privé
HCEfh	Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
IGREC	Instruction générale relative à l'état civil
<i>In</i>	dans
<i>Infra</i>	ci-dessous
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
J.-Cl.	Jurisqueuseur (encyclopédies)
JCP	Jurisqueuseur périodique (La Semaine juridique)
JCP G	La semaine juridique, Édition générale
JCP N	La semaine juridique, Édition notariale
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JDJ	Journal du droit des jeunes
JO / JORF	Journal officiel (Lois et décrets)
JO Sénat Q	Journal officiel (Questions réponses) – Sénat
JOAN CR	Journal officiel (Comptes rendus) – Assemblée nationale
JOAN Q	Journal officiel (Questions réponses) – Assemblée nationale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JTDE	Journal des tribunaux – Droit européen
jurisp.	Jurisprudence
L.	Loi
LERADP	Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
n ^{o(s)}	numéro(s)
OAA	Organismes autorisés pour l'adoption
obs.	observation
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (dans l'ouvrage précité)
ord.	Ordonnance
p., pp.	page(s)
PMA	Procréation médicalement assistée
préc.	précité
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France

PUG	Presses universitaires de Grenoble
PULIM	Presses universitaires de Limoges
PUQ	Presses de l'Université du Québec
rapp.	rapport
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDI	Revue de droit immobilier
RDIA	Revue de droit international d'Assas
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentales
RDP	Revue du droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil
réed.	Réédition
Rép. min.	Réponse ministérielle
req.	Requête
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDIP	Revue générale de droit international public
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RIDLC	Revue internationale de droit et de législation comparée
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RLDC	Revue Lamy droit civil
RRJ	Revue de la recherche juridique
RSC	Revue de science criminelle et droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'Homme
s.	suivant(e)s
S.	Recueil Sirey
somm.	Sommaire
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
T. corr.	Tribunal correctionnel
TA	Tribunal administratif
TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé
TGI	Tribunal de grande instance
V.	voir
V°	<i>verbo</i> (mot)
vol.	volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION	11
PREMIÈRE PARTIE : LES MODES DE CONJUGALITÉ OUVERTS AUX COUPLES DE MÊME SEXE	49
TITRE I : DES MODES DE CONJUGALITÉ INITIALEMENT RESTREINTS	53
<i>CHAPITRE I : L'HOMOSEXUALITÉ À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE</i>	55
<i>CHAPITRE II : L'ORGANISATION JURIDIQUE DE LA VIE DU COUPLE NON MARIÉ</i>	127
TITRE II : DE LA NOUVELLE VAGUE INITIÉE PAR LA LOI DU 17 MAI 2013	225
<i>CHAPITRE I : LA CÉLÉBRATION PERMISSIVE EN FRANCE D'UN MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE</i>	227
<i>CHAPITRE II : LA RECONNAISSANCE ACCRUE DES MARIAGES ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE</i>	299
DEUXIÈME PARTIE : LA FILIATION AU SEIN DES COUPLES DE MÊME SEXE	363
TITRE I : LES TECHNIQUES PROCRÉATIVES ENVISAGEABLES POUR UN COUPLE DE PERSONNES DE MÊME SEXE	365
<i>CHAPITRE I : L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION : UNE INTERDICTION RELATIVE EN FRANCE</i>	367
<i>CHAPITRE II : LA GESTATION POUR AUTRUI : UNE INTERDICTION ABSOLUE EN FRANCE</i>	425
TITRE II : L'ÉTABLISSEMENT DU LIEN DE FILIATION AU SEIN D'UN COUPLE DE PERSONNES DE MÊME SEXE	517
<i>CHAPITRE I : LA CONSÉCRATION DE LA FILIATION HOMOPARENTALE FONDÉE SUR UN LIEN ADOPTIF</i>	519
<i>CHAPITRE II : LA CONSTRUCTION DE LA FILIATION HOMOPARENTALE À LA SUITE D'UN PROCÉDÉ D'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION</i>	611
CONCLUSION GÉNÉRALE	703

INTRODUCTION

1. Au sein des réformes en droit des personnes et de la famille, l'accès des couples de personnes de même sexe au mariage et à la filiation est certainement celle qui a le plus déstabilisé les fondements de la famille. La question de l'homoparentalité « *est assurément une question délicate : source de controverses infinies, elle mêle mariage, Pacs et concubinage, couples homosexuels et hétérosexuels, filiation et autorité parentale, parenté et parentalité* »¹. De ce constat, dressé par Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, se dégagent les principales pistes de recherches de la présente étude. Dans un contexte socio-économique de mobilité accrue², les relations familiales mixtes se sont créées et continuent à se former³ de sorte que le couple homoparental prend une tournure particulière en droit international privé.

2. « *L'expression de "droit international privé" a été forgée au XIX^{ème} siècle* »⁴. Qualifiée de « *matière relativement neuve* », elle n'a véritablement « *pris son essor qu'avec le développement des relations internationales* »⁵. Le droit international privé est « *la branche du droit visant à régir de manière spécifique l'ensemble des relations privées internationales* »⁶. En d'autres termes, il s'agit de « *l'ensemble des règles propres aux relations internationales entre personnes privées* »⁷. Le droit international privé peut également être défini comme « *le droit spécial, applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales* »⁸ ou le droit qui « *régit les relations entre particuliers qui transcendent les frontières* »⁹. Le droit international privé est entendu comme un droit spécial en ce qu'il « *ne prend pas nécessairement en charge le règlement intégral de la question juridique posée* », mais « *ne traite que les problèmes spécifiques directement liés au caractère international de celle-ci* »¹⁰. En ce qu'il s'applique aux personnes privées, le droit international privé se

¹ H. Fulchiron, « Homoparenté v. homoparentalité ? Le droit français face à la question homoparentale », *RID comp.*, vol. 64, n° 1, 2012, p. 93.

² V. sur les raisons de cet accroissement : F. Marchadier, « Les droits fondamentaux comme « moteur » de la circulation des personnes et de leur statut familial », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 67 et s., n°s 68 et s. L'auteur met en avant plusieurs facteurs sociaux, technologiques, économiques, géopolitiques et juridiques.

³ R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, Tome 348, 2011, p. 411, n° 139.

⁴ B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018, p. 1, n° 1.

⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10^{ème} éd. 2013, p. 3, n° 3.

⁶ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I, PUF, 4^{ème} éd., 2017, p. 1, n° 1.

⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 1, n° 1.

⁸ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2019, p. 26, n° 2.

⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 1, n° 1.

¹⁰ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 26, n° 3.

distingue du droit international public dont « *les sujets sont traditionnellement identifiés aux États et aux organisations internationales* » et du droit public international « *applicable à l'aspect international des rapports entre un État et les personnes privées* »¹¹. Par l'expression relations juridiques internationales, il convient de songer au fait que les rapports de droit relevant du droit international privé sont marqués par un élément d'extranéité dont les manifestations sont nombreuses. De manière non exhaustive, l'extranéité d'une situation peut ainsi apparaître en raison de la nationalité d'un individu, du pays où il possède son domicile, du lieu de survenance d'un fait juridique¹². En définitive, le droit international privé vise à faire « *vivre ensemble des systèmes juridiques différents, parce que des relations se nouent entre les personnes, qui par elles-mêmes, leurs biens ou leurs actes, relèvent de systèmes différents* »¹³. Le domaine du droit international privé fait l'objet de nombreuses controverses doctrinales¹⁴. En droit international privé français, cette discipline semble intégrer les conflits de lois, les conflits de juridictions, la condition des étrangers et la nationalité. Le droit international privé est « *un instrument de la gestion de la diversité des droits* »¹⁵. Plus précisément, il a pour objet de « *déterminer l'État dont les juridictions sont compétentes pour connaître du contentieux issu d'une situation comportant des liens de fait avec une pluralité de pays, d'indiquer celui dont le droit doit apporter la réponse au litige, ou encore de définir la valeur d'un jugement ou d'un acte public étranger devant le juge national* »¹⁶. Le champ de la matière est donc très vaste et requiert pour l'objet de cette étude une limitation.

3. L'étude du couple homoparental en droit international privé sera principalement envisagée à l'aune des conflits de lois. Il y a conflit de lois « *toutes les fois qu'une situation juridique pouvant se rattacher à plusieurs pays, il faut choisir, entre les lois de ces différents États, celle qui sera appelée à régir le rapport de droit considéré* »¹⁷. Autrement dit, « *le règlement du conflit de lois a pour fonction de déterminer, du point de vue de l'organe saisi, la règle de décision applicable à une question de droit issue de faits liés à plusieurs pays* »¹⁸. Plus exactement, les règles de conflit de lois « *se bornent à déterminer la loi applicable sans*

¹¹ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 26, n° 4. Cependant, les auteurs notent que la frontière entre droit international privé et d'une part, droit international public et d'autre part, droit public international est discutée en doctrine.

¹² D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I, *op. cit.*, p. 5, n° 5.

¹³ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, réed. Dalloz, 2002, p. 16, n° 5.

¹⁴ V. pour une présentation des différentes thèses : Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 5 et s., n° 3 et s..

¹⁵ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I, *op. cit.*, p. 27, n° 14.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 5, n° 5.

¹⁸ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I, *op. cit.*, p. 385, n° 329.

trancher le litige au fond »¹⁹. À cette fin, la méthode du conflit de lois est particulière ; il convient, tout d'abord, d'élaborer des catégories de rattachement auxquelles est assorti un facteur de rattachement. Ensuite, le rapport juridique en cause doit entrer dans l'une des catégories afin de déterminer, avec l'aide du facteur de rattachement retenu, la loi applicable au rapport de droit en cause²⁰. À ce stade, il convient d'évoquer la doctrine de l'auteur allemand Savigny exposée au milieu du XIX^{ème} siècle dans le tome VIII de son *Traité de droit romain*²¹. Cet auteur a rompu avec l'idée de territorialisme en se fondant sur l'existence d'une « *communauté de droit entre les différents peuples* »²² fondée sur les traditions romaniste et chrétienne. Ainsi, selon Savigny, l'application d'une loi étrangère devait être « *chose normale et facile, à tout le moins entre pays unis par une "communauté de droit" comme l'étaient les pays d'Europe continentale* »²³. De là, Savigny propose de procéder à l'analyse de chaque type de rapport et d'en déduire la loi qui lui convient²⁴ « *sans a priori dogmatique sur la loi à privilégier* »²⁵. Autrement dit, il s'agit de « *rechercher pour chaque rapport de droit le domaine du droit auquel ce rapport appartient de sa nature (où ce rapport de droit a son siège)* »²⁶. La doctrine de Savigny « *cherche à rattacher objectivement chaque institution à la loi qui lui convient d'après sa nature* »²⁷. La doctrine savignienne a « *profondément marqué le droit international privé* »²⁸ est à ce titre « *une bonne grille d'analyse d'un grand nombre de solutions de droit positif* »²⁹. La question du conflit de lois peut « *se poser à deux époques différentes de la vie d'un droit ou d'une situation juridique* »³⁰. Ainsi, il sera question de la création d'un droit lorsque la recherche de la loi applicable se pose à la naissance d'une situation juridique et de l'efficacité internationale d'une situation lorsque le conflit de lois se pose à une époque ultérieure. En outre, la théorie générale du conflit de lois est assortie de plusieurs correctifs exceptionnels « *indispensables parce que chaque système de droit international privé, en dépit de son caractère national, s'applique à des relations internationales* »³¹.

¹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 8, n° 9.

²⁰ *Ibid.*, p. 8, n° 10.

²¹ F. C. von Savigny, *Traité de droit romain*, Tome VIII, 1849, réimpression Editions Panthéon-Assas, 2^{ème} éd., 2002, traduction Ch. Guenoux, avant-propos H. Synvet.

²² *Ibid.*, p. 30.

²³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 133, n° 151.

²⁴ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 69, n° 71.

²⁵ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2020, p. 171, n° 216.

²⁶ F. C. von Savigny, *op. cit.*, p. 109.

²⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993, p. 309, n° 237.

²⁸ F. Mélin, *Droit international privé*, Gualino, 10^{ème} éd., 2020, p. 28.

²⁹ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 172, n° 217.

³⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 9, n° 11.

³¹ *Ibid.*, p. 10, n° 11.

Pour autant, la présente étude ne pourrait être complète sans évoquer, *a minima*, le conflit de juridictions auquel il convient d'ajouter le conflit d'autorités. En réalité, sous cette appellation, deux questions sont évoquées : il « couvre [...] à la fois les règles relatives à la détermination de la compétence internationale directe des tribunaux ou des autorités d'un État, ainsi que les règles relatives aux effets dans un État des décisions rendues par les tribunaux ou autorités d'autres États »³². À cela, il convient de rajouter la question de la compétence internationale d'une autorité administrative française. En ce cas, il appartient au droit international privé de déterminer les conditions dans lesquelles un officier public instrumente un acte prévu par une loi étrangère³³. En outre, « des questions analogues se posent à l'occasion de la détermination des effets en France d'actes publics étrangers ne revêtant aucun caractère juridictionnel »³⁴ comme les actes de l'état civil. En cette hypothèse, « la distinction entre les conflits de lois [...] et les conflits de juridictions [...] se brouille » d'autant plus « qu'il n'est pas certain [...] que puisse se dégager une méthode propre aux conflits d'autorités »³⁵.

Les questions relatives à la condition des étrangers et à la nationalité seront présentes par parcimonie au sein de la présente étude. La première de ces notions « sert à déterminer les prérogatives dont peuvent bénéficier les étrangers sur notre territoire »³⁶ et la seconde peut se définir « comme l'ensemble des règles qui déterminent l'allégeance d'un individu par rapport à un État »³⁷. Contrairement aux conflits de lois et de juridictions « à forte composante méthodologique », les dispositions relatives à la nationalité et à la condition des étrangers présentent « un caractère très spécifique, instable et réglementaire »³⁸.

4. Le couple homoparental en droit interne est un sujet d'actualité qui a et continue de susciter de nombreux débats, mais il prend une tournure particulière en droit international privé. En effet, comme le note Madame le Professeur Petra Hammje, « au centre des évolutions et de débats passionnés en droit interne, le couple est tout autant au cœur des préoccupations du droit international privé : l'accroissement de la mobilité internationale et européenne des couples, le maintien de forts particularismes nationaux en droit de la famille, tendent à exacerber les confrontations et commandent de mobiliser autrement les ressorts du droit

³² L. Rass-Masson, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2015, p. 10, n° 13.

³³ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I, *op. cit.*, p. 33, n° 20.

³⁴ *Ibid.*, p. 34, n° 21.

³⁵ *Ibid.* Ainsi, selon l'auteur, la question relèvera tantôt du conflit de lois, tantôt de la méthode de la reconnaissance des décisions étrangères, selon la nature de l'effet invoqué. V. sur ce point : P. Callé, *L'acte public en droit international privé*, Thèse, Economica, 2004.

³⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 15, n° 21.

³⁷ *Ibid.*, p. 17, n° 23.

³⁸ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I, *op. cit.*, p. 4, n° 4.

international privé afin de trouver des réponses à même de satisfaire tant les aspirations et prévisions individuelles que les choix législatifs des États »³⁹.

5. « *L'émergence de la notion de "couple" est une réponse directe à la crise du mariage »⁴⁰. En effet, pendant longtemps, le modèle familial français s'est construit autour du mariage. La famille⁴¹ était marquée par la stabilité et par la durée et la vie de couple ne se concevait que dans le mariage⁴². Depuis sa création, ce dernier a été considéré comme l'union d'un homme et d'une femme. Il était conçu « *comme l'institution qui donne un père aux enfants qu'une femme met au monde »⁴³. Autrement dit, « le mariage était avant tout l'institution fondatrice de la paternité (et par ricochet de la maternité) »⁴⁴. Ainsi, « dans le modèle de famille occidentale, les éléments biologiques, sociaux, juridiques et affectifs ont pendant longtemps coïncidé sur les mêmes personnes, les père et mère de l'enfant »⁴⁵. Au milieu des années soixante, un « *changement des mœurs familiales a commencé à s'amorcer en France, comme d'ailleurs dans tous les pays occidentaux industrialisés »⁴⁶. Or, aujourd'hui, le mariage « n'est plus ce qui fonde la seule vraie famille, car la paternité et la transmission sont désormais assurées et instituées indépendamment du fait que l'homme soit marié ou que le couple reste uni »⁴⁷. Comme le relève Madame Irène Théry, « la fonction juridique du mariage a profondément changé au cours du XX^{ème} siècle : d'institution fondatrice de la paternité (et partant de la famille), il est devenu avant tout l'institution d'un lien de couple »⁴⁸. Ainsi, « le modèle familial fondé sur le mariage a cessé d'être exclusif » et « le mariage va perdre peu à peu sa fonction de rite de formation des couples et de cadre dans lequel naissent les enfants »⁴⁹. Dès lors, « l'évolution a consisté à aller toujours plus loin dans l'ordre de la satisfaction***

³⁹ P. Hammje, « Le couple en droit international privé. Première journée de droit international privé Bertrand d'Argentré - Quelques mots pour conclure », *Revue juridique de l'Ouest*, 2016, pp. 119-128, spéc. p. 119.

⁴⁰ F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, p. 249.

⁴¹ V. notamment sur l'évolution du droit de la famille : J.-J. Lemouland, « Famille », *Répertoire de droit civil Dalloz*, sept. 2015 (mise à jour : déc. 2019) ; X. Labbé, « Reconstruire la famille : le droit commun du couple », *LPA*, n° 254, p. 4.

⁴² J.-F. Sagaut, « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », *LPA*, 2010, n° 101, p. 11.

⁴³ I. Théry, « « Ouverture » ou « redéfinition » du mariage civil ? », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2013, p. 61 et s., spéc. p. 63.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ A. Cadoret, « L'homoparentalité, construction d'une nouvelle figure familiale », *Anthropologie et Sociétés*, 2000, vol. 24, n° 3, p. 39.

⁴⁶ J.-F. Sagaut, « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », art. préc.

⁴⁷ I. Théry, « « Ouverture » ou « redéfinition » du mariage civil ? », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, *op. cit.*, p. 61 et s., spéc. p. 67.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 68.

⁴⁹ J.-F. Sagaut, « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », art. préc.

immédiate du plaisir individuel [...], le droit s'est aligné progressivement sur les faits »⁵⁰ et « *s'est ouvert peu à peu à un pluralisme familial qui fait une part plus large à la liberté de chacun* »⁵¹. En témoigne, la loi du 15 novembre 1999⁵² créant le pacte civil de solidarité⁵³ et donnant une définition légale du concubinage⁵⁴ qui a alors consacré la pluralité des statuts de couple.

6. Étymologiquement, le terme « *couple* » vient du latin « *copula* » qui désigne le lien, la réunion, l'assemblage, l'association⁵⁵, mais aussi un « *groupe de deux personnes unies par l'amitié ou l'amour* »⁵⁶. Le mot « *couple* » est entendu plus largement et a permis d'englober, non seulement les époux, mais aussi toutes les autres formes d'union amoureuse⁵⁷. Le terme a pris une connotation péjorative au XV^{ème} siècle désignant la relation entre deux amants. Puis, en raison de la reconnaissance sociale et juridique des relations hors mariage, cette connotation péjorative a disparu⁵⁸. Aujourd'hui, les dictionnaires de la langue française définissent le couple comme des « *personnes unies par le mariage, liées par un pacs ou vivant en concubinage* »⁵⁹ ou « *deux personnes unies par des relations sentimentales, physiques* »⁶⁰. Ces définitions ne tiennent pas compte de l'orientation sexuelle des personnes en cause. En revanche, elles s'accordent sur le fait que le couple ne concerne qu'une relation entre deux personnes. Issue du langage ordinaire, « *l'apparition d'une notion juridique de couple se situe dans un contexte de crise du droit de la famille* »⁶¹. Le mot couple est apparu pour la première fois dans le langage juridique en 1917 en droit fiscal. Cependant, jusqu'en 1995⁶², il ne s'agissait que des couples

⁵⁰ C. Brunetti-Pons, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille : 1 partie », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2003, chron. 15.

⁵¹ M.-F. Nicolas-Maguin, « Premières réflexions sur le pluralisme familial », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 15 et s., spéc. p. 19.

⁵² L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF*, n° 265, 16 nov. 1999, p. 16959. V. notamment : J.-J. Lemouland, « Présentation de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », *D.*, 1999, p. 483 ; R. Piastra, « Loi relative au PACS », *D.*, 2000, p. 203 ; R. Cabrillac, « Libres propos sur le PACS », *D.*, 1999, p. 71 ; T. Revet, « La loi n° 99-944 du 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD civ.*, 2000, p. 173.

⁵³ L'article 515-1 du Code civil définit le pacte civil de solidarité comme « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

⁵⁴ L'article 515-8 du Code civil définit le concubinage comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

⁵⁵ A. Ernout et A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klincksieck, 4^{ème} éd., 2001, p. 141.

⁵⁶ F. Gaffiot, *Le Grand Gaffiot – Dictionnaire Latin Français*, Hachette, 2000, V° *Copula* cité par C. Brunetti-Pons, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.*, 1999, p. 27, spéc. n° 8.

⁵⁷ C. Brunetti-Pons, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », art. préc., spéc. n° 8.

⁵⁸ *Ibid.* ; J.-B. Schwart, *Recherche sur l'existence d'un droit commun du couple*, Thèse, Université de Nantes, 2017, p. 9, n° 2.

⁵⁹ Le dictionnaire Larousse, V° *Couple*.

⁶⁰ Le Grand Robert, V° *Couple*.

⁶¹ C. Brunetti-Pons, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », art. préc., spéc. n° 5.

⁶² L. n° 95-1346 du 30 déc. 1995 de finances pour 1996, *JORF*, n° 304, 31 déc. 1995, p. 19030.

mariés⁶³. Ensuite, la notion est apparue en droit social en englobant tous les couples qu'ils soient ou non mariés⁶⁴. Le terme couple est apparu en droit civil⁶⁵ avec les premières lois de bioéthique en date du 29 juillet 1994⁶⁶. « *Pour la première fois, le couple était consacré comme une notion juridique, comme une entité sujet de droit* »⁶⁷. Cependant, la notion de couple insérée dans le Code de la santé publique est limitée en ce qu'elle vise un couple composé d'un homme et d'une femme en âge de procréer. En réalité, « *la définition du couple dans le Code de la santé publique renvoie à la capacité procréative* »⁶⁸. Or, le terme de couple utilisé dans cette étude est bien plus large. Il englobe tous les modes de conjugalités – concubinage, partenariat enregistré et mariage – que ceux-ci impliquent des personnes de sexe différent ou de même sexe et peu importe leur âge. Autrement dit, « *le terme de couple, terme neutre, terme bisexuel en quelque sorte, permet de ranger sous une même bannière unions en mariage et hors mariage, unions hétérosexuelles et unions homosexuelles* »⁶⁹. La notion de couple n'est pas utilisée par le Code civil excepté à l'article 515-8 qui, pour définir le concubinage, évoque la « *vie en couple* ». Cependant, elle « *ne sert [...] que de qualificatif et non de référence* » dans la mesure où il ne s'agit que d' « *une condition d'application* » du concubinage⁷⁰.

7. Le couple a pu être défini comme « *un lien volontaire, qui unit deux personnes physiques, entre lesquelles peuvent s'établir des relations sexuelles non incestueuses, et qui, ayant pour dessein d'obvier à la solitude, suppose une vie commune* »⁷¹. Autrement dit, « *le couple serait l'union d'un homme et d'une femme ou de deux personnes de même sexe résidant ensemble, c'est-à-dire ayant établi entre eux une relation affective et physique, stable et continue caractérisant une véritable communauté de vie* »⁷². Par conséquent, le couple nécessite de s'inscrire dans la durée. Comme le souligne Madame Marie Lamarche, « *par opposition à l'union sans lendemain, la conjugalité nécessite de s'inscrire dans le temps et ce n'est que par l'institutionnalisation du temps, d'un point de vue juridique, que l'union accède*

⁶³ Ph. Malaurie, « Couple, procréation et parenté », *D.*, 1998, p. 127.

⁶⁴ V. notamment : A.-M. Gilles, *Le couple en droit social*, Thèse, Economica, 1999.

⁶⁵ V. notamment : C. Brunetti-Pons (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1999.

⁶⁶ L. n° 94-654 du 29 juill. 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF*, n° 175, 30 juill. 1994, p. 11060. Sur laquelle, V. notamment : G. Raymond, « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques ») », *JCP G*, n° 43, 26 oct. 1994, doctr. 3796.

⁶⁷ C. Neirinck, « Le couple et l'assistance médicale à la procréation », *LPA*, 1999, n° 161, p. 3.

⁶⁸ J.-B. Schwart, *Recherche sur l'existence d'un droit commun du couple*, *op. cit.*, p. 10, n° 3.

⁶⁹ H. Fulchiron, « Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ? », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 29 et s., spéc. p. 29.

⁷⁰ J.-J. Lemouland, « Le couple en droit civil », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2003, chron. 22.

⁷¹ C. Noblot, « La sincérité dans la formation du couple », *Dr. et patri.*, n° 91, 1^{er} mars 2001.

⁷² J.-F. Sagaut, « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », art. préc.

véritablement à la conjugalité »⁷³. Ainsi, le couple reposerait principalement, mais pas exclusivement sur la notion de communauté de vie⁷⁴. Toutefois, « *si la communauté de vie est l'essence des trois modes légaux de conjugalité, celle-ci reste spécifique à chacun : elle est une obligation du mariage et une garantie de l'exécution des autres devoirs et obligations nés de cet engagement. Elle est devenue la finalité du contrat de pacs et la condition principale d'existence du concubinage* »⁷⁵.

En réalité, l'absence de définition juridique du couple peut s'expliquer par l'absence d'un droit unifié du couple⁷⁶ étant donné que la notion recouvre tant le concubinage, le pacte civil de solidarité que le mariage. En effet, « *les définitions juridiques sont avant tout tournées vers la réalisation du droit : en livrant le sens d'une notion juridique, elles concourent à la mise en œuvre des règles de droit qui lui sont associées* »⁷⁷. Or, les règles de droit applicables aux trois modes de conjugalité diffèrent. En définitive, le couple est « *un terme commode, qui permet de désigner des réalités sociales très diverses* »⁷⁸ que sont le mariage, le partenariat enregistré et concubinage.

8. « *Sous la poussée du pluralisme, les choses ont évolué. On observe ainsi aujourd'hui une césure plus nette entre le groupe conjugal et le groupe parental. Il y a le couple stricto sensu et le couple considéré comme le point d'entrée dans la famille, dirait-on, parentale* »⁷⁹. Derrière la notion de couple se cachent deux réalités : le couple conjugal qui fait référence à l'union entre deux personnes et le couple parental qui fait référence à la relation des parents vis-à-vis de leurs enfants⁸⁰. « *L'évolution libérale du droit de la famille – c'est-à-dire la prédominance, souvent acceptée, parfois même encouragée, des intérêts privés sur les intérêts étatiques – et l'essor de l'idéologie individualiste contemporaine ont ainsi abouti à un*

⁷³ M. Lamarche, « La conjugalité », in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 23 et s., spéc. p. 25.

⁷⁴ J.-F. Sagaut, « Lettre ouverte pour le maintien du pluralisme des modes de conjugalité », *RLDC*, n° 70, 1^{er} avr. 2010.

⁷⁵ J.-F. Sagaut, « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », art. préc.

⁷⁶ Sur la recherche d'un droit commun du couple, V. notamment : X. Labbé, « Reconstruire la famille : le droit commun du couple », art. préc. ; J.-J. Lemouland, « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, op. cit., p. 33 et s. ; J.-B. Schwart, *Recherche sur l'existence d'un droit commun du couple*, op. cit. ; M. Saulier, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, Thèse, IRJS, 2017.

⁷⁷ L.-M. Schmit, *Les définitions en droit privé*, Thèse, Université Toulouse Capitole, 2015, p. 19.

⁷⁸ D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2019, p. 43, n° 44.

⁷⁹ C. Clément, « La place du modèle familial dans un système pluraliste », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, op. cit., p. 123 et s., spéc. p. 125.

⁸⁰ J.-J. Lemouland, « Le couple en droit civil », art. préc. V. aussi : M. Mestrot, « La famille en chantier », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 191 et s., spéc. p. 194.

véritable pluralisme »⁸¹. Le terme « conjugalité », rattaché classiquement au mariage, aurait « déteint, ensuite, sur les formes de vie en couple »⁸² et « semble pouvoir englober les autres formes de couple »⁸³. En présence d'un enfant, le couple dépasse la seule conjugalité. Des droits et obligations viennent s'ajouter à la relation conjugale qui perdurent même après la séparation du couple. Il s'agit alors du couple parental. En réalité, le couple parental renvoie à la coparentalité consacrée par la loi du 4 mars 2002⁸⁴ qui exprime le principe d'exercice en commun de l'autorité parentale perdurant lors de la séparation du couple conjugal. En définitive, « le couple dit "parental", à l'inverse du couple conjugal, n'est pas fondé sur les relations sexuelles et l'affection réciproque, mais sur la nécessité de mener à bien l'éducation des enfants communs »⁸⁵. Si pour certains, le pacte civil de solidarité et le concubinage restent des modes de conjugalité « détaché[s] des idées de famille et de procréation »⁸⁶, « cela n'empêche pas, en théorie en tout cas, ceux qui n'ont pas accès au mariage de fonder une famille, puisque les liens familiaux se constituent par la parenté »⁸⁷.

9. Il sera, dans le cadre de cette étude, question du couple conjugal et du couple parental. Cependant, la recherche sera limitée à la formation de ces derniers. Ainsi, la vie du couple et la séparation de ce dernier seront exclues. La formation du couple s'entend « du processus qui permet de passer de deux individualités à un ensemble formé de deux personnes et reconnu, de manière plus ou moins importante, par le droit »⁸⁸. Le volet patrimonial du couple homoparental ne sera pas envisagé dans cette recherche. Le droit patrimonial du couple recouvre essentiellement les questions d'obligation alimentaire, de régime matrimonial et de successions et s'inscrit dans une logique différente spécifiquement en droit international privé⁸⁹. La recherche étant circonscrite à la seule formation du couple homoparental, les questions patrimoniales seraient hors de propos. La présente étude sera, ainsi, limitée aux aspects extrapatrimoniaux du couple. Autrement dit, il s'agira des relations personnelles au sein

⁸¹ G. Escudey, *Le couple en droit international privé : contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple*, Thèse, Université de Bordeaux, 2016, p. 24, n° 15.

⁸² M. Saulier, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, op. cit., p. 15, n° 11.

⁸³ M. Lamarche, « La conjugalité », in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 23 et s., spéc. p. 23. V. dans le même sens : P. Courbe et A. Gouttenoire, *Droit de la famille*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2017, p. 17, n° 54.

⁸⁴ L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4161, texte n° 3.

⁸⁵ P. Murat, « Couple, filiation, parenté », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, 2002, op. cit., p. 53 et s., spéc. p. 59.

⁸⁶ J. Rochfeld, « Réforme du Pacs, loi n° 2006-278 du 23 juin 2006 », *RTD civ.*, 2006, p. 624.

⁸⁷ O. Roy, « Le modèle français : évolutions et résistances face au pluralisme familial », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, op. cit., p. 23 et s., spéc. p. 27.

⁸⁸ P. Courbe et A. Gouttenoire, *Droit de la famille*, op. cit., p. 22, n° 62.

⁸⁹ Les effets patrimoniaux des relations de famille, de couple ou de filiation font l'objet d'un traitement distinct de celui des effets personnels de ces relations. Les premiers font l'objet de traitement autonome au travers de catégories spécifiques du droit international privé telles que les régimes matrimoniaux ou les successions.

de la famille qui se concrétisent principalement au travers des relations entre deux adultes ayant fait le choix de se lier par une certaine communauté de vie et de celles nouées entre lesdits adultes et les enfants qui leur sont légalement rattachés⁹⁰.

10. En 2015, 236 300 mariages ont été célébrés en France, dont 33 800 entre une personne de nationalité française et une personne de nationalité étrangère, autrement dit 14 % des mariages célébrés en France, en 2015, sont donc des mariages mixtes⁹¹. Le nombre de mariages mixtes célébrés en France a augmenté tendanciellement depuis le milieu des années 1950 ; leur part est passée de 6 % en 1950 à 14 % en 2015⁹². En 2015, 46 300 mariages célébrés à l'étranger ont été transcrits à l'état civil français au sein desquels 42 000, soit 91 % concernent des couples mixtes et 9 % deux personnes de nationalité française. Ainsi, le nombre de mariages mixtes s'élève en 2015 à 75 800, quel que soit le lieu de célébration. En définitive, sur la totalité des 282 600 mariages célébrés en France ou transcrits sur les registres de l'état civil, 27 % étaient donc des unions mixtes⁹³.

En 2017, en France, 228 000 mariages ont été célébrés, dont 221 000 entre personnes de sexe différent et 7 000 entre personnes de même sexe⁹⁴. En 2016, 192 000 pactes civils de solidarité ont été conclus au sein desquels 7 000 ont été conclus entre des personnes de même sexe. En 2016, quatre pactes civils de solidarité ont été conclus pour cinq mariages célébrés pour les couples de sexe différent. Pour les couples de même sexe, le nombre de pactes civils de solidarité serait similaire à celui des mariages⁹⁵.

11. Le terme homoparentalité est apparu en 1997 parmi les revendications de l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens⁹⁶. Si le terme homoparentalité n'a pas été consacré juridiquement, il s'est « *imposé rapidement car il correspond à une réalité sociale de plus en plus forte : l'existence de familles dans lesquelles au moins l'un des parents se définissant comme homosexuel est parent d'au moins un enfant* »⁹⁷. « L'homoparentalité

⁹⁰ S. Clavel, *Droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2018, p. 428, n° 671.

⁹¹ « 236 300 mariages célébrés en France en 2015, dont 33 800 mariages mixtes », *Insee première*, n° 1638, 23 mars 2017. Disponible sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2656612#consulter>.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ « Tableaux de l'économie française. Mariage – Pacs – Divorces », *Insee Références*, 27 févr. 2018, p. 28. Disponible sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303338?sommaire=3353488>.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ L'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens (APGL) a été créée en 1986. Elle propose des activités d'information, de partage d'expériences et des services de professionnels pour les familles homoparentales, leurs enfants et les futurs homoparents. Elle œuvre pour la reconnaissance légale de l'homoparentalité, en France et à l'international et a pour objectif principal de faire cesser les discriminations dont les familles et leurs enfants sont les premières victimes (<https://www.apgl.fr/apgl-asso>).

⁹⁷ S. Portelli et C. Richard, *L'homoparentalité*, Dalloz, 2018, p. 1.

s'est installée dans notre quotidien, comme une question de société récurrente sur la scène politique française »⁹⁸. Cependant, l'apparition du terme homoparentalité ne pouvait voir le jour tant que l'homosexualité était prohibée. Réprimée pénalement, l'homosexualité était considérée « comme un "fléau social" contre lequel l'État devait développer tous les moyens de lutte nécessaire au même titre que contre l'alcoolisme, la prostitution et le proxénétisme »⁹⁹. En outre, l'homosexualité s'élevait au rang de maladie mentale. En effet, en 1968, la France avait adopté la classification de l'Organisation mondiale de la santé la classant comme telle. Il aura fallu attendre une loi en date du 4 août 1982¹⁰⁰ afin que l'homosexualité soit dépénalisée en France. Ainsi, dans le cadre de la présente étude, l'évolution de la protection de la personne homosexuelle et du couple homosexuel sera envisagée dans la mesure où sans celle-ci, il aurait été impossible d'évoquer aujourd'hui l'existence du couple homoparental. « Le passage d'une société basée sur les valeurs religieuses à une société basée sur les droits et libertés civiles a favorisé une visibilité croissante des personnes homosexuelles et de leurs réalités familiales »¹⁰¹. Dès lors, le droit français a fait l'objet d'une évolution très rapide dans la reconnaissance des droits des homosexuels et plus particulièrement des couples homosexuels. Le 15 novembre 1999¹⁰², la loi sur le pacte civil de solidarité a permis de consacrer juridiquement le lien conjugal entre deux personnes de même sexe. Dans le même temps, le législateur français reconnaît le concubinage homosexuel. « Une fois reconnues la réalité de l'homosexualité et la légitimité de leurs revendications égalitaires, encore fallait-il admettre que les personnes homosexuelles possèdent autant de capacité éducative que tout un chacun »¹⁰³ afin que soit reconnue l'homoparentalité. En dernier ressort, la loi du 17 mai 2013¹⁰⁴ a offert la possibilité aux couples de personnes de même sexe d'accéder au mariage et, *a fortiori*, à l'adoption.

⁹⁸ E. Granier, *L'homoparentalité en France – La bataille des nouvelles familles*, Thierry Marchaisse Editions, 2012, p. 15.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰⁰ L. n° 82-683 du 4 août 1982 abrogeant l'art. 331 (al. 2) du Code pénal, *JORF*, 5 août 1982, p. 2502.

¹⁰¹ A. Leclère, *L'homosexualité et la constitution de la famille : situation française et européenne*, Thèse, Université de Bourgogne-Franche-Comté, 2016, p. 13, n° 1.

¹⁰² L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

¹⁰³ S. Portelli et C. Richard, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁴ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF*, n° 0114, 18 mai 2013, p. 8253. V. notamment : A. Batteur, « La révolution du droit de la famille et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux personnes de même sexe », *LPA*, 2013, n° 33, p. 3 ; T. Douville, « Brèves réflexions à partir des conditions de validité du mariage à la lumière de la loi du 17 mai 2013 », *LPA*, 2013, n° 133, p. 20 ; P. Callé, « Loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Defrénois*, 2013, n° 18 ; G. Raoul-Cormeil, « La consécration de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013 », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 236.

12. L'homoparentalité fait l'objet de plusieurs définitions. Monsieur le Professeur Jacques Commaille définit l'homoparentalité comme « *la reconnaissance par le droit de pouvoir être parent en étant homosexuel* »¹⁰⁵. Selon Madame Florence Millet, l'homoparentalité recouvrerait « *les hypothèses dans lesquelles il serait possible à un couple ou même à une personne seule d'obtenir, en tant qu'homosexuel, l'établissement d'un lien de filiation avec un enfant et d'exercer sur lui les prérogatives attachées à l'autorité parentale* »¹⁰⁶. L'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens entend par homoparentalité « *toutes les situations familiales dans lesquelles au moins un adulte, parent au moins d'un enfant, s'auto-désigne comme homosexuel* »¹⁰⁷. Madame Flora Leroy-Forgeot évoque « *un ensemble de personnes constitué de deux groupes* » : d'une part « *une structure parentale formée d'un parent unique ou d'un couple de parents dont l'orientation homosexuelle est individuellement claire et collectivement reconnue* » et « *d'autre part un ou plusieurs enfants légalement considérés comme issus d'un des parents au moins* »¹⁰⁸. En réalité, afin d'appréhender le terme homoparentalité, il est nécessaire de distinguer la parenté de la parentalité. L'homoparenté ou parenté homosexuelle implique « *la reconnaissance d'un lien de filiation* » alors que l'homoparentalité ou parentalité homosexuelle consiste simplement dans « *la reconnaissance juridique du sentiment affectif découlant de l'exercice concret de la fonction parentale* »¹⁰⁹. L'homoparenté vise principalement trois situations. En premier lieu, il s'agit de l'adoption conjointe pour un couple de personnes de même sexe d'un enfant extérieur au couple. En deuxième lieu, il peut être question de l'adoption par un homosexuel de l'enfant de son conjoint qui a pu être conçu dans une relation hétérosexuelle antérieure, par assistance médicale à la procréation, plus exactement par insémination artificielle avec tiers donneur dans un couple de femmes et en ayant recours à une mère porteuse dans un couple d'hommes, ou adopté de manière individuelle. En troisième lieu, l'homoparenté peut résulter de l'établissement d'un lien de filiation, à l'égard de deux femmes ou de deux hommes, d'un enfant conçu par assistance médicale à la procréation ou gestation pour autrui sans recourir à l'adoption. À l'inverse, l'homoparentalité ne modifie pas « *la filiation en tant que lien de droit entre un enfant et un*

¹⁰⁵ J. Commaille, « Repenser politiquement le droit de la famille – L'exemple de l'homosexualité », *AJ fam.*, 2006, p. 401.

¹⁰⁶ F. Millet, « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Deffrénois*, 2005, n° 9, p. 743.

¹⁰⁷ M. Gross, « Quand et comment l'homoparentalité est-elle devenue un objet « légitime » de recherche en sciences humaines et sociales ? », *Socio-logos*, 2007, n° 2.

¹⁰⁸ F. Leroy-Forgeot, *Les Enfants du Pacs. Réalités de l'homoparentalité*, L'Atelier de l'Archer, 1999, p. 9.

¹⁰⁹ G. Kessler, « Homoparenté et homoparentalité : les différents modes de constitution de la famille homosexuelle », *RLDC*, 2008, n° 50. V. dans le même sens : H. Fulchiron, « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », *AJ fam.*, 2006, p. 392 ; I. Corpart, « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », *RJPF*, 2012, n° 4.

parent », mais vise seulement la fonction parentale, autrement dit l'exercice de l'autorité parentale « *comme concept détaché du lien de filiation* »¹¹⁰. Il s'agit alors de donner un statut au conjoint, partenaire ou concubin du parent légal de l'enfant qui en assume l'entretien et l'éducation. Or, par la loi du 17 mai 2013, le législateur français a dépassé la seule homoparentalité et consacré une réelle homoparenté. Le droit ne pouvait éviter le débat sur l'homoparenté « *car la famille homosexuelle existe ; des enfants y sont élevés et même y naissent grâce aux nouvelles techniques de reproduction assistée, et bien que la sécurité juridique exige que le droit ne se laisse pas emporter par l'air du temps, on ne peut pas ignorer que la situation des enfants perdure dans le temps et cherche sa place dans le droit, ou recherche même ailleurs (dans d'autres pays) une place déjà reconnue* »¹¹¹. L'admission de l'homoparenté peut se présenter, « *dans une conception positiviste, comme la conséquence inéluctable d'un droit sommé de consacrer la diversité des pratiques sociales et de plier les institutions familiales à la volonté des personnes concernées* »¹¹².

13. Le souhait des couples de personnes de même sexe « *d'accéder, en tant que couple, à la filiation est une autre illustration des changements contemporains. Ces désirs d'enfant ne sont bien entendu pas nouveaux ; ce qui l'est davantage, c'est qu'ils trouvent à s'exprimer dans le couple* »¹¹³. L'accès à la filiation pour les couples de personnes de même sexe, en France, est limité à la filiation adoptive. Ainsi, ces derniers se tournent vers des législations étrangères afin de bénéficier de l'aide de la science. Cette question est étroitement liée au développement des techniques scientifiques modifiant la procréation, autrement dit à l'assistance médicale à la procréation. Comme le souligne Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, « *les mutations qui touchent la parenté ne sont pas seulement causées par le bouleversement des mœurs et des mentalités ; elles sont liées aux révolutions scientifiques contemporaines, et, en particulier, à la maîtrise que l'homme a acquise sur la vie, et, en un sens, sur sa propre humanité* »¹¹⁴. L'infertilité et la stérilité ont toujours existé, mais étaient, à l'origine, considérées comme une malédiction qui ne concernait que les couples officiels ou traditionnels¹¹⁵. Afin de combattre

¹¹⁰ N. Gallus, « Filiation, parenté, parentalité et homoparentalité en droit belge », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, op. cit., p. 81 et s., spéc. pp. 84 et 85.

¹¹¹ A. Quiñones Escámez, « Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé », *RID comp.*, vol. 64, n° 1, 2012, p. 57.

¹¹² M.-L. Cicile Delfosse, « Droit et anthropologie. A propos de « l'homoparentalité » », in *Au-delà des codes - Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 113 et s., spéc. p. 122.

¹¹³ J. Courduriès, « Pourquoi cette loi maintenant ? », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, op. cit., p. 35 et s., spéc. p. 41.

¹¹⁴ H. Fulchiron, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. IX et s., spéc. p. XIV.

¹¹⁵ S. Portelli et C. Richard, op. cit., p. 26.

cette malédiction, il était fait appel à un autre partenaire sexuel comme en témoignent les textes de l'Antiquité. Ainsi, la femme d'Abraham, ne pouvant avoir d'enfant, lui a demandé de s'adresser à son esclave égyptienne nommée Agar. Cette dernière a donné naissance à un fils appelé Ismaël¹¹⁶. De même, Rachel, la femme de Jacob, étant stérile lui a donné sa servante Bilha pour femme. Celle-ci a donné plusieurs enfants à Jacob¹¹⁷. Au Moyen-Âge, si le seigneur était stérile, les femmes pouvaient se faire féconder par un homme de main et le seigneur pouvait changer d'épouse si la sienne était stérile¹¹⁸. À la fin du XIX^{ème} siècle, l'intervention des progrès de la médecine est venue pallier les problèmes d'infertilité et de stérilité, mais ne concernait que les couples hétérosexuels. En effet, « *que l'on nomme cela, "nature", "réalité", "biologie", "origine", peu importe ! L'ancrage de la filiation dans la relation sexuelle entre l'homme et la femme donne à la filiation une objectivité qui ne repose pas sur le seul désir subjectif d'engendrer, si puissant soit-il* »¹¹⁹. Pour autant, les évolutions importantes de la médecine dans le domaine de procréation assistée permettent, aujourd'hui, de dissocier l'engendrement et la procréation. Or, l'homoparenté « *implique une déliaison de la parenté et de la procréation d'avec la sexualité* » dans la mesure où « *les enfants ne sont pas issus de la sexualité procréatrice de leurs parents* »¹²⁰ ce que permettent, désormais, les techniques scientifiques.

14. Selon l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique, l'assistance médicale à la procréation « *s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel* ». Cette technique « *a pris naissance dans un contexte de lutte contre l'infertilité, à une époque où le désir d'enfant devenait un besoin social* »¹²¹. Elle a pour objet de « *permettre à un couple, jusque-là infertile, d'avoir un enfant* », autrement dit « *remédier à l'impossibilité d'avoir un enfant naturellement* »¹²². Les techniques sont très variées, mais peuvent être regroupées en deux catégories : l'assistance médicale à la procréation d'une part, homologue ou endogène et d'autre part, hétérologue ou exogène.

¹¹⁶ Genèse, 16.1 à 16.16.

¹¹⁷ Genèse, 30.1 à 30.22.

¹¹⁸ S. Portelli et C. Richard, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁹ C. Labrusse-Riou, « Préface », in C. Brunetti-Pons (dir.), *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin, 2014, p. 11 et s., spéc. p. 16.

¹²⁰ M. Gross et M.-F. Bureau, « L'homoparentalité et la parentalité au prisme des sciences sociales : révolution ou pluralisation des formes de parenté ? », *Enfances, Familles, Générations*, 2015, n° 23.

¹²¹ F. Dreifuss-Netter, « Législations spécifiques. Ethique et biotechnologies - Assistance médicale à la procréation », *FM Litec Droit médical et hospitalier*, Fasc. n° 33, 5 févr. 2008, n° 1.

¹²² M.-I. Martha-Malauzat, « Assistance médicale à la procréation », in Anne Laude, J.-L. Mouralis, J.-M. Pontier et al. (dir.), *Lamy Droit de la santé*, Lamy, nov. 2012, n° 332-5.

L'assistance médicale à la procréation homologue est celle où le processus se réalisera avec les gamètes des deux membres du couple demandeur. À l'inverse, l'assistance médicale à la procréation hétérologue fait intervenir les forces procréatrices d'une personne extérieure au couple concerné. Elle repose sur un don de sperme, d'ovocyte ou sur l'accueil d'un embryon¹²³. L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée « *que lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple* »¹²⁴. De là, trois techniques scientifiques sont principalement utilisées. En premier lieu, l'insémination artificielle avec le sperme du conjoint (IAC) qui consiste à stimuler les ovaires de la femme par traitement afin de leur faire produire des ovocytes. Le sperme du conjoint est recueilli et préparé en laboratoire afin de reproduire les modifications subies lors d'un rapport sexuel. L'insémination intra-utérine est alors faite avec le sperme du conjoint recueilli avec un cathéter introduit dans l'utérus par les voies naturelles. En deuxième lieu, l'insémination artificielle avec le sperme d'un donneur (IAD) qui repose sur le même procédé scientifique que la précédente à l'exception près que l'insémination est faite avec le sperme d'un don de gamètes extérieur au couple demandeur. En troisième lieu, la fécondation *in vitro* et transfert d'embryon (FIVETE) qui nécessite le prélèvement d'ovules *in utero* par intervention chirurgicale. En parallèle, des spermatozoïdes sont recueillis dans le cadre d'un prélèvement de sperme et mis en contact avec les ovules. Puis, une fécondation *in vitro* a lieu qui aboutit à la création d'embryons qui seront par la suite réimplantés dans l'utérus. Cette technique peut être complétée par un don d'ovocytes lorsque la femme ne peut pas en produire ou qu'elle a subi une ménopause précoce à condition que son utérus soit fonctionnel et que l'homme soit fertile. Encore, elle peut être couplée à un don d'embryons qui est possible lorsque l'homme est stérile, mais que l'utérus de la femme est fonctionnel.

15. Le législateur français est intervenu par les lois dites de bioéthique, pour la première fois, en 1994¹²⁵ afin de poser « *un certain nombre de règles fondamentales pour un développement contrôlé de science biomédicale et de ses applications dans le respect de la*

¹²³ Le droit français interdit le double don de gamètes. Selon l'article L. 2141-3, alinéa 1^{er} du CSP, « *un embryon ne peut être conçu in vitro [...] avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple* ».

¹²⁴ Art. L. 2141-7 du CSP.

¹²⁵ L. n° 94-654 du 29 juill. 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, préc. ; L. n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, *JORF*, n° 175, 30 juill. 1994, p. 11056.

dignité de la personne humaine »¹²⁶. La loi « *ne régit pas directement la procréation, mais plus précisément l'accès médical à la procréation* »¹²⁷. Ainsi, l'expression, initialement, utilisée de « *procréation médicalement assistée* » a été remplacée par celle d' « *assistance médicale à la procréation* ». La loi française pose des conditions spécifiques aux assistances médicales à la procréation avec tiers donneur, dont le principe de gratuité consacré aux articles 16-1, 16-5 et 16-6 du Code civil et à l'article L. 1211-4 du Code de la santé publique. L'irrespect de ce principe est puni pénalement : le fait d'obtenir des gamètes ou de les remettre à des tiers moyennant paiement ainsi que l'entremise à titre onéreux sont punis de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende¹²⁸. De même, l'assistance médicale à la procréation est guidée par le principe d'anonymat qui, en matière de don de gamètes, « *rend illicite la pratique du "don direct" ou "don dirigé"* »¹²⁹. La divulgation d'informations identifiantes relatives au donneur ou au couple receveur ou de la désignation par ce dernier d'un donneur est, à ce jour, puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende¹³⁰. Le principe de l'anonymat répond à un double objectif : d'une part, « *il est une garantie contre les trafics d'éléments du corps humain* » et d'autre part, « *il évite la constitution de relations humaines complexes entre les donneurs, les receveurs, et l'enfant* »¹³¹. Une attention particulière porte sur le consentement lors du recours à une insémination avec tiers donneur. En effet, des garanties supplémentaires sont nécessaires dans la mesure où l'enfant ne sera que partiellement issu des forces génétiques de ses parents. Le législateur impose le principe du consentement par écrit du donneur et, s'il fait partie d'un couple, de celui de l'autre membre du couple¹³². De même, les deux membres du couple receveur doivent donner leur consentement de manière authentique devant un juge ou un notaire¹³³.

¹²⁶ M.-I. Martha-Malauzat, « Assistance médicale à la procréation », in Anne Laude, J.-L. Mouralis, J.-M. Pontier et al. (dir.), *Lamy Droit de la santé*, op. cit., n° 332-10.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Art. L. 1273-2 du CSP et art. 511-9 du Code pénal.

¹²⁹ F. Dreifuss-Netter, « Législations spécifiques. Ethique et biotechnologies - Assistance médicale à la procréation », préc., n° 24.

¹³⁰ Art. L. 1273-3 et L. 1273-6 du CSP et art. 511-10 et 511-13 du Code pénal. Cette sanction mérite d'être nuancée dans la mesure où le projet de loi relatif à la bioéthique en cours prévoit que « *le principe d'anonymat du don ne fait pas obstacle à l'accès de la personnes majeure née d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, sur sa demande, à des données non identifiantes ou à l'identité de ce tiers donneur* ». Par conséquent, toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur pourra, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du donneur. Le consentement exprès du donneur à la communication de ces données et de son identité sera recueilli avant qu'il soit procédé au don. A défaut, celui-ci ne pourra pas avoir lieu (V. en dernier lieu : AN, Projet de loi n° 474 relatif à la bioéthique, 31 juill. 2020).

¹³¹ F. Dreifuss-Netter, « Législations spécifiques. Ethique et biotechnologies - Assistance médicale à la procréation », préc., n° 24.

¹³² Art. L. 1244-2 du CSP.

¹³³ Art. 311-20 du Code civil et art. L. 2141-10 du CSP.

16. L'établissement du lien de filiation ne présente aucune spécificité lorsque l'enfant est né à la suite d'une assistance médicale à la procréation homologue dans la mesure où la filiation juridique correspond à la filiation génétique. La difficulté peut, en revanche, provenir d'une assistance médicale à la procréation hétérologue dans la mesure où l'enfant n'est pas génétiquement lié à ses parents. Le législateur français prévoit que dans ce cas, la filiation s'établit de la même manière qu'une filiation biologique. Néanmoins, afin d'éviter tout risque de contestation, l'article 311-20 du Code civil prévoit que « *le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation* ». De plus, tout lien entre l'enfant et le donneur est exclu¹³⁴. Ainsi, « *le droit français de la procréation assistée demeure aligné sur le modèle traditionnel de la procréation naturelle* »¹³⁵. Par conséquent, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique limite l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation aux couples composés d'un homme et d'une femme préservant la seule finalité médicale de celles-ci. Pour autant, le droit de la famille est sans cesse en mutation¹³⁶ renouvelant profondément le droit de la filiation et le projet de loi relatif à la bioéthique, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019¹³⁷, prévoyant l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes célibataires en est une nouvelle illustration. Quoi qu'il en soit, à l'heure actuelle, les conditions d'accès posées par le législateur français entraînent ce qui est régulièrement appelé le tourisme procréatif en raison de la diversité législative. Les États permettant aux couples de personnes de même sexe de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation sont devenus des destinations privilégiées. La « *diversité d'encadrements législatifs et médicaux crée un recours transnational de l'AMP* »¹³⁸.

¹³⁴ Art. 311-19 du Code civil.

¹³⁵ D. Tissier, « La procréation assistée au travers du prisme du genre », in A.-F. Zattara-Gros (dir.), *Bioéthique et genre*, LGDJ, 2013, p. 81.

¹³⁶ Cette expression est fréquemment utilisée par la doctrine. V. notamment : R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014 ; S. Bernard et M. Farge (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, PUG, 2019. On retrouve également l'expression selon laquelle le droit de la famille est « *un droit mouvant* » (V. notamment : F. Vasseur-Lambry, *La famille et la convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, L'Harmattan, 2000, p. 6, n° 7).

¹³⁷ AN, *Projet de loi n° 2187 relatif à la bioéthique*, 24 juill. 2019. V. notamment : J.-M. Pastor, « Loi bioéthique : le gouvernement avance avec précaution », *D. actualité*, 26 juill. 2019 ; J.-R. Binet, « Bioéthique : un projet de rupture - À propos du projet de loi relatif à la bioéthique présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019 », *Dr. fam.*, n° 9, 2019, étude 8. Cf. *infra* n° 706.

¹³⁸ V. Rozée, « L'AMP sans frontière », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, n° 23-24, 2011, p. 270.

17. La gestation pour autrui¹³⁹ « mobilise la filiation, la famille, l'engendrement et les grands principes moraux de l'Occident »¹⁴⁰. La gestation pour autrui, entendue au sens de l'une des techniques d'assistance médicale à la procréation¹⁴¹, est « une pratique séculaire destinée, initialement, à pallier l'infertilité d'une femme qui ne peut porter un enfant, en permettant à une autre femme de porter un enfant qu'elle remettra à la femme infertile »¹⁴². Jusqu'aux années 1970, la gestation pour autrui était pratiquée dans la sphère privée, souvent familiale sans l'intervention de la médecine. Cependant, dans les années 1980, elle a fait « irruption dans l'espace public en raison des progrès considérables de la médecine procréative, de la liberté de circulation des citoyens du "monde" et de l'écho médiatique de faits divers qui sont autant d'exemples de ce qu'il ne faudrait pas faire »¹⁴³. Le législateur français a expressément prohibé toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui lors des premières lois de bioéthique du 29 juillet 1994¹⁴⁴ en introduisant un article 16-7 au sein de Code civil¹⁴⁵. En tant que « figure paradigmatique des nouvelles formes de procréation », la gestation pour autrui invite « à revisiter nos idées relatives à l'engendrement, la parenté et la filiation [...] attachées encore à une conception traditionnelle de la famille »¹⁴⁶. Si cette question se pose, c'est parce la position française eu égard à la gestation pour autrui n'est pas universelle. En effet, plusieurs États autorisent légalement une telle pratique, d'autres n'ont adopté aucune disposition y étant relative alors celle-ci se pratique en dehors de tout cadre légal. Or, les couples n'hésitent pas à se jouer des frontières afin de bénéficier ailleurs de ce qu'ils ne peuvent obtenir sur le territoire français. Il s'agit alors d'interroger le droit international privé lorsque lesdits couples revendiquent leur statut de parent obtenu à l'étranger.

18. « Comme toutes institutions humaines, les systèmes de parenté sont le fruit de constructions culturelles et sociales qui varient suivant les époques et les lieux. Ainsi chaque société choisit d'élaborer ses propres règles afin d'inscrire l'individu dans un ordre généalogique qui ne correspond pas nécessairement à la réalité biologique de

¹³⁹ Dans le cadre de cette étude, sera utilisée l'expression la plus courante « gestation pour autrui » englobant la « procréation pour autrui » qui est l'hypothèse où la femme qui porte l'enfant est aussi la mère génétique de celui-ci. Cf. *infra* n° 772.

¹⁴⁰ I. Nisand, « La gestation pour autrui : pour le cas par cas », in P. Muzny (dir.), *La liberté de la personne sur son corps*, Dalloz, 2010, p. 77 et s., spéc. p. 77.

¹⁴¹ Dans un souci de clarté, l'assistance médicale à la procréation désignera principalement l'insémination artificielle avec tiers donneur. Ainsi, même si la gestation pour autrui est l'une des techniques de l'assistance médicale à la procréation, celle-ci ne sera pas, dans le cadre de cette étude, incluse en son sein.

¹⁴² C. Mécarry, *La GPA*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2019, p. 1.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 2.

¹⁴⁴ L. n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, préc.

¹⁴⁵ L'article 16-7 du Code civil dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

¹⁴⁶ C. Mécarry, *La GPA*, *op. cit.*, p. 4.

l'engendrement »¹⁴⁷. L'assistance médicale à la procréation, entendue dans son sens large, « *bouleverse les données de la procréation humaine* »¹⁴⁸. Elle « *affecte le nombre des personnes pouvant participer à un projet parental* » et « *la structure des relations qui en résultent* »¹⁴⁹. L'assistance médicale à la procréation en droit international privé suscite de nombreuses problématiques, notamment en droit international de la famille. En effet, les questions de l'accès à ces techniques scientifiques et de la filiation qui en résulte sont très controversées et variables d'un État à un autre. Ainsi, l'assistance médicale à la procréation en droit international privé met en lumière et renouvelle la place de plusieurs mécanismes classiques de droit international privé tels que l'ordre public international et la fraude à la loi. En outre, elle invite à s'interroger sur des techniques plus récentes comme la méthode de la reconnaissance des situations juridiques.

19. Le « *pluralisme familial, d'un État à un autre, explique les difficultés auxquelles donnent lieu les relations de famille en droit international privé* »¹⁵⁰. L'influence du droit de la famille sur le droit international privé porte tant sur les méthodes que sur les solutions¹⁵¹. En effet, « *dans le cadre des réformes récentes qui sont intervenues en droit interne, des dispositions de droit international privé ont été souvent introduites qui expriment les mêmes principes, d'égalité, de liberté que ceux du droit interne* »¹⁵². L'instauration du pacte civil de solidarité en France et des partenariats enregistrés dans plusieurs États ainsi que l'admission du mariage entre personnes de même sexe dans certains pays ont fait surgir des problèmes délicats de droit international privé. Cette pluralité de modes de conjugalité a une influence notable sur le droit international privé. Afin de transposer, dans les relations privées internationales, les nouvelles politiques législatives instaurées en droit interne, le législateur français a édicté des règles de conflit de lois à l'image de l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil¹⁵³ spécifique au mariage entre personnes de même sexe. Sur le plan des méthodes, les réformes en droit de la famille ont, notamment, une influence sur les mécanismes perturbateurs tels que l'ordre public

¹⁴⁷ M.-L. Cicile Delfosse, « Droit et anthropologie. A propos de « l'homoparentalité » », in *Au-delà des codes - Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, op. cit., p. 113 et s., spéc. p. 118.

¹⁴⁸ K. A. Rokas, *L'assistance médicale à la procréation en droit international comparé*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne, 2016, p. 9.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ P. Guez, « Pluralisme familial et ordre public international », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, op. cit., p. 197 et s., spéc. p. 197.

¹⁵¹ P. Courbe, « L'influence des réformes du droit de la famille sur le droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 703 et s.

¹⁵² J.-J. Lemouland, « Famille », préc., n° 231.

¹⁵³ L'article 202-1, alinéa 2 du Code civil dispose 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* ».

international ou la fraude à la loi, mais également sur la méthode bilatérale. Par la loi du 17 mai 2013¹⁵⁴, le législateur français a ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe qui jusqu'alors n'était ouvert qu'aux couples composés d'un homme et d'une femme. Cependant, « *la volonté de bouleverser les règles antérieures est allée jusqu'à l'instauration de règles de droit international privé originales, favorisant la validité des unions entre personnes de même sexe, au mépris des solutions traditionnelles de conflits de lois, et non sans impliquer un renversement inédit du contenu de l'ordre public international français – qui jusqu'à alors empêchait de faire produire en France à une union valablement conclue à l'étranger entre personnes de même sexe les effets d'un mariage* »¹⁵⁵. Il est, ainsi, possible d'affirmer que « *le nouveau droit international privé du couple est un droit libéral, certains diraient peut-être même libertaire : la personne, et la satisfaction de ses revendications, y occupent une place centrale* »¹⁵⁶.

20. « *Les droits fondamentaux sont ceux des droits de l'homme (au sens le plus général) qui sont garantis par l'ordre juridique interne de l'État - par opposition aux droits de l'homme au sens strict, qui seront définis comme les droits garantis par les sources internationales qui lient l'État* »¹⁵⁷. Au titre de celles-ci, figure notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, plus communément appelée Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour européenne des droits de l'Homme associée à la Convention européenne des droits de l'Homme est sans nul doute un acteur majeur de l'évolution des droits de la personne et, notamment, du droit de la famille¹⁵⁸. Les juges européens doivent « *non seulement prendre en considération la législation de plusieurs États pour faire évoluer ces notions, mais sont également amenés à prendre position sur des sujets*

¹⁵⁴ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁵⁵ M. Pichard, « Conjugalités », in S. Hennette-Vauchez, M. Pichard, et D. Roman (dir.), *Genre et droit*, Dalloz, 2016, p. 229 et s., spéc. p. 230.

¹⁵⁶ F. Leborgne, « Le couple en droit international privé. Première journée de droit international privé Bertrand d'Argentré – Avant-Propos », *Revue juridique de l'Ouest*, 2016, pp. 9-13, spéc. p. 11.

¹⁵⁷ P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, Tome 318, 2007, p. 22, n° 4. V. aussi : R. Legendre, *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexions en matière personnelle et familiale*, Thèse, Dalloz, 2020 ; K. Le Borgne, *Les traditions juridiques à l'épreuve des droits européens*, Thèse, PU Juridiques de Poitiers, 2018.

¹⁵⁸ V. notamment : M. Dupuis, « Place des droits de l'homme dans le droit des personnes et de la famille », in F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Lamy Droit des personnes et de la famille*, Lamy, 2016, n° 110-2. L'auteur affirme qu'« *il est aujourd'hui impossible d'aborder l'étude du droit de la personne et de la famille en faisant abstraction de l'influence considérable que la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) a exercé depuis les vingt-cinq dernières années sur notre jurisprudence et nos textes civilistes* ».

problématiques et novateurs »¹⁵⁹ à l'image de leur jurisprudence très influente en matière de protection de la personne homosexuelle puis du couple homoparental.

21. La Convention européenne des droits de l'Homme a été signée à Rome le 4 novembre 1950 par les États membres du Conseil de l'Europe et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Elle lie les 47 États membres du Conseil de l'Europe¹⁶⁰. Cet instrument « *fournit le modèle le plus perfectionné de garantie effective des droits de l'homme proclamés au plan international* »¹⁶¹. La Convention énumère les droits protégés qui sont des « *droits individuels (dont l'individu est titulaire) ayant pour objet essentiel de préserver l'intégrité et la liberté de la personne humaine* »¹⁶². La Convention européenne des droits de l'Homme est définie comme l'« *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »¹⁶³. Autrement dit, elle « *représente une sorte de contrat social et juridique qui régit la coopération européenne et qui comporte, à la charge des États, des obligations contraignantes* »¹⁶⁴. La Convention est assortie de plusieurs protocoles additionnels. D'une part, certains ont pour objet d'élargir le champ de protection des droits et libertés reconnus par la Convention¹⁶⁵, de modifier certaines dispositions normatives¹⁶⁶ ou de donner de nouvelles compétences à la Cour européenne¹⁶⁷. Ces derniers sont facultatifs et leur entrée en vigueur est subordonnée à un certain nombre de ratifications. Après leur entrée en vigueur, les protocoles ne sont applicables que dans les États les ayant ratifiés. D'autre part, certains ont pour objet de modifier les dispositions de la Convention européenne relatives au système de contrôle¹⁶⁸. Il est nécessaire qu'ils soient ratifiés par tous les États parties afin d'entrer en vigueur.

22. « *L'originalité de la Convention européenne réside moins dans la liste des droits énumérés que dans le mécanisme institutionnel de protection mis en place* »¹⁶⁹. Initialement, ce

¹⁵⁹ C. Bensa, *Famille structurelle, famille fonctionnelle. Réflexion sur le travail prétorien d'adaptation de la notion de famille à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême du Canada*, Thèse, Université Toulouse Capitole et Université Laval, 2018, p. 9, n° 5.

¹⁶⁰ La liste des États membres est disponible à l'adresse suivante : <https://www.coe.int/fr/web/portal/47-members-states>.

¹⁶¹ F. Sudre, « Convention européenne des droits de l'Homme - Caractères généraux », *J.-Cl. Europe traité*, Fasc. n° 6500, 29 févr. 2016, n° 1.

¹⁶² *Ibid.*, n° 10.

¹⁶³ Cour EDH, 23 mars 1995, *Loizidou c./ Turquie*, req. n° 15318/89, *AFDI* 1995, p. 485, obs. V. Coussirat-Coustère ; *Justices* 1997, p. 169, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1997, p. 273, obs. E. Decaux et P. Tavernier ; *RUDH* 1997, p. 4, obs. F. Sudre, § 75.

¹⁶⁴ M. de Salvia, « Convention européenne des droits de l'Homme - Recours individuel - Compétence de la Cour européenne et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe », *J.-Cl. Procédure pénale*, Fasc. n° 10, 5 févr. 2008, n° 2.

¹⁶⁵ Protocoles n°s 1 du 20 mars 1952, 4 du 16 sept. 1963, 7 du 22 nov. 1984 et 12 du 4 nov. 2000.

¹⁶⁶ Protocoles n°s 6 du 28 avr. 1983 et 13 du 3 mai 2002.

¹⁶⁷ Protocole n° 16 du 2 oct. 2013.

¹⁶⁸ Protocoles n°s 11 du 11 mai 1994 et 14 du 13 mai 2004.

¹⁶⁹ F. Sudre, « Convention européenne des droits de l'Homme - Caractères généraux », préc., n° 11.

mécanisme s'articulait autour de trois organes de contrôle : la Commission européenne des droits de l'Homme, la Cour européenne des droits de l'Homme et le Conseil des ministres. Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'Homme de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme et de ses protocoles peut être exercé à la suite d'une requête étatique ou d'une requête individuelle. La première est prévue par l'article 33 de la Convention qui dispose que « *toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante* ». Dans la présente étude, il s'agit de s'intéresser aux requêtes individuelles à propos desquelles plusieurs systèmes sont à distinguer. En effet, « *le droit de recours individuel, actuel fleuron du système européen, avait été initialement pensé comme marginal [...], facultatif [...], et indirect* »¹⁷⁰. Dans le système originel, « *le recours individuel ne trouvait qu'une place subsidiaire* », car la faculté pour l'individu de saisir directement la Commission « *était laissée à la discrétion des États qui pouvaient ou non reconnaître le droit de recours individuel* »¹⁷¹. En outre, l'individu ne disposait pas de la possibilité de contester une éventuelle décision défavorable de la Commission, la saisine de la Cour étant réservée à la Commission et aux États qui avaient reconnu la compétence de celle-ci. Dans ce système, la Commission européenne des droits de l'Homme jouait un rôle moteur en étant le premier organe à intervenir dans la procédure de contrôle. Il s'agit d'un organe non juridictionnel « *dont l'activité s'est juridictionnalisée au fil du temps* »¹⁷². Elle pouvait être saisie par « *toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers se prétendant victimes d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans [...] la Convention* »¹⁷³. Il appartenait à la Commission de se prononcer sur la recevabilité des requêtes. Si la requête était jugée recevable, la Commission devait « *établir contradictoirement les faits de la cause* » puis « *se mettre à la disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire* »¹⁷⁴. Si le règlement amiable aboutissait, la Commission lui donnait un caractère définitif en dressant un rapport le consacrant. À défaut, elle rédigeait un rapport établissant les faits et formulait un avis sur le fond de l'affaire. Dans le cas d'un constat de violation, la Commission européenne « *jouait un rôle d'aiguilleur, pouvant*

¹⁷⁰ S. Henneville-Vauchez et D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2020, p. 152, n° 177.

¹⁷¹ F. Benoit Rohmer, « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *J.-Cl. Libertés*, Fasc. n° 330, 1^{er} juill. 2010, n° 9.

¹⁷² J.-F. Flauss, « Convention européenne des droits de l'Homme », in D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2010, p. 73.

¹⁷³ Art. 25 de la Conv. EDH dans sa version initiale.

¹⁷⁴ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 7^{ème} éd., 2016, p. 13.

saisir soit la Cour pour un règlement "judiciaire" du litige, soit le Comité des ministres, pour un règlement politique »¹⁷⁵.

23. Néanmoins, « le système européen est [...] apparu inadéquat face au gonflement considérable du contentieux »¹⁷⁶. L'objectif de la réforme du mécanisme de contrôle était principalement de corriger sa lenteur et sa complexité¹⁷⁷. En effet, deux raisons ont rendu nécessaire une réforme de la procédure de contrôle : « l'augmentation du nombre et de la complexité des requêtes d'une part » et « la multiplication [...] des adhésions à la convention et des déclarations de reconnaissance de la juridiction obligatoire d'autre part »¹⁷⁸. Deux projets de réforme ont été envisagés : « le premier tendait à l'institution d'un organe juridictionnel unifié résultant de la fusion de la Commission et de la Cour ; le second visait à transformer la Commission en tribunal de première instance et la Cour en juridiction d'appel »¹⁷⁹. C'est finalement la première option qui a été consacrée par le protocole n° 11 portant réforme du système de contrôle, signé le 11 mai 1994 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998¹⁸⁰. En effet, le Protocole prévoit la fusion de la Commission et de la Cour en une Cour européenne des droits de l'Homme unique et permanente compétente tant pour la recevabilité que le fond des requêtes. De plus, le Conseil des ministres s'est vu attribuer une compétence résiduelle portant sur l'exécution des arrêts de la Cour. Le droit de recours individuel est rendu obligatoire dans la mesure où les clauses facultatives d'acceptation concernant la juridiction obligatoire de la Cour et la reconnaissance du recours individuel sont supprimées. Ainsi, l'article 34 de la Convention européenne énonce, désormais, que « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

Cependant, depuis la réforme opérée par le Protocole n° 11, la Cour européenne a connu une augmentation très importante de sa charge de travail en faisant du recours individuel « la clé de voûte du système européen de protection des droits de l'homme »¹⁸¹. De surcroît, la Cour

¹⁷⁵ L. Favoreu, J. Tremeau, P. Gaïa et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2015, p. 485, n° 552.

¹⁷⁶ L. Pubert, « Cour européenne des droits de l'Homme », in D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 144.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 15.

¹⁷⁹ L. Favoreu, J. Tremeau, P. Gaïa et al., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 487, n° 554.

¹⁸⁰ Décr. n° 98-1055 du 18 nov. 1998 portant publication du protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la convention, *JORF*, n° 273, 25 nov. 1998, p. 17777.

¹⁸¹ F. Benoit Rohmer, « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., n° 23.

serait saisie d'un nombre trop important d'affaires manifestement mal fondées dans la mesure où celles-ci avoisineraient 92 % des requêtes¹⁸². Or, cette augmentation menaçait « *très sérieusement la fonction du système de contrôle de la Convention* » et risquait « *de porter atteinte à l'efficacité et la crédibilité du système de protection des droits de l'homme en Europe* »¹⁸³. Ainsi, le Protocole n° 14, ouvert à la signature le 13 mai 2004, est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010¹⁸⁴. Ce Protocole vise principalement « *à accélérer le processus juridictionnel et à augmenter la capacité juridictionnelle de la Cour* »¹⁸⁵. À cette fin, il permet à un juge unique de rejeter les requêtes manifestement irrecevables de manière définitive¹⁸⁶ alors qu'auparavant, ce pouvoir n'appartenait qu'à un comité de trois juges. En outre, les Comités de ministres se voient accorder le pouvoir de rendre des arrêts lorsque la question posée par l'affaire fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour¹⁸⁷.

24. À ce jour, la Cour européenne des droits de l'Homme, juridiction internationale indépendante qui siège à Strasbourg depuis le 21 janvier 1959, constitue l'élément central du mécanisme de contrôle supranational de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle « *a, au fil de sa riche jurisprudence, interprété le texte de la Convention dans un sens dynamique, souvent audacieux, en tout cas largement protecteur des droits des individus* »¹⁸⁸. Elle est composée d'un nombre de juges égal à celui des Hautes Parties contractantes¹⁸⁹ élus pour neuf ans non rééligibles¹⁹⁰. Quatre formations de jugement sont présentes à la Cour européenne : les juges uniques, les Comités, les chambres et la grande chambre. La Cour européenne ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes¹⁹¹ et ce dans un délai de six mois à partir de la décision interne définitive¹⁹². Il s'agit « *d'une application de l'idée de subsidiarité* » qui « *vise [...] à ménager la souveraineté et la susceptibilité des États en leur permettant de remédier par leurs propres ressources juridiques aux situations attentatoires aux droits de l'Homme* »¹⁹³. La Cour européenne « *ne retient*

¹⁸² F. Benoit Rohmer, « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., n° 24.

¹⁸³ *Ibid.*, n° 22.

¹⁸⁴ Décr. n° 2010-711 du 28 juin 2010 portant publication du protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendement le système de contrôle de la convention, *JORF*, n° 0149, 30 juin 2010, p. 11719.

¹⁸⁵ F. Benoit Rohmer, « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme », préc., n° 28.

¹⁸⁶ Art. 27 Conv. EDH.

¹⁸⁷ Art. 28 Conv. EDH.

¹⁸⁸ D. Szymczak, « Convention européenne des droits de l'homme : application interne », *Répertoire de droit européen Dalloz*, juill. 2017, n° 1.

¹⁸⁹ Art. 20 Conv. EDH.

¹⁹⁰ Art. 23 Conv. EDH.

¹⁹¹ V. pour un développement complet sur le contenu de la condition d'épuisement des voies de recours internes : J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 6 et s.

¹⁹² Art. 34 Conv. EDH.

¹⁹³ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 6.

aucune requête individuelle » lorsqu'« *elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux* »¹⁹⁴. En outre, pour être recevable, la requête individuelle ne doit pas être incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses protocoles, manifestement mal fondée ou abusive¹⁹⁵. Une requête serait manifestement mal fondée « *s'il n'existait aucun commencement de preuve à l'appui des faits invoqués ou si les faits établis ne révélaient même pas une apparence de violation* »¹⁹⁶ de la Convention européenne. La notion de requête abusive recouvre « *les demandes contenant des propos insultants à l'égard d'un État ou de ses représentants et les demandes fantaisistes ou trop provocatrices* »¹⁹⁷. De même, la Cour peut déclarer une requête individuelle irrecevable si « *le requérant n'a subi aucun préjudice important* »¹⁹⁸. Cependant, la Convention tempère cette condition lorsque d'une part, « *le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles exige un examen de la requête au fond* » et d'autre part, « *à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne* »¹⁹⁹. Cette condition a suscité une certaine inquiétude en doctrine. Comme le souligne Monsieur le Professeur Jean-Pierre Marguénaud, il est « *à craindre qu'un tel concept introduit dans la Convention sans le moindre effort de définition préalable ne devienne vite un moyen commode de protéger la Cour contre les risques d'engorgement en sacrifiant la substance du droit de recours individuel qui est pourtant la clé de voûte du système* »²⁰⁰. L'examen des conditions de recevabilités appartient à un juge unique qui peut déclarer une requête irrecevable ou la rayer du rôle de manière définitive. Dans la négative, le juge unique transmet la requête à un comité de trois juges ou à une chambre pour un examen complémentaire²⁰¹. Le Comité de trois juges peut, à l'unanimité, déclarer la requête irrecevable ou la rayer du rôle ou déclarer la requête recevable et rendre un arrêt sur le fond lorsque la question à l'origine de l'affaire fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour²⁰². À défaut, une Chambre doit se prononcer sur la recevabilité et le fond des requêtes individuelles. Si la requête est déclarée recevable, la Chambre doit examiner l'affaire de façon contradictoire²⁰³, mais également, se mettre à la

¹⁹⁴ Art. 35, al. 2, b) Conv. EDH.

¹⁹⁵ Art. 35, al. 3, a) Conv. EDH.

¹⁹⁶ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme, op. cit.*, p. 27.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Art. 35, al. 3, b) Conv. EDH.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme, op. cit.*, p. 28.

²⁰¹ Art. 27 Conv. EDH.

²⁰² Art. 28 Conv. EDH.

²⁰³ Art. 38 Conv. EDH.

disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire²⁰⁴. À défaut d'accord amiable, il appartient à la Cour de décider s'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles. Dans la positive, elle accorde à la partie une satisfaction équitable²⁰⁵. L'arrêt d'une Chambre ne devient définitif que si les parties déclarent qu'elles ne demanderont pas le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre ou trois mois après la date de l'arrêt, si le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre n'a pas été demandé ou encore, lorsque le collège de la Grande Chambre rejette la demande de renvoi²⁰⁶. En effet, l'article 43 de la Convention européenne permet à toute partie, dans un délai de trois mois à compter de l'arrêt d'une Chambre de demander le renvoi de l'affaire devant la Grande chambre. Un collège de cinq juges de la Grande Chambre est chargé de filtrer les demandes qui ne seront acceptées que « *si l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses protocoles, ou encore une question de caractère général* »²⁰⁷. Si la demande est acceptée, la Grande Chambre statue sur l'affaire par un arrêt qui sera transmis au Comité des ministres pour suivi de l'exécution et insusceptible de recours.

25. Les droits protégés par la Convention européenne sont nombreux. Il s'agit essentiellement de « *droits individuels ayant pour objet de sauvegarder l'intégrité et la liberté de la personne humaine* »²⁰⁸, autrement dit « *ce sont principalement, des droits civils et politiques, selon la terminologie classique* »²⁰⁹. Initialement, l'idéologie des droits de l'Homme était étrangère au droit de la famille²¹⁰. Pourtant, aujourd'hui, elle en constitue « *un moteur principal : le changement des mentalités et le développement des libertés fondamentales ont incontestablement guidé l'évolution du droit de la famille* »²¹¹. Cette extension a, notamment, été guidée par le droit au respect de la vie privée et familiale protégée par l'article 8 de la Convention européenne²¹². Cette disposition est celle qui « *a fait l'objet du plus grand nombre*

²⁰⁴ Art. 39 Conv. EDH.

²⁰⁵ Art. 41 Conv. EDH.

²⁰⁶ Art. 44 Conv. EDH.

²⁰⁷ Art. 43, § 2 Conv. EDH,

²⁰⁸ P. Hilt, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, PUAM, 2004, n° 14.

²⁰⁹ F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, PUF, 10^{ème} éd., 2015, p. 83.

²¹⁰ P. Hilt, *op. cit.*, n° 15.

²¹¹ *Ibid.* V. pour une étude approfondie : F. Vasseur-Lambry, *La famille et la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*

²¹² L'article 8 de la Convention européenne dispose que : « *1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

d'applications jurisprudentielles et de l'interprétation la plus extensive »²¹³. Dans la mesure où « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »²¹⁴, le juge européen opte pour une interprétation dynamique de la Convention. Ainsi, la Cour réalise « *de manière prétorienne, l'adaptation de la convention au changement social* » et « *se ménage [...] la possibilité d'ajuster constamment la convention à l'évolution des mœurs et des mentalités, afin de la préserver de tout anachronisme, et de dénoncer les législations désuètes à ses yeux* »²¹⁵. La vie privée, protégée par l'article 8, est non seulement la vie privée personnelle, mais également la vie privée sociale²¹⁶. Quant au respect de la vie familiale, la Convention européenne protège la reconnaissance de celle-ci, les relations entre parents et enfants et l'égalité des droits des enfants. En outre, l'article 12 de la Convention européenne²¹⁷ consacre pour tout individu le droit au mariage. Enfin, la combinaison de l'article 14²¹⁸, consacrant le principe de non-discrimination, de la Convention avec les autres articles permet d'élargir leurs domaines respectifs. En effet, si ce principe « *n'apporte rien à lui seul* » lorsqu'il est placé « *sous le parrainage d'un autre droit déjà consacré il permet d'étendre la protection de la CEDH à des hypothèses qui n'avaient pas été spécialement retenues* »²¹⁹. La Cour européenne des droits de l'Homme affiche, par ailleurs, un intérêt particulier pour la notion d'« *intérêt supérieur de l'enfant* ». Cependant, celle-ci n'apparaît pas dans la Convention européenne et a été empruntée à la Convention internationale des droits de l'enfant²²⁰ dont l'article 3, paragraphe 1^{er} précise que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de*

²¹³ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme, op. cit.*, p. 93. V. dans le même sens : F. Sudre, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2005.

²¹⁴ Cour EDH, 9 oct. 1979, *Airey c./ Irlande*, req. n° 6289/73, Rec. série A, vol. 32, § 26, p. 15, req. n° 6289/73, Rec. série A, n° 32 ; *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 2, § 26.

²¹⁵ F. Sudre, « Convention européenne des droits de l'Homme – Droits garantis – Droit au respect de la vie privée et familiale – Principes directeurs – Protection de la vie privée », *J.-Cl. Europe traité*, Fasc. n° 6524, n° 2.

²¹⁶ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme, op. cit.*, p. 93.

²¹⁷ L'article 12 de la Convention européenne dispose qu'« *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

²¹⁸ L'article 14 de la Convention européenne dispose que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

²¹⁹ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme, op. cit.*, p. 53.

²²⁰ La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) est un traité international adopté le 20 novembre 1989 par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies dans le but de reconnaître et protéger les droits spécifiques des enfants.

l'enfant doit être une considération primordiale ». Qualifié de notion-cadre²²¹, de notion à contenu variable²²² ou de concept modelable²²³, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est « *essentiel, mais vaste et imprécis* »²²⁴. En l'absence de définition de la notion, la jurisprudence européenne en dresse les contours au travers de ses arrêts²²⁵.

26. Le système de contrôle devant la Cour européenne des droits de l'Homme assure une grande efficacité à la protection européenne des libertés fondamentales. De surcroît, cette efficacité est confirmée par la place accordée à la Convention européenne des droits de l'Homme qui a été ratifiée par la France le 3 mai 1974²²⁶. L'application de la Convention n'est pas subordonnée à la condition de réciprocité imposée par l'article 55 de la Constitution qui dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Il s'agit du « *signe distinctif des textes conventionnels protecteurs des droits de l'homme* »²²⁷. Par conséquent, « *indépendamment de la réciprocité [...] les traités relatifs aux droits de l'homme jouissent de la primauté sur les lois internes qui leur sont contraires* »²²⁸. L'influence de la Convention européenne sur l'ordre juridique interne français est confortée par son effet direct qui « *institue directement dans le chef de l'individu des droits dont ce dernier va pouvoir se prévaloir devant les juridictions internes* »²²⁹. Afin qu'une norme soit d'effet direct, les deux conditions généralement admises sont « *l'intention des États de créer des droits au profit des particuliers et le caractère complet et précis des*

²²¹ A.-C. Réglie, « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in A.-C. Réglie et C. Siffrein-Blanc (dir.), *L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 83 et s., spéc. p. 84.

²²² J. Fierens, « Alpha ursae minoris – L'étoile polaire et l'intérêt supérieur de l'enfant parmi les intérêts concurrents », in Conseil de l'Europe (dir.), *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*, Conseil de l'Europe, 2017, p. 5.

²²³ C. Neirinck, « A propos de l'intérêt de l'enfant », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Anthemis, 2002, p. 25 et s.

²²⁴ Conseil de l'Europe, « Introduction », in Conseil de l'Europe (dir.), *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*, Conseil de l'Europe, 2017, p. 5.

²²⁵ V. notamment : A.-C. Réglie, « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in A.-C. Réglie et C. Siffrein-Blanc (dir.), *L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, *op. cit.*, p. 83 et s., spéc. p. 88.

²²⁶ Décr. n° 74-360 du 3 mai 1974 portant publication de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, de ses protocoles additionnels n°s 1, 3, 4 et 5, signés les 20 mars 1952, 6 mai 1963, 16 septembre 1963 et 20 janvier 1966, ainsi que des déclarations et réserves qui ont été formulées par le Gouvernement de la République française lors de la ratification, *JORF*, 4 mai 1974, p. 4750.

²²⁷ F. Sudre, « Convention européenne des droits de l'Homme - Caractères généraux », préc., n° 17.

²²⁸ F. Marchadier et J.-P. Marguénau, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2017, p. 40 et s., spéc. p. 46.

²²⁹ F. Sudre, « Convention européenne des droits de l'Homme - Caractères généraux », préc., n° 24.

articles en cause »²³⁰. L'effet direct de la Convention européenne a été admis sans difficulté²³¹. Or, comme le relève Monsieur le Professeur Fabien Marchadier, « *l'applicabilité directe occupe une place cardinale par rapport aux relations entre la Convention et le droit international privé. C'est en vertu de ce mécanisme que tout individu peut introduire la question du respect des droits de l'homme garantis par la CEDH dans un litige né d'une relation présentant un élément d'extranéité* »²³². La Convention européenne des droits de l'Homme présente un caractère subsidiaire comme l'ont souligné les juges européens eux-mêmes : « *le mécanisme de sauvegarde instauré par la convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme* »²³³. Ainsi, « *la convention a [...] un caractère second par rapport aux droits nationaux, ses règles de fond ne visant nullement à se substituer aux règles de droit interne mais, si besoin, à la compléter ou à pallier ses insuffisances* »²³⁴.

À l'instar du Professeur Courbe, il est possible d'affirmer que la Convention européenne des droits de l'Homme « *irradie l'ensemble des secteurs du droit positif et l'on imagine difficilement que le droit international privé puisse, ou doive, y échapper* »²³⁵. En outre, parce que le droit international privé « *n'a pas une fonction répartitrice mais régulatrice et qu'il définit ou contribue à définir les droits et obligations des personnes privées, il paraît même normal qu'il subisse l'influence d'une convention internationale relative aux droits de l'homme* »²³⁶.

27. Il est possible de penser que le droit de l'Union européenne « *n'a rien à voir avec le droit de la famille* » dans la mesure où celui-ci « *a été conçu, à l'origine, comme relevant de la souveraineté de chaque État* »²³⁷. Toutefois, par l'intermédiaire de plusieurs principes, notamment la libre circulation des personnes et la non-discrimination, le droit communautaire

²³⁰ F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Bruylant, 2007, p. 10, n° 3.

²³¹ F. Marchadier et J.-P. Marguénaud, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., p. 40 et s., spéc. p. 48. V. Cass. crim., 3 juin 1975, *Respino*, n° 75-90.697, Bull. crim. 1975, n° 141, p. 382 ; Cass. crim., 30 juin 1976, *Eisner, Glaser, Munoz-Rojo*, n° 75-93296, D. 1977, p. 1, note P. Coste-Floret.

²³² F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 10, n° 3.

²³³ Cour EDH, 7 déc. 1976, *Handyside c./ Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, Série A, n° 24 ; GACEDH, n° 7, § 48.

²³⁴ F. Sudre, « Convention européenne des droits de l'Homme - Caractères généraux », préc., n° 30.

²³⁵ P. 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 ?*, Bruylant, 1996, p. 249 et s., spéc. p. 249.

²³⁶ F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 3, n° 1.

²³⁷ J.-J. Lemouland, « Famille », préc., n° 263.

est intervenu indirectement dans les domaines relevant du droit de la famille²³⁸. Née sous le nom de Communauté économique européenne par la signature du Traité de Rome²³⁹ en 1957, l'Union européenne a, depuis, subi diverses modifications. Il s'agit, notamment, de celles apportées par le Traité de Maastricht²⁴⁰ signé en 1992 modifié à plusieurs reprises jusqu'au Traité de Lisbonne²⁴¹ signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 qui constitue la dernière étape de construction de l'Europe intégrative, qui compte désormais 27 États membres²⁴². Originellement, « *le droit communautaire n'avait qu'une vocation matérialiste* » et « *se donnait pour ambition d'unir des intérêts principalement militaires ou économiques, avec un marché unique* »²⁴³. Toutefois, « *c'était oublier l'évolution de l'Europe, la mobilité des citoyens, l'union de personnes de nationalités différentes ou les revendications et les requêtes des justiciables* »²⁴⁴. Ainsi, « *la famille est rapidement devenue un sujet de préoccupation de l'Union européenne, d'abord à travers la liberté d'aller et venir des travailleurs qui inclut le droit pour ces derniers de faire venir leur famille, puis plus directement à travers la Charte des droits fondamentaux, dont certains articles visent particulièrement la famille* »²⁴⁵. « *La libre circulation [...] des personnes ainsi que les principes tirés de la coopération et de reconnaissance des décisions de justice entre États membres ont tout naturellement amené les institutions communautaires et la Cour de justice des communautés européennes*²⁴⁶ à s'intéresser de près au droit de la famille et au conflit de lois qui en seraient issus »²⁴⁷. En outre, « *le droit de l'Union européenne s'offre comme un nouveau contexte juridique dans lequel se déploient dorénavant massivement les constructions du droit*

²³⁸ J.-J. Lemouland, « Famille », préc., n° 264. V. aussi : M. Azavant, « Famille », *Répertoire de droit européen Dalloz*, oct. 2017 (mise à jour : avr. 2019) ; S. Ramet, *Le droit communautaire et la famille*, Thèse, Université Paris I, 2001 ; H. Gaudemet-Tallon, « La famille face au droit communautaire », in F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, 1996, p. 85 et s ; A. Thurillet-Bersolle, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse, Université de Bourgogne, 2011.

²³⁹ Traité instituant la Communauté économique européenne signé le 25 mars 1957, non publié au JO.

²⁴⁰ Traité sur l'Union européenne, *JOCE*, n° C 191, 29 juill. 1992, p. 1.

²⁴¹ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, *JOUE*, n° C 306, 17 déc. 2007, p. 1.

²⁴² Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie et Suède.

²⁴³ S. Ben Hadj Yahia, « Un droit de la famille en quête d'harmonisation », in J. Molinier (dir.), *Les influences de la construction européenne sur le droit français*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 219 et s., spéc. p. 220.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 221.

²⁴⁵ A. Gouttenoire, « La double protection de la famille en Europe. À partir des textes de référence », *Informations sociales*, vol. 129, n° 1, 2006, p. 34.

²⁴⁶ En application de l'article 19 du traité sur l'Union Européenne, la Cour de justice de justice des communautés européennes (CJCE) est, désormais, nommée Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

²⁴⁷ Y. Favier, « La famille et l'europe : la concurrence des droits dans la vie privée et familiale », *Recherches familiales*, vol. 5, n° 1, 2008, p. 79.

international privé »²⁴⁸. Outre les nombreux règlements européens en matière familiale²⁴⁹, la jurisprudence de l'ancienne Cour de justice des communautés européennes, désormais, Cour de justice de l'Union européenne impose des aménagements des solutions traditionnelles de droit international privé compte tenu de l'existence d'une citoyenneté européenne²⁵⁰. En effet, la liberté de circulation qui, « *au départ, permettait d'entrer et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre [...] combinée, désormais, avec la citoyenneté, [...] permet de garantir que le statut familial élaboré dans un État membre, quel qu'il soit, soit reconnu dans les autres États membres* »²⁵¹. Trois arrêts fondateurs²⁵² ont été rendus par la Cour de justice de l'Union européenne sur la question de la compatibilité avec le droit de l'Union européenne d'un refus de reconnaissance d'un élément du statut personnel acquis dans un État membre. Si ces affaires ont été rendues en matière de nom patronymique, il semble possible d'affirmer que le refus de reconnaissance d'autres éléments du statut personnel tels que le mariage ou la filiation créerait des inconvénients aussi importants que ceux en matière de nom²⁵³. Ainsi, en droit international privé, l'objectif de reconnaissance au travers de la méthode de reconnaissance des situations est au cœur de nombreuses discussions. Le débat concerne principalement « *la reconnaissance des situations liées au statut personnel [et] porte sur la nécessité du passage par la règle de conflit*

²⁴⁸ J.-S. Bergé, D. Porcheron et G. Vieira Da Costa Cerqueira, « Droit international privé et droit de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen Dalloz*, avr. 2017, n° 1.

²⁴⁹ V. notamment : Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003 relatif à la compétence, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *JOCE*, n° L 338, 23 déc. 2003 ; Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 déc. 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *JOUE*, n° L 7, 10 janv. 2009 ; Règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 déc. 2010 relatif à la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *JOUE*, n° L 343, 29 déc. 2010 ; Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 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, *JOUE*, L 201, 27 juill. 2012 ; Règlement (UE) n° 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, *JOUE*, n° L 183, 8 juill. 2016 ; Règlement (UE) n° 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, *JOUE*, n° L 183, 8 juill. 2016.

²⁵⁰ J.-S. Bergé, D. Porcheron et G. Vieira Da Costa Cerqueira, « Droit international privé et droit de l'Union européenne », préc., n° 48.

²⁵¹ E. Pataut, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in H. Fulchiron et C. Bideaud-Garon (Dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 97 et s., spéc. p. 100.

²⁵² CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, Rec. 2003, p. I-11613 ; *D.* 2004, I, p. 1476, note B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 192, note P. Lagarde ; *JDI* 2004, p. 1225, note S. Poillot-Peruzzetto ; CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *JCP G* 2009, II, 10071, comm. A. Devers ; *Dr. fam.* 2009, comm. 50, note F. Viangalli ; *JDI* 2009, comm. 7, p. 577, note L. D'Avout ; *Europe* 2008, comm. 397, note F. Kauff-Gazin ; *D.* 2009, p. 845, note F. Boulanger ; CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/209, *AJDA* 2011, p. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *Constitutions* 2011, p. 332, obs. A. Levade ; *RTD. civ.* 2011, p. 98, obs. J. Hauser ; *Europe* 2011, comm. 40, obs. D. Simon ; *JDI* 2011, p. 639, note J. Heymann ; *RTD eur.* 2011, p. 571, note E. Pataut.

²⁵³ V. en ce sens : S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Thèse, Bruylant, 2017, p. 243 et s., n° 245 et s.

et sur la possibilité de son effacement progressif »²⁵⁴. Comme l'exprime Monsieur le Professeur Roberto Baratta, « en vérifiant si, dans l'État requis, la situation juridique existante ou acquise à l'étranger peut être tenue pour établie [...], le but poursuivi est celui de surmonter les difficultés dues aux situations juridiques "boîteuses", c'est-à-dire existantes et valables dans un ou plusieurs ordres juridiques, mais non pour tous ceux qui sont concernés par la même situation »²⁵⁵.

28. Une étude de droit international privé serait incomplète sans évoquer l'influence de la Conférence de La Haye de droit international qui est l'organisation mondiale pour la coopération transfrontalière en matière de droit civil et commercial. Elle compte, actuellement, 85 membres, dont 84 États représentant tous les continents et une Organisation régionale d'intégration économique²⁵⁶. La France est partie à la Conférence depuis 1964. En outre, soixante-dix États ne sont pas membres, mais ont signé, ratifié ou adhéré à une ou plusieurs Conventions de La Haye. Même si la Conférence n'a obtenu un bureau permanent à titre d'organisation qu'en 1955, elle a vu le jour le 12 septembre 1893 lors de l'ouverture solennelle de la première Conférence pour le droit international privé²⁵⁷. La Conférence de La Haye est une organisation intergouvernementale permanente ayant « pour but de travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé »²⁵⁸. À cette fin, elle élabore des conventions internationales portant sur l'ensemble du droit international privé. « La divergence des droits devient une gêne dès que l'objet ou le sujet du droit est appelé à dépasser fréquemment les frontières de plusieurs systèmes juridiques »²⁵⁹. Ainsi, l'objectif est d'« offrir à celles et ceux dont la vie et les activités traversent les frontières entre différents systèmes juridiques un degré élevé de sécurité juridique et de prévisibilité »²⁶⁰. Autrement dit, « toute la raison de l'activité

²⁵⁴ S. Francq, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », in H. Fulchiron et C. Bideaud-Garon (Dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 111 et s., spéc. p. 115.

²⁵⁵ R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », préc., p. 273, n° 8. V. sur le recul des conflits de lois : T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? – Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, 2015.

²⁵⁶ La liste est disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé : <https://www.hcch.net/fr/states/hcch-members>.

²⁵⁷ V. pour un historique détaillé : G.J.W. Steenhoff, « Asser et la fondation de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 297 ; G. A. L. Droz, M. Pelichet et A. Dyer, « La Conférence de La Haye de droit international privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau permanent : Bilan et perspectives », *RCADI*, Tome 168, 1980 ; A. E. Von Overbeck, « La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé », *RCADI*, Tome 233, 1992.

²⁵⁸ HCCH, *Statut de la conférence de La Haye de droit international privé*, 15 juill. 1955, art. 1^{er}. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/d127c579-fc90-468b-9477-165425b32642.pdf>.

²⁵⁹ G. A. L. Droz, M. Pelichet et A. Dyer, « La Conférence de La Haye de droit international privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau permanent : Bilan et perspectives », préc., p. 136.

²⁶⁰ C. Bernasconi, « Vers l'unification progressive des règles de droit international privé », *JCP N*, n° 21, 24 mai 2019, act. 501.

de la codification internationale du droit international privé consiste dans le besoin d'assurer la sécurité du droit »²⁶¹. En effet, si « déjà la codification sur le plan national du droit international privé ajoute dans une large mesure à la sécurité, mais il va de soi que la codification internationale apporte l'élément de l'unité internationale »²⁶². Le domaine de la Conférence couvre les questions relatives aux conflits de lois et aux conflits de juridictions, mais aussi celles concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération judiciaire et administrative internationale²⁶³. Le domaine matériel couvert par la Conférence porte notamment sur le droit des personnes et de la famille, le droit des obligations contractuelles et extracontractuelles, le droit commercial et financier et les questions de procédure. Face à la mondialisation des rapports juridiques, « aussi bien pour les personnes que pour les biens et les services »²⁶⁴, il est nécessaire de rechercher des règles unifiées de droit international privé. Or, « le droit comparé [...] s'impose comme préalable nécessaire »²⁶⁵. Consciente de ce constat, la Conférence de La Haye de droit international privé fait précéder chacune de ces conventions internationales de « recherches de droit comparé permettant de connaître les points sur lesquels l'accord serait facile à trouver et, à l'inverse, ceux qui risquaient de soulever des difficultés »²⁶⁶. Comme le souligne, Monsieur le Professeur Yves Lequette, « les sources conventionnelles occupent, dans le droit international privé contemporain, une place en constante expansion »²⁶⁷. Même si « le droit international privé de la famille est [...] le domaine où se cristallisent le plus les particularismes nationaux », cela « n'a pas empêché l'adoption de multiples conventions sous l'égide de la Conférence de La Haye de droit international privé »²⁶⁸. « Il est souhaitable qu'un rapport privé international qui, par définition, se développe à cheval sur plusieurs ordres juridiques soit traité de manière analogue de part et d'autre de la frontière »²⁶⁹ notamment en droit de la famille où l'état des personnes impose une stabilité particulière. Autrement dit, « le droit international privé doit s'efforcer d'assurer la coexistence d'institutions et de systèmes de droit variés, en préservant

²⁶¹ M. H. Van Hoogstraten, « La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye », *RCADI*, Tome 122, 1967, p. 349.

²⁶² *Ibid.*, p. 353.

²⁶³ H. Van Loon, « Conférence de La Haye de droit international privé », *Répertoire de droit international Dalloz*, janv. 2011 (mise à jour : sept. 2018), n° 36.

²⁶⁴ H. Gaudemet-Tallon, « Un trio d'inséparables : droit comparé, droit international privé, droit de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 431 et s., spéc. p. 434.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Y. Lequette, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, Tome 246, 1994, p. 19.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 23.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 31.

en priorité l'intérêt de l'individu et des familles »²⁷⁰. Le bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé œuvre, notamment, à instaurer un instrument concernant le statut des enfants, plus particulièrement en matière de filiation résultant des accords de maternité de substitution à caractère international²⁷¹. La question est primordiale comme l'affirme le Bureau permanent en énonçant qu'il convient de se saisir « *des défis que doit relever la communauté internationale à l'égard des cas de maternité de substitution à caractère international* »²⁷².

29. « *L'état du droit français ne peut suffire à décrire la réalité actuelle de l'homoparentalité* » dans la mesure où « *le monde est parcouru de courants opposés auxquels la France n'échappe pas* »²⁷³. Il paraît impossible d'ignorer les évolutions législatives des différents États car, souvent, les règles de droit international privé trouvent à s'appliquer dans la mesure où « *l'homoparentalité est un phénomène qui dépasse très souvent nos frontières* »²⁷⁴. Le droit comparé est une discipline relativement récente apparue au cours du XIX^{ème} siècle. Selon Monsieur le Professeur Michel Fromont, le droit comparé s'arrête à « *l'étude approfondie des droits étrangers* »²⁷⁵. En revanche, Madame le Professeur Hélène Gaudemet-Tallon, considère que la connaissance des droits étrangers constitue le point de départ de toute étude de droit comparé suivie de la méthode comparative stricto sensu qui est véritablement du droit comparé²⁷⁶. L'intérêt des juristes pour l'étude des droits étrangers s'explique par des raisons pratiques et théoriques. D'une part, « *le développement du commerce international et la conclusion des premiers traités de droit international privé ont entraîné la recherche de solutions communes puisées dans l'étude des droits existants* » et d'autre part, « *un mouvement de fond secoue la doctrine pour critiquer l'étroitesse de vies des générations précédentes* »²⁷⁷. De manière générale, comme l'affirme Madame le Professeur Horatia Muir-Watt, le droit comparé permet « *la connaissance critique de son propre système* » et remplit, ainsi, une « *fonction subversive* »²⁷⁸. De là, les intérêts de cette matière sont multiples : l'unification du

²⁷⁰ A. Bucher, « La famille en droit international privé », *RCADI*, 2000, Tome 283, p. 22.

²⁷¹ Cf. *infra* n° 1220 et s.

²⁷² HCCH, *Doc. prélim. n° 11 sur les questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution*, mars 2011, p. 4.

²⁷³ S. Portelli et C. Richard, *op. cit.*, p. 3.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ M. Fromont, « Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, *op. cit.*, p. 377 et s., spéc. p. 378. Selon l'auteur, la comparaison serait alors seulement une méthode ayant pour objet « *de faciliter la compréhension de la part des juristes qui ont été formés dans un autre pays et sont habitués à utiliser d'autres façons de raisonner et à manier d'autres concepts* ».

²⁷⁶ H. Gaudemet-Tallon, « Un trio d'inséparables : droit comparé, droit international privé, droit de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, *op. cit.*, p. 431 et s., spéc. p. 432.

²⁷⁷ C. Haguenu-Moizard, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 2018, p. 2.

²⁷⁸ H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RID comp.*, 2000, p. 503, spéc. p. 523.

droit, l'élaboration du droit interne, la connaissance des droits et la prise de distance envers le droit national²⁷⁹.

Il est unanimement admis que le droit comparé est indispensable au droit international privé²⁸⁰. Néanmoins, ces deux matières reposent sur des logiques différentes : « *alors que le droit comparé entreprend d'éradiquer la diversité des lois nationales, le droit international privé s'efforce de concilier cette diversité par l'édition de règles de conflits tendant à désigner comme applicable à la matière la loi qui entretient les liens plus avec une situation donnée* »²⁸¹. Pour autant, le droit comparé et le droit international privé ont été reconnus « *comme des "fenêtres" sur un monde juridique plus vaste, et comme un moyen, parmi d'autres, d'échapper au provincialisme et à l'étroitesse d'esprit dans l'étude du droit* »²⁸². À cet égard, le droit international privé partagerait « *avec le droit comparé cet esprit de subversion qui conduit tout juriste à réfléchir sur la nature et la valeur de ses propres institutions juridiques* »²⁸³. En droit international privé, lors de « *l'édification d'une règle de conflit de lois* »²⁸⁴ et de la mise en œuvre de celle-ci, le droit comparé est omniprésent et « *intervient tout au long du processus* »²⁸⁵. Comme le note Madame le Professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson, au stade de la qualification, la comparaison permettra de classer une institution étrangère inconnue du for dans une catégorie du droit français, le renvoi suppose d'étudier la teneur de la règle de conflit de loi étrangère désignée, les règles de conflit à rattachements multiples poursuivant un objectif précis supposent d'identifier les lois susceptibles de s'appliquer et de les comparer afin

²⁷⁹ C. Haguenu-Moizard, *Introduction au droit comparé*, op. cit., pp. 3-7.

²⁸⁰ V. notamment : H. Gaudemet-Tallon, « Un trio d'inséparables : droit comparé, droit international privé, droit de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, op. cit., p. 431 et s., spéc. p. 432 ; H. Batiffol, « Principes de droit international privé », *RCADI*, Tome 97, 1959, p. 453 ; Y. Loussouarn, « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 307 ; B. Fauvarque-Cosson, « Droit international privé et droit comparé : brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe », in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, op. cit., p. 43.

²⁸¹ S. Godechot-Patris, « Le droit international privé comme vecteur d'influence pour le droit comparé : alliance ou mésalliance ? », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, op. cit., p. 501 et s., spéc. p. 502. V. dans le même sens : B. Fauvarque-Cosson, « Le droit comparé et le droit international : alliés ou ennemis ? – La réponse », *RID comp.*, 2003, p. 530 et s., spéc. p. 533 ; B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RID comp.*, 2000, p. 797, spéc. p. 800.

²⁸² G. A. Bermann, « Le droit comparé et le droit international : alliés ou ennemis ? – La conférence », *RID comp.*, 2003, p. 519, spéc. p. 519.

²⁸³ S. Godechot-Patris, « Le droit international privé comme vecteur d'influence pour le droit comparé : alliance ou mésalliance ? », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, op. cit., p. 501 et s., spéc. p. 502.

²⁸⁴ H. Gaudemet-Tallon, « Un trio d'inséparables : droit comparé, droit international privé, droit de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, op. cit., p. 431 et s., spéc. p. 432.

²⁸⁵ B. Fauvarque-Cosson, « Le droit comparé et le droit international : alliés ou ennemis ? – La réponse », art. préc., spéc. p. 532.

d'appliquer celle qui permet d'aboutir au résultat recherché, la comparaison permet, encore d'évincer un droit étranger au nom de l'exception d'ordre public international français²⁸⁶.

Le droit de la famille est une matière particulièrement propice au droit comparé²⁸⁷. L'« internationalisation et l'eupéanisation du droit ont ouvert notre système juridique aux influences extérieures »²⁸⁸. La « consécration juridique de la diversité des familles doit se faire dans le respect du droit interne, mais cette recherche ne peut faire l'économie »²⁸⁹ d'« un effort de connaissance et de compréhension des droits étrangers »²⁹⁰. Le droit comparé aura une place importante dans le cadre de cette étude afin d'appréhender au mieux la réaction du droit international privé français face aux situations familiales internationales.

30. Les situations familiales relevant du droit international privé sont de plus en plus nombreuses. En effet, « la mobilité des personnes dans le cadre de leurs études ou de leurs emplois, la multiplication des mariages mixtes ou d'étrangers venant s'installer en France, l'augmentation des cas de double nationalité, sont autant de facteurs du mouvement d'internationalisation des familles »²⁹¹. C'est pourquoi il semble indispensable de s'interroger sur l'impact en droit international privé de la reconnaissance juridique du couple homosexuel et de l'homoparenté en droit interne. Si la circulation internationale du statut personnel d'un individu doit être privilégiée afin d'assurer coordination et sécurité juridique, elle ne doit pas l'être au mépris des conceptions propres à chaque État. Or, celles-ci sont si différentes en la matière, que les règles de droit international privé doivent nécessairement s'adapter renouvelant des principes qui semblaient pourtant acquis.

31. L'étude du couple homoparental en droit international privé ne peut se concevoir sans adopter une approche chronologique. S'il ne s'agit pas de retracer l'histoire exhaustive de

²⁸⁶ B. Fauvarque-Cosson, « Le droit comparé et le droit international : alliés ou ennemis ? – La réponse », art. préc., p. 530 et s., spéc. p. 532.

²⁸⁷ V. notamment : F. Boulanger, *Droit civil de la famille. Aspects comparatifs et internationaux*, Tome I, Economica, 3^{ème} éd., 1997 ; F. Boulanger, *Droit civil de la famille. Aspects comparatifs et internationaux*, Tome II, Economica, 1994 ; J.-J. Lemouland, « Quel apport du droit comparé au droit des personnes et de la famille ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 329 et s.

²⁸⁸ B. Fauvarque-Cosson, « Droit international privé et droit comparé : brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe », in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, op. cit., p. 43 et s., spéc. p. 44.

²⁸⁹ M.-F. Nicolas-Maguin, « Premières réflexions sur le pluralisme familial », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, op. cit., p. 15 et s., spéc. p. 20.

²⁹⁰ H. Fulchiron, « Droits de l'homme et familles musulmanes en Europe », in P. Lodrup et E. Modvar (dir.), *Family life and Human rights*, Oslo, Gyldendal Akademisk, 2004, p. 243 cité par M.-F. Nicolas-Maguin, « Premières réflexions sur le pluralisme familial », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, op. cit., p. 15 et s., spéc. p. 20.

²⁹¹ C. Bigo, « L'accès à la filiation pour les couples de même sexe », in Le couple en droit international privé. Première journée de droit international privé Bertrand d'Argentré, *Revue juridique de l'Ouest*, 2016, pp. 63-82, spéc. p. 63.

l'homosexualité, il convient, *a minima*, d'évoquer l'évolution ayant conduit dans un premier temps, à la protection de la personne homosexuelle puis dans un second temps, du couple homosexuel. Cette double-protection juridique a été le fruit d'un long travail tant jurisprudentiel que législatif et ce sous l'influence, plus que prédominante, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qu'il est intéressant d'étudier afin d'appréhender au mieux la situation présente. La question du couple en droit international privé représente un enjeu majeur tant les législations internes sont variées. En effet, le développement de nouvelles formes de conjugalités et l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe en France comme ailleurs entraînent de nouvelles problématiques spécifiques au droit international privé. Ainsi, il sera, tout d'abord, question d'envisager les modes de conjugalités ouverts aux couples de même sexe (Première partie).

La question du couple homosexuel en droit international privé sera suivie de celle du couple homoparental. En effet, cette matière est dans ce domaine omniprésente pour une raison principale. Le droit français a consacré l'homoparenté en ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et par la même l'adoption conjointe. Néanmoins, au vu du faible nombre d'enfants adoptables et des difficultés spécifiques auxquelles sont confrontés les couples homosexuels²⁹², adopter conjointement un enfant, en France ou à l'étranger, est un cas d'école. Ainsi, établir un lien de filiation implique un franchissement des frontières monopolisant alors le droit international privé. La position du droit français à l'encontre des différentes techniques procréatives n'étant pas nécessairement celle partagée par les États voisins, les couples homosexuels tant masculins que féminins n'hésitent pas à se rendre à l'étranger afin de bénéficier par le biais d'une loi plus libérale de ce que le droit français leur interdit. Il s'agit alors, à leur retour sur le territoire français, de s'interroger sur la réception de la filiation acquise à l'étranger. Il sera, ensuite, question d'étudier la filiation au sein des couples de même sexe (Deuxième partie).

²⁹² Cf. *infra* n° 1077 et s.

PREMIÈRE PARTIE : LES MODES DE CONJUGALITÉ OUVERTS AUX COUPLES DE MÊME SEXE

32. La constitution du couple homoparental implique d'envisager au préalable la relation du couple en étant à l'origine. La reconnaissance du couple homosexuel a été le fruit de combats pendant plusieurs décennies. Autrefois juridiquement sanctionnée, l'homosexualité est aujourd'hui juridiquement protégée. Les mouvements homosexuels ont engagé une longue et périlleuse bataille afin de sortir du non-droit et que soit, dans un premier temps, protégée leur seule homosexualité. Autrement dit, il s'agissait uniquement pour les autorités étatiques de ne pas s'ingérer dans leur sphère personnelle et intime. Sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme, cette première revendication a été entendue.

33. Néanmoins, la protection de l'homosexualité à elle seule ne suffisait pas étant donné que les intéressés aspiraient à ce que leur relation de couple soit reconnue juridiquement. Le mariage étant une institution bien trop traditionnelle apte à accueillir uniquement des relations impliquant un homme et une femme, il était alors impensable qu'une relation homosexuelle, hier encore réprimée, soit reconnue en tant que couple. De nouveau, l'évolution voit le jour sous l'influence de la Cour européenne et des droits fondamentaux qu'elle protège. Constatant une amorce de consensus européen quant à la question de la relation homosexuelle, la Cour de Strasbourg s'intéresse à la protection du couple qu'elle constitue. C'est ainsi qu'après avoir reconnu la protection de la personne homosexuelle au titre du droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour européenne fait de même à propos du couple au titre du droit au respect de la vie familiale consacré à l'article précité.

34. En France, l'illustration de cette évolution jurisprudentielle passe par plusieurs étapes. Si le concubinage est, pendant longtemps, resté hors de la sphère juridique dans la mesure où si « *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* »²⁹³, tel n'est plus le cas à l'heure actuelle. En effet, le concubinage est désormais défini à l'article 515-8 du Code

²⁹³ Formule énoncée par Napoléon Bonaparte lors des travaux préparatoires du Code civil citée par J. Rubellin-Devichi, « Analyse introductive », in J. Rubellin-Devichi (dir.), *Les concubinages. Approche socio-juridique*, éd. CNRS, 1986, p. 22.

civil²⁹⁴ issu de la loi du 15 novembre 1999²⁹⁵. Si, malgré cette définition, il n'existe pas de statut légal de concubinage, des techniques juridiques sont tout de même mises en œuvre afin de régler, notamment, les rapports entre concubins lors de la rupture de ces derniers. En outre, l'adoption de cette définition par le législateur a mis fin à l'exclusion du couple homosexuel du domaine du concubinage. En effet, la jurisprudence française refusait d'inclure les relations entre personnes de même sexe au sein de ce mode de conjugalité précisant qu'il ne pouvait s'agir que d'une relation entre un homme et une femme²⁹⁶. Désormais, et par l'adoption de cette définition, le concubinage concerne tant les relations hétérosexuelles qu'homosexuelles²⁹⁷. Il s'agit alors de la première étape dans la reconnaissance du couple homosexuel. Il s'en est suivie une seconde résidant dans l'adoption d'un statut légal de reconnaissance. Par la même loi du 15 novembre 1999²⁹⁸, le législateur français a instauré le pacte civil de solidarité à l'article 515-1 du Code civil. Il s'agit d'une nouvelle solution pour organiser juridiquement et parallèlement au mariage une relation de couple. Soumis à des conditions de fond et de forme précises, le pacte civil de solidarité est un engagement plus contraignant que le concubinage. Véritable statut juridique, il instaure au profit des couples une réelle protection. Cette dernière étant accordée tant aux couples hétérosexuels qu'homosexuels, il s'agit donc d'une nouvelle étape dans la progression de la reconnaissance du couple composé de personnes de même sexe. Pour autant, aucun de ces modes de conjugalité n'offre les mêmes garanties que celles apportées par le mariage. Ce dernier, pourtant unanimement entendu comme l'union d'un homme et d'une femme à l'échelle mondiale, va être au cœur de la troisième étape de la reconnaissance juridique du couple homosexuel. Amorcée par les Pays-Bas en 2001²⁹⁹, l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe va s'intensifier au niveau européen et au niveau mondial. Même s'il est encore loin de faire l'unanimité, le nombre d'États ayant adopté une telle réforme devient de plus en plus important. Ainsi, en France, le changement a eu lieu par le biais de la loi du 17

²⁹⁴ L'article 515-8 du Code civil dispose que « *le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

²⁹⁵ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

²⁹⁶ Cass. Soc., 11 juill. 1989, n° 86-10.665, *Bulletin* 1989, n° 514, *D.* 1990, p. 582, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 1990, p. 53, note J. Rubellin-Devichi ; *RTD civ.* 1991, p. 306, note J. Hauser ; Cass. 3^{ème} civ., 17 déc. 1997, n° 95-20.779, *Bulletin* 1997, III, n° 225, p. 151, *D.* 1998, p. 111, concl. J.-F. Weber ; *D.* 1998, p. 215, note B. Beigner ; *RTD civ.* 1998, p. 529, note J. Raynaud.

²⁹⁷ Cons. Const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Dr. fam.* 1999, p. 46, note G. Drago ; *JCP G* 2000, p. 210, note N. Molfessis.

²⁹⁸ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

²⁹⁹ Pays-Bas, L. du 21 déc. 2000 ouvrant le mariage aux couples homosexuels, entrée en vigueur le 1^{er} avr. 2001. V. pour une présentation détaillée : H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *JCP G* 2001, n° 21-22, p. 1033.

mai 2013³⁰⁰ consacrant le mariage homosexuel. Cette réforme est, probablement, celle ayant donné lieu aux plus grands débats et aux plus grosses manifestations quant à une question touchant au droit de la famille tant les conceptions traditionnelles du droit français ont été bouleversées.

35. Les relations de couples sont le terrain d'élection du droit international privé dans la mesure où la mobilité des personnes ne cesse de croître et favorise l'émergence de conflits de lois au sein des couples dont les intéressés n'ont pas la même nationalité ou résident dans un pays qui n'est pas celui dont ils relèvent. Cependant, les États ont une vision qui leur est propre de chacun de ces modes de conjugalité ce qui engendre de nouvelles difficultés pour le juriste averse de déterminer la loi applicable à une situation juridique comportant un élément d'extranéité. Ajouté à cela le facteur de la différence de sexe, condition essentielle ou non à la célébration d'un mariage selon l'État en cause, les problématiques en sont d'autant plus importantes. Tant la mixité que la migration des couples sont donc des facteurs qui engendrent une nécessaire adaptation des règles admises en droit international privé.

36. Ainsi, la relation de couple à l'origine du futur couple homoparental et les règles de droit international privé s'y appliquant méritent d'être envisagées chronologiquement. L'amorce de la reconnaissance juridique du couple homosexuel s'est vérifiée dans l'adoption de modes de conjugalité initialement restreints (Titre I). L'aboutissement de cette reconnaissance a été consacré par la nouvelle vague initiée par la loi du 17 mai 2013³⁰¹ (Titre II).

³⁰⁰ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

³⁰¹ *Ibid.*

TITRE I : DES MODES DE CONJUGALITÉ INITIALEMENT RESTREINTS

37. La société française traditionnelle a, pendant longtemps, admis une seule forme de vie de couple fondée sur le mariage. Seul mode de conjugalité reconnu légalement, selon la célèbre formule de Portalis, le mariage renvoyait à « *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* »³⁰². À l'heure actuelle, il ne fait nul doute que cette conception souffre de nombreuses entorses tant au niveau des destinataires de l'institution que constitue le mariage qu'au niveau de la finalité de ce dernier. En effet, si à l'origine le mariage était contracté dans le but de procréer et de fonder une famille, la suppression de la différence de sexe au titre de ses conditions de formation n'a eu de cesse de faire régresser l'institution dissociant totalement les notions de mariage et de procréation. De plus, le couple n'est plus nécessairement associé à la notion de mariage et peut exister juridiquement en dehors de ce mode de conjugalité. En effet, le concubinage intègre peu à peu la sphère juridique à tel point que le législateur en donne une définition légale en 1999³⁰³. En outre, un troisième mode de conjugalité voit le jour à l'aune des nouvelles revendications et du recul du mariage traditionnel. C'est ainsi qu'est créé le pacte civil de solidarité lors de l'adoption de la loi du 15 novembre 1999³⁰⁴. Le mariage n'est donc plus le seul moyen pour un couple de s'affirmer dans la mesure où « *une pluralité inédite de formes de vie conjugale a été créée en droit de la famille* »³⁰⁵. Cette diversification des modes de conjugalité s'est accompagnée d'une libéralisation quant aux membres du couple eux-mêmes. Sujet longtemps caché et réservé à la sphère intime, car prohibée, voire sanctionnée à une époque, l'homosexualité s'est affirmée au travers de diverses revendications. Soucieuses que leurs droits et libertés fondamentales soient protégés, les personnes homosexuelles se sont tournées vers la Cour européenne des droits de l'Homme afin d'y dénoncer leur traitement. Ces revendications ont été accueillies par la Cour de Strasbourg qui, au fil de sa jurisprudence, a accordé de nouveaux et nombreux droits aux couples de personnes de même sexe.

³⁰² P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome IX, Videcoq, 1836, Exposé des motifs du projet de lois sur le mariage au corps législatif par Portalis, p. 140.

³⁰³ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ B. De Boysson, *Mariage et conjugalité - Essai sur la singularité matrimoniale*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2012, p. 16.

38. Ainsi, dans un premier temps, l'homoparentalité s'est soldée par la consécration du couple homosexuel au travers des modes de conjugalité différents du mariage. Après avoir envisagé l'homosexualité à la lumière de la jurisprudence européenne (Chapitre I), il conviendra de traiter de l'organisation juridique de la vie du couple non marié (Chapitre II).

CHAPITRE I : L'HOMOSEXUALITÉ À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

39. L'avènement de l'homoparentalité est le fruit d'une très longue évolution qui « s'inscrit dans une histoire longue et complexe »³⁰⁶. Son apparition est passée par une première étape résidant dans l'acceptation de l'homosexualité. Or, afin de saisir l'entier impact de ces changements, un aperçu de l'histoire de l'homosexualité semble indispensable. La Cour européenne des droits de l'Homme, garante des libertés fondamentales, a été le précurseur en la matière. Soucieuse de garantir, notamment, le droit au respect de la vie privée et familiale des individus consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de Strasbourg est intervenue afin de lever l'interdiction de l'homosexualité longtemps adoptée par les législateurs. Si l'homosexualité est, à l'heure actuelle, acceptée dans de nombreux États, il ne faut pas oublier qu'elle est prohibée et punie dans certains³⁰⁷.

40. Les mouvements homosexuels ont commencé à voir le jour afin de dénoncer les répressions et discriminations dont étaient victimes les personnes homosexuelles au quotidien. À l'origine, tant la Commission européenne que la Cour européenne des droits de l'homme³⁰⁸ ne se préoccupaient pas de telles demandes avec l'intention de laisser aux législateurs une liberté totale dans le traitement de ces situations. Cependant, dans la mesure où le mouvement homosexuel s'est intensifié et que les mœurs ont changé, l'évolution jurisprudentielle a finalement laissé place à la protection de la personne homosexuelle (Section 1). Les revendications ne se sont pas arrêtées au stade du respect de la vie privée de la seule personne homosexuelle. En effet, soucieux que leur vie de couple soit reconnue, les mouvements homosexuels se sont orientés vers de nouvelles demandes. La Cour européenne a une nouvelle fois engagé son évolution jurisprudentielle avec parcimonie pour finalement reconnaître sans ambiguïté la protection du couple homosexuel (Section 2).

Section 1. La protection de la personne homosexuelle

41. La protection de la personne homosexuelle en tant qu'individu a été revendiquée sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ce dernier

³⁰⁶ S. Portelli et C. Richard, *op. cit.*, p. 5.

³⁰⁷ A l'heure actuelle, selon une enquête menée par l'Association internationale des lesbiennes, gays, bisexuels, trans et intersexes (ILGA), les relations sexuelles entre personnes de même sexe sont sévèrement punies dans 72 États. V. pour une étude détaillée : A. Carroll et L.R. Mendos, *Homophobie d'État - Une enquête mondiale sur le droit à l'orientation sexuelle : criminalisation, protection et reconnaissance*, Genève, ILGA, mai 2017, 12^{ème} éd., spéc. p. 9.

³⁰⁸ Cf. *supra* n° 22 et s.

dispose, en son alinéa 1^{er}, que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Le second alinéa prévoit, quant à lui, les causes pouvant légitimer une ingérence de l'État dans l'exercice de ce droit. Au stade de la protection de la personne homosexuelle, seul un aspect de cet article est opportun. Il s'agit du droit au respect de la vie privée, « *notion complexe aux yeux de la Cour européenne des droits de l'Homme* »³⁰⁹. La notion de vie privée est notion « *fluctuante et imprécise* »³¹⁰ qui permet d'envisager tant des questions classiques que des questions nouvelles. Il s'agit d'une notion « *contingente dont le contenu varie en fonction de l'époque, du milieu et de la société dans lequel l'individu vit* »³¹¹. Cette adaptabilité a permis aux personnes homosexuelles de se tourner vers les instances européennes afin de bénéficier de nouveaux droits. C'est à cette occasion et après de nombreuses décisions que la Cour européenne a finalement considéré que les relations homosexuelles durables relèvent de la vie privée. Pour ce faire, la Cour a consacré le principe de liberté de la vie sexuelle, partie intégrante de la vie privée. À ce jour, la solution est certaine, la personne homosexuelle bénéficie de la protection conventionnelle au titre de la vie privée (Sous-section 1).

42. Une fois le principe dégagé par la Commission européenne et la Cour européenne, il amène nécessairement à s'interroger sur ses conséquences. En effet, une protection effective de la vie privée implique, classiquement, la reconnaissance de nombreux droits. Pour autant, ceux-ci n'ont pas été accordés naturellement aux personnes homosexuelles. Reconnaissance nouvelle, les États parties ont dû s'adapter et se conformer aux exigences posées par la Cour européenne. Les personnes homosexuelles se sont notamment trouvées lésées quant à leurs droits par rapport aux personnes hétérosexuelles. L'étendue de la protection accordée à la personne homosexuelle est devenue effective au fil du temps par la suppression des inégalités subsistant entre personnes hétérosexuelle et homosexuelle (Sous-section 2).

Sous-section 1. La reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée

43. Les requérants homosexuels se sont tournés pour la première fois vers les instances européennes, dans les années 1950, afin que leur soit reconnu un droit au respect de la vie privée sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne. Pour autant, il n'a été évident ni pour la Commission, ni pour la Cour européenne des droits de l'Homme d'accueillir

³⁰⁹ J.-P. Marguénaud, « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », *Répertoire de droit européen Dalloz*, oct. 2017 (mise à jour : avr. 2020), n° 17.

³¹⁰ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, n° 240.

³¹¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 14^{ème} éd., 2019, n° 457.

favorablement ces requêtes. En effet, celles-ci l'ont été progressivement après un long cheminement (Paragraphe 1). La Commission et la Cour ont finalement reconnu à la personne homosexuelle un droit au respect de sa vie privée. Même si de rares États parties avaient une longueur d'avance et avaient d'ores et déjà cessé de considérer les pratiques homosexuelles comme une infraction pénale, les États européens n'ont généralement pas été avant-gardistes en la matière. Ainsi, les législations nationales incriminant intégralement les pratiques homosexuelles n'ont eu d'autre choix que de revoir leur législation pénale (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La prise en compte progressive des requêtes homosexuelles

44. Jusqu'au milieu des années 1970, la Commission européenne des droits de l'homme rejetait systématiquement les requêtes homosexuelles fondées sur le droit au respect de la vie privée (I). Ce n'est qu'à partir de 1975, que la Commission, constatant un changement de mentalités eu égard à l'homosexualité, opère un revirement et déclare recevables les requêtes présentées par des personnes homosexuelles (II).

I. Le rejet initial des requêtes homosexuelles

45. La Commission européenne des droits de l'Homme n'entendait pas donner suite aux revendications des personnes homosexuelles fondées sur le droit au respect de la vie privée. Pour ce faire, elle se désintéresse totalement de la cause homosexuelle (A). En réalité, la position adoptée par la Commission européenne n'est que le reflet de celle des législateurs nationaux qui condamnent pénalement les pratiques homosexuelles (B).

A. Une indifférence totale : l'irrecevabilité systématique des requêtes

46. Afin de rejeter les demandes homosexuelles fondées sur le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Commission européenne les considérait comme étant tout simplement irrecevables. L'homosexualité constituait une fin de non-recevoir entraînant un rejet systématique de toute requête fondée sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le rejet des demandes n'était ni argumenté, ni justifié et il n'était procédé à aucun examen au fond, « *comme si le droit d'agir avait été refusé aux personnes homosexuelles* »³¹². La Commission européenne

³¹² P. Hilt, *op. cit.*, n° 757.

des droits de l'Homme utilisait l'article 27, paragraphe 2 de la Convention lui permettant de déclarer irrecevable « *toute requête incompatible avec les dispositions de la présente Convention manifestement mal fondée ou abusive* ». La cause homosexuelle étant considérée comme étrangère à la protection conventionnelle, les requêtes étaient de ce fait considérées comme mal fondées.

47. Dans l'affaire *X. contre République d'Allemagne*³¹³ en date du 17 décembre 1955, un ressortissant allemand invoquait une violation de son droit au respect de la vie privée à la suite d'une condamnation à une peine d'emprisonnement pour homosexualité sur le fondement de l'article 175 du Code pénal. La Commission, après avoir rappelé que la loi allemande n'était pas contraire à la Convention, a conclu à l'irrecevabilité de la requête « *en vertu de l'article 27 § 2 de la Convention, comme manifestement mal fondée* »³¹⁴. La Commission européenne multiplie les décisions en retenant comme seule explication au rejet des revendications homosexuelles le fait que les requêtes soient « *manifestement mal fondées* »³¹⁵ ou encore déclarant l'irrecevabilité « *pour manque manifeste de fondement* »³¹⁶ ou « *défaut manifeste de fondement* »³¹⁷.

48. Ces nombreuses décisions montrent l'extrême rigueur dont faisait preuve la Commission européenne des droits de l'Homme à l'égard de la personne homosexuelle. En réalité, ces solutions ne sont que le reflet de l'état d'esprit des législateurs nationaux à cette époque. En effet, le comportement homosexuel était sanctionné par les droits nationaux qui le considéraient même comme punissable.

B. Un rejet motivé par la position des législations nationales : une infraction punissable

49. Exclues de la protection de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, les pratiques homosexuelles pouvaient dès lors faire l'objet d'une répression pénale. Telle a été la conclusion de la Commission européenne qui a pu énoncer que « *la Convention*

³¹³ Comm. EDH, 17 déc. 1955, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 104/55, Annuaire vol. I, p. 228-229.

³¹⁴ Comm. EDH, 17 déc. 1955, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 104/55, préc.

³¹⁵ V. par exemple : Comm. EDH, 28 sept. 1956, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 167/56, Annuaire vol. I, p. 235-236 ; Comm. EDH, 16 déc. 1957, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 261/57, Annuaire vol. I, p. 255-258 ; Comm. EDH, 4 avr. 1960, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 704/60, Rec. n° 3, p. 1-7 ; Comm. EDH, 4 nov. 1962, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 1307/61, Rec. n° 9, p. 53-57 ; Comm. EDH, 6 avr. 1967, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 2566/65, Rec. n° 22, p. 35-37.

³¹⁶ Comm. EDH, 4 janv. 1960, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 503/59, Rec. n° 2, p. 1-5.

³¹⁷ Comm. EDH, 18 juin 1963, *X. c./ Autriche*, req. n° 1138/61, Rec. n° 11, p. 9-17.

permet à une Haute Partie contractante d'ériger, dans sa législation, l'homosexualité en infraction punissable »³¹⁸.

50. Dans certains États signataires, les rapports sexuels entre personnes de même sexe constituaient une infraction, peu importe l'âge des personnes impliquées. Cette solution se retrouvait, par exemple, en Irlande du Nord ou à Chypre³¹⁹. Également, la République fédérale d'Allemagne réprimait toutes pratiques sexuelles entre personnes de même sexe, quel que soit leur âge. Néanmoins, les relations homosexuelles n'étaient, souvent, prohibées qu'en deçà d'un certain âge comme en Belgique, au Danemark, en Italie et au Luxembourg³²⁰. La France est également marquée par cette période de pénalisation. Une loi du 6 août 1942³²¹ procède à la création du nouvel article 334 du Code pénal qui incrimine les actes impudiques et contre nature avec un mineur de moins de 21 ans et ayant le même sexe que l'auteur. Par la suite, une ordonnance du 8 février 1945³²² maintient l'infraction, mais la place avec les attentats aux mœurs à l'article 331, alinéa 2 du Code pénal. Une ordonnance du 25 novembre 1960³²³ va plus loin et ajoute à l'article 330 du Code pénal une circonstance aggravante de l'outrage public à la pudeur lorsqu'il est accompli par des individus de même sexe. La peine est de six mois à trois ans d'emprisonnement lorsqu'il s'agit de relations impliquant des personnes de même sexe contre trois mois à deux ans lorsque sont concernés des individus de sexe opposé. Ainsi, deux incriminations des pratiques homosexuelles existent en France : celle des actes impudiques contre nature, d'une part et celle d'outrage public à la pudeur, d'autre part.

51. Les législateurs nationaux disposaient, par conséquent, d'un large pouvoir de répression sans que cela ne contrevienne à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Commission n'a dû revoir sa position vis-à-vis des requêtes homosexuelles qu'à l'occasion de la modification croissante de certaines législations nationales en matière d'homosexualité. Le pionnier en matière de dépénalisation des relations homosexuelles a été le législateur allemand qui, par la loi du 25 juin 1965, a modifié l'article 175 du Code pénal allemand punissant désormais uniquement les relations entre personnes de plus de dix-huit et de moins de vingt-et-un ans. Cette amorce de dépénalisation progressive de l'homosexualité a incité plusieurs États européens à un mouvement de libéralisation. Les relations homosexuelles

³¹⁸ V. par exemple : Comm. EDH, 17 déc. 1955, X. c./ République Fédérale d'Allemagne, req. n° 104/55, préc. ; Comm. EDH, 18 juin 1963, X. c./ Autriche, req. n° 1138/61, préc.

³¹⁹ P. Hilt, *op. cit.*, n° 765.

³²⁰ *Ibid.*, n° 764.

³²¹ L. n° 744 du 6 août 1942 modifiant l'art. 334 du Code pénal concernant les peines encourues par l'auteur d'incitation à la débauche de corruption d'un mineur de moins de 21 ans, *JORF*, 27 août 1942, p. 2922.

³²² Ordonnance n° 45-190 du 8 févr. 1945 modifiant l'article 331 du Code pénal, *JORF*, 9 févr. 1945, p. 650.

³²³ Ordonnance n° 60-1245 du 25 nov. 1960 relative à la lutte contre proxénétisme, *JORF*, 27 nov. 1960, p. 10603.

après dix-huit ans ont alors été autorisées en Autriche et celles entre individus de plus de vingt-et-un ans au Royaume-Uni. Enfin, aux Pays-Bas, il est mis un terme à toute répression pénale en 1971.

52. La situation des mœurs ayant changé et face à la disparition du consensus européen, la Commission européenne a nécessairement dû tenir compte de cette évolution. La réforme opérée par le législateur a eu pour impact de « *désavouer* »³²⁴ la Commission européenne qui n'a eu d'autre choix que de « *se livrer à un examen plus approfondi d'un problème qui lui était soumis depuis plus de 20 ans* »³²⁵.

II. L'évolution du champ de protection de l'article 8 de la CEDH

53. Eu égard à l'évolution des législations nationales, la Commission européenne des droits de l'Homme a revu sa position concernant les requêtes introduites par des personnes homosexuelles (A). Quelques années plus tard, la Cour européenne a pris acte de ces changements intégrant dans la protection accordée au titre de la vie privée les pratiques homosexuelles (B).

A. Le revirement opéré par la Commission européenne

54. À partir de 1975, la Commission européenne a accepté la recevabilité des requêtes homosexuelles en considération de « *l'évolution de la morale dans les années récentes* »³²⁶. L'affaire *X. contre République Fédérale d'Allemagne*³²⁷ en date du 30 septembre 1975 en est le premier exemple. À la suite de sa condamnation à deux ans et demi de prison sur le fondement de l'article 175 du Code pénal pour « *avoir commis des actes impudiques avec des individus du même sexe dont certains étaient des enfants* »³²⁸, le requérant soutenait que ledit article violait le droit au respect de sa vie privée. Pour la première fois, la Commission européenne accepte la requête affirmant que le comportement homosexuel pouvait tomber dans le champ protecteur de la Convention européenne. Pour autant, il n'est pas fait droit à la demande, car l'atteinte portée à la vie privée était, en l'espèce, justifiée par l'article 8, paragraphe 2 étant donné que « *l'intervention du législateur allemand est clairement inspirée par la nécessité de protéger les droits des enfants et des adolescents et de les guider vers une véritable autonomie dans le*

³²⁴ E. Spiry, « Homosexualité et droit international des droits de l'Homme, Vers une nouvelle donne en Europe ? », *RTDH*, 1996, p. 48.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ Comm. EDH, 7 juill. 1977, *X. c./ Royaume-Uni*, req. n° 7215/75, Déc. et Rapp. n° 11, p. 36 et s.

³²⁷ Comm. EDH, 30 sept. 1975, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 5935/72, Déc. et Rapp. n° 3, p. 46 et s.

³²⁸ Comm. EDH, 30 sept. 1975, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 5935/72, préc.

domaine de la vie sexuelle [...] elle relève donc de la protection des droits des tiers au sens du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention »³²⁹.

La même solution a été reprise dans l'affaire *X. contre Royaume-Uni*³³⁰ du 7 juillet 1977. En l'espèce, le requérant avait été condamné à une peine d'emprisonnement pour avoir entretenu des relations sexuelles avec des jeunes de dix-huit ans. Il arguait le fait que la loi anglaise ne respectait pas son droit au respect de la vie privée. La Commission européenne a considéré la requête comme recevable et affirmé de nouveau que le comportement homosexuel était protégé au titre du droit au respect de la vie privée. L'atteinte à l'exercice ne pouvait alors être justifiée que si elle répondait aux objectifs de l'article 8, paragraphe 2. Prenant acte de l'évolution des mentalités par rapport à l'homosexualité et des changements législatifs subséquents dans les pays occidentaux, la Commission a pu affirmer « *qu'il est nécessaire d'examiner les problèmes soulevés par la requête en tenant compte de l'évolution au cours des dernières années des concepts moraux en matière d'ingérence de l'État dans la vie privée* »³³¹.

55. Utilisant les changements de mœurs, la Commission, conformément au principe de l'interprétation évolutive de la Convention³³², s'est alignée. Il était alors acquis que l'homosexualité constituait une composante de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme³³³. La Commission, afin de rattacher l'homosexualité au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8, retient que le comportement homosexuel correspond à un aspect particulier de la vie sexuelle d'un individu. La Commission affirme, tout d'abord, que « *la vie sexuelle relève à n'en pas douter du domaine de la vie privée* »³³⁴. Elle a pu considérer dans l'affaire *Rose Marie Brüggemann et Adelheid Scheuten contre République Fédérale d'Allemagne*³³⁵ que « *le droit au respect de la vie privée a une portée telle qu'il assure à l'individu un domaine dans lequel il puisse poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité. À cette fin, il doit avoir la*

³²⁹ Comm. EDH, 30 sept. 1975, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 5935/72, préc.

³³⁰ Comm. EDH, 7 juill. 1977, *X. c./ Royaume-Uni*, req. n° 7215/75, préc.

³³¹ Comm. EDH, 7 juill. 1977, *X. c./ Royaume-Uni*, req. n° 7215/75, préc.

³³² Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, req. n° 6833/74, Rec. série A, vol. 31, § 41, p. 19, CDE 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; AFDI 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; JDI 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; GACEDH, n° 51 ; Cour EDH, 9 oct. 1979, *Airey c./ Irlande*, req. n° 6289/73, préc.

³³³ V. par exemple : Comm. EDH, 12 oct. 1978, *X. c./ Royaume-Uni*, req. n° 9215/75, Déc. et Rapp. n° 19, p. 66 et s. ; Comm. EDH, 12 oct. 1983, *B. c./ Royaume-Uni*, req. n° 9237/81, préc.

³³⁴ Comm. EDH, 30 sept. 1975, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 5935/72, préc.

³³⁵ Comm. EDH, 12 juill. 1977, *Rose Marie Brüggemann et Adelheid Scheuten c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 6959/75, Déc. et Rapp. n° 10, p. 137.

possibilité d'établir des relations de différentes sortes, y compris des relations sexuelles, avec d'autres personnes »³³⁶.

56. Cette analyse était partagée par la plupart des sociétés occidentales au vu de l'évolution des mentalités vis-à-vis de la liberté sexuelle de manière générale, d'une part et du comportement homosexuel plus particulièrement, d'autre part. Un lien semble s'établir entre la vie sexuelle et le libre épanouissement de la personnalité³³⁷ à tel point qu'à ce jour « *le droit à la liberté de la vie sexuelle [est celui] qui a été le plus spectaculairement renforcé au titre de la protection européenne de la vie privée* »³³⁸. La position retenue par la Commission européenne a séduit la Cour européenne qui s'est prononcée dans le même sens quelques années plus tard.

B. Une solution confirmée par la Cour européenne

57. La Cour européenne des droits de l'Homme franchit une étape primordiale en admettant un droit au respect de la vie privée au profit de la personne homosexuelle (1). Le raisonnement de la Cour européenne est identique à celui qui avait été mené par la Commission européenne fondé principalement sur l'évolution des législations nationales et la notion de vie sexuelle (2).

1. Les pratiques homosexuelles : partie intégrante de la notion de vie privée

58. L'affaire *Dudgeon contre Royaume-Uni*³³⁹ en date du 22 octobre 1981 constitue la première étape d'une nouvelle jurisprudence européenne protectrice de la liberté sexuelle. En l'espèce, Monsieur Dudgeon invoque son droit au respect de la vie privée contre la loi irlandaise érigeant en infractions pénales les actes homosexuels de sodomie et d'indécence grave, accomplis en public ou en privé par deux adultes consentants, de plus de 21 ans. Le gouvernement britannique soutenait quant à lui que cette ingérence était justifiée par des impératifs de protection de la morale et des droits et libertés d'autrui. La Cour européenne des droits de l'Homme fait droit à la demande du requérant en considérant que la législation pénale emporte des conséquences dommageables excessives. Pour reprendre ses propos, « *la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée [...]. Dans la situation personnelle de l'intéressé, elle se répercute*

³³⁶ Comm. EDH, 12 juill. 1977, *Rose Marie Brüggemann et Adelheid Scheuten c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 6959/75, préc.

³³⁷ P. Hilt, *op. cit.*, n° 777.

³³⁸ J.-P. Marguénaud, « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », préc., n° 8.

³³⁹ Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, CDE 1982, p. 221, chron. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1982, p. 504, chron. R. Peloux ; *JDI* 1985, p. 185, chron. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 43.

de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci : ou il la respecte et s'abstient de se livrer - même en privé et avec des hommes consentants - à des actes sexuels prohibés [...], ou il en accomplit et s'expose à des poursuites pénales »³⁴⁰. La Cour européenne admet donc que le comportement homosexuel doit être rattaché à la notion de vie privée, mais précise que des ingérences de l'État sont possibles à condition d'être justifiées par des raisons particulièrement graves et proportionnées par rapport au but poursuivi aux fins de l'article 8, paragraphe 2 pour les rendre légitimes.

59. Cette solution est confirmée par les arrêts *Norris contre Irlande*³⁴¹ du 26 octobre 1988 et *Modinos contre Chypre*³⁴² du 22 avril 1993. Dans la première affaire, le requérant saisit les juridictions irlandaises d'un recours contre la législation irlandaise pénalisant les actes homosexuels entre adultes consentants. Il est débouté au motif que l'homosexualité est condamnée « *comme immorale* »³⁴³ et que la société y voit « *une infraction contre nature et très grave* »³⁴⁴. Il est intéressant de relever que même si le requérant n'a pas fait l'objet de poursuites pénales étant donné que la législation irlandaise n'a pas été appliquée à son encontre, la Cour européenne retient qu'il peut tout de même se prétendre « *victime potentielle* »³⁴⁵ de la violation de l'article 8 de la Convention européenne. Elle déclare, en effet, que l'article de ladite Convention « *habilite les particuliers à soutenir qu'une loi viole leurs droits par elle-même, en l'absence d'acte individuel d'exécution, s'ils risquent d'en subir directement les effets* »³⁴⁶. Dans la seconde affaire, le requérant dénonce la législation chypriote réprimant pénalement les relations homosexuelles privées. Comme dans l'affaire précédente, les autorités nationales n'avaient pas poursuivi le requérant afin de tenir compte des précédents jurisprudentiels témoignant de la contrariété à l'article 8 des incriminations en cause. Cependant, la Cour européenne retient tout de même une ingérence injustifiée dans la vie privée du requérant du seul fait que la législation chypriote soit en vigueur.

60. Les trois décisions précitées ont constitué une avancée fondamentale dans la progression de la cause homosexuelle. Il est acquis que le choix en matière de sexualité est protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il convient donc d'envisager l'analyse apportée par la Cour européenne afin de consacrer cette protection.

³⁴⁰ Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, préc., § 41.

³⁴¹ Cour EDH, 26 oct. 1988, *Norris c./ Irlande*, req. n° 10581/83, Rec. série A, n° 142.

³⁴² Cour EDH, 22 avr. 1993, *Modinos c./ Chypre*, req. n° 15070/89, Rec. série A, n° 249.

³⁴³ C.-A. Meyer, « L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme », in D. Borrillo (dir.), *Homosexualité et droit*, PUF, 1998, p. 154 et s., spéc. p. 162.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ L. Burgorgue-Larsen, « Une banalisation de la notion de « victime potentielle » », *D.*, 2003, p. 2278.

³⁴⁶ Cour EDH, 26 oct. 1988, *Norris c./ Irlande*, req. n° 10581/83, préc., § 31.

2. Les fondements de l'appréciation de la Cour européenne

61. La Cour européenne des droits de l'Homme relève, afin de justifier cette nouvelle solution, « *le changement de contexte social et la tendance des législateurs européens à la libéralisation des pratiques sexuelles* »³⁴⁷. Selon ses propres termes, « *on comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel [...] on témoigne donc de plus de tolérance envers lui [...] la législation interne [...] a subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne peut négliger* »³⁴⁸. Comme la Commission européenne, la Cour européenne utilise le principe d'interprétation évolutive³⁴⁹ afin de prendre en considération les tendances actuelles et l'évolution des législations nationales des pays occidentaux. En outre, la Cour européenne relève que la liberté de la vie sexuelle correspond à « *une manifestation essentiellement privée de la personnalité humaine* »³⁵⁰ et rajoute que la vie privée « *comprend la vie sexuelle* »³⁵¹. En 1997, la Cour rappelle de nouveau qu'il « *ne fait aucun doute que les tendances et les comportements sexuels se rapportent à un aspect intime de la vie privée* »³⁵².

62. Il est à noter la probable influence de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'évolution de la Cour européenne. En effet, malgré l'absence de force contraignante de ces textes, la valeur symbolique demeure³⁵³. Déjà en 1979, elle avait présenté une proposition de recommandation relative à la protection des homosexuels³⁵⁴. Cette dernière avait pour objectif de sensibiliser l'opinion publique sur les problèmes que pose la protection morale et juridique des homosexuels et de prévoir « *l'élaboration de mesures leur assurant la sécurité dans leur vie quotidienne et la jouissance des droits et facilités accordés à tous les citoyens* ». Deux ans plus tard, peu avant que la Cour européenne se prononce dans l'affaire *Dudgeon contre Royaume-Uni*³⁵⁵, cette proposition a été adoptée aboutissant au vote d'une résolution³⁵⁶ invitant l'Organisation mondiale de la santé à supprimer l'homosexualité de sa

³⁴⁷ P. Hilt, *op. cit.*, n° 784.

³⁴⁸ Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, préc., § 46.

³⁴⁹ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, req. n° 6833/74, préc. ; Cour EDH, 9 oct. 1979, *Airey c./ Irlande*, req. n° 6289/73, préc.

³⁵⁰ Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, préc., § 60.

³⁵¹ Cour EDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c./ Pays-Bas*, req. n° 8978/80, Rec. série A vol. 91, § 22.

³⁵² Cour EDH, 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c./ Royaume-Uni*, req. n°s 21627/93, 21628/93 et 21974/93, D. 1998, p. 97, note J.-M. Larralde ; *RTDH* 1997, p. 738, note M. Levinet ; *RTD civ.* 1997, p. 1013, obs. J.-P. Marguénaud, § 36.

³⁵³ V. en ce sens : D. Borrillo, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », *Revue de droit de McGill*, 2001, vol. 46, p. 875.

³⁵⁴ Conseil de l'Europe, A.P., *Proposition de recommandation relative à la protection des homosexuels*, Documents, vol. 7, Doc. 4436, 9 oct. 1979.

³⁵⁵ Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, préc.

³⁵⁶ Conseil de l'Europe, A.P., 33^{ème} session, partie 2, *Résolution 756 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels*, Textes adoptés, vol. II (1981).

classification des maladies mentales d'une part, et à l'élaboration d'un rapport³⁵⁷ présentant une « *perspective libérale* »³⁵⁸ d'autre part. Il tend notamment à « *l'égalité des êtres humains et [à] la défense des droits de l'homme, en respectant des choix sexuels de l'individu* »³⁵⁹. Puis, dans le même sens, une nouvelle recommandation³⁶⁰ met l'accent sur la dépénalisation et démedicalisation de l'homosexualité.

63. Il est alors aisé d'en conclure que la protection conventionnelle due au titre du droit au respect de la vie privée était acquise. Pour autant, il convient d'envisager les implications entraînées par la reconnaissance de cette protection.

Paragraphe 2. La condamnation des législations réprimant l'homosexualité

64. La reconnaissance du droit au respect de la vie privée implique que les autorités nationales ne s'immiscent pas dans les comportements sexuels afin que les individus puissent mener leur vie sexuelle comme ils l'entendent. Pour autant, une marge de manœuvre est laissée aux États parties, autrement dit une pénalisation partielle est possible tout en respectant la Convention européenne des droits de l'Homme (I). Face à cette nouvelle exigence résidant dans la prohibition d'interdire tout comportement homosexuel, il s'est avéré nécessaire que de nombreux États européens modifient leur législation interne dans le sens des recommandations posées par la Cour européenne (II).

I. L'absence de liberté absolue des autorités nationales

65. La dépénalisation de l'homosexualité telle que dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans les arrêts *Dudgeon contre Royaume-Uni*³⁶¹, *Norris contre Irlande*³⁶² et *Modinos contre Chypre*³⁶³ est limitée. Autrement dit, les États bénéficient d'une marge d'appréciation afin de réprimer pénalement certains actes homosexuels dans le respect de la Convention européenne.

³⁵⁷ Conseil de l'Europe, A.P., *Rapport sur la discrimination à l'égard des homosexuels*, Documents, vol. 3, Doc 4755, 1^{er} oct. 1981.

³⁵⁸ D. Borrillo, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », art. préc.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ Conseil de l'Europe, A.P., 33^{ème} session, partie 2, *Recommandation 924 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels*, Textes adoptés, vol. II, (1981).

³⁶¹ Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, préc.

³⁶² Cour EDH, 26 oct. 1988, *Norris c./ Irlande*, req. n° 10581/83, préc.

³⁶³ Cour EDH, 22 avr. 1993, *Modinos c./ Chypre*, req. n° 15070/89, préc.

66. Les législateurs nationaux ne peuvent pas interdire l'ensemble des relations homosexuelles ce qui constituerait une ingérence permanente dans l'exercice du droit au respect de la vie privée des personnes en cause. La Cour européenne l'a clairement affirmée dans l'affaire *Dudgeon contre Royaume-Uni* en relevant que l'infraction, en Irlande du Nord, est caractérisée que « *l'acte se consomme en privé ou en public et sans qu'entrent en ligne de compte l'âge, les relations mutuelles et le consentement des participants* »³⁶⁴. Cette interdiction générale et absolue prive le requérant de mener une quelconque vie sexuelle en conformité avec ses tendances homosexuelles et apparaît alors disproportionnée par rapport aux buts recherchés.

A contrario, une réglementation des comportements homosexuels peut être mise en place par les législateurs nationaux à condition d'être nécessaire et justifiée sans être contraire au respect effectif de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il a été précisé, par la Cour européenne, que « *dépénaliser ne veut pas dire approuver* »³⁶⁵. Ainsi, la marge d'appréciation laissée aux États est limitée et « *l'acte homosexuel ne peut être incriminé [...] que s'il est tenu compte du lieu où il est consommé, de l'âge, des relations mutuelles et du consentement des participants* »³⁶⁶. En outre, la répression pénale doit être justifiée au regard de l'article 8, paragraphe 2 de la Convention européenne, soit « *nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

67. Les législateurs nationaux ont donc utilisé lesdits objectifs afin de légitimer certaines ingérences dans les pratiques homosexuelles. D'une part, la protection de la morale et la protection des droits et libertés d'autrui ont permis aux États contractants de justifier les limites posées dans la fixation de l'âge de la majorité sexuelle. Cette appréciation a pu être critiquée du fait du caractère variable de l'objectif tenant à la protection de la morale et du caractère subjectif tenant à la protection des droits et libertés d'autrui³⁶⁷. D'autre part, la protection de la santé et la défense de l'ordre ont été utilisées afin de justifier les ingérences des États dans les relations homosexuelles touchant à l'intégrité physique des personnes ou impliquant les membres de certains corps de l'État.

68. Le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention ayant été reconnu aux personnes homosexuelles, l'État n'est, en principe, pas en droit de s'immiscer

³⁶⁴ Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, préc., § 39.

³⁶⁵ Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, préc., § 61.

³⁶⁶ P. Hilt, *op. cit.*, n° 824.

³⁶⁷ *Ibid.*, n° 828.

dans les comportements sexuels afin de respecter les choix de chacun. Pour autant, en 1981, date à laquelle cette protection a été reconnue, de nombreux États condamnaient encore les pratiques homosexuelles pénalement. La nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a donc suscité la modification de plusieurs législations nationales.

II. Le mouvement de dépenalisation subséquent

69. La suppression de l'incrimination en droit interne n'est pas isolée et s'accompagne de la dépenalisation des pratiques homosexuelles dans différents États parties.

En France, le 6 août 1942, sous le Gouvernement de Vichy, « *dans sa volonté de purifier la nation* »³⁶⁸ est adoptée une disposition pénalisant l'homosexualité. L'ancien Code pénal est modifié et le maréchal Philippe Pétain y insère l'ancien article 334 punissant « *d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 6 000 francs, quiconque aura soit pour satisfaire les passions d'autrui, excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou l'autre sexe, en dessous de l'âge de dix-huit ans, soit pour satisfaire à ses propres passions, commis un ou plusieurs actes impudiques ou contre nature avec un mineur de son sexe de moins de dix-huit ans* »³⁶⁹. En 1945, le Général de Gaulle maintient cette incrimination en la plaçant dans le chapitre « *attentats aux mœurs* » à l'article 331, alinéa 2.

À la suite de l'élection du président de la République, François Mitterrand, le 10 mai 1981, le mouvement de dépenalisation de l'homosexualité en France s'est enclenché. Le 11 mai 1981, une circulaire du ministère de l'Intérieur interdit « *le fichage des homosexuels, les discriminations et à plus forte raison, les suspicions anti-homosexuelles* »³⁷⁰. Puis, le ministère de la Santé conteste la Convention de l'Organisation mondiale de la santé incluant l'homosexualité comme une maladie mentale³⁷¹. Il aura d'ailleurs fallu attendre le 17 mai 1990 pour que l'homosexualité soit définitivement retirée de la liste des maladies mentales dans la Classification Internationale des Maladies. Une loi du 4 août 1981³⁷² a, par la suite, amnistié les outrages publics à la pudeur aggravés pour homosexualité, ainsi que les actes dits contre nature avec un mineur de moins de 18 ans. Un an plus tard, une loi du 4 août 1982³⁷³ dépenalise

³⁶⁸ C. Méary et G. La Pradelle, *Les droits des homosexuel/les*, PUF, 3^{ème} éd., 2003, p. 16.

³⁶⁹ L. n° 744 du 6 août 1942 modifiant l'art. 334 du Code pénal concernant les peines encourues par l'auteur d'incitation à la débauche de corruption d'un mineur de moins de 21 ans, préc.

³⁷⁰ D. Borrillo, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009, p. 96.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 96 et s.

³⁷² Loi n° 81-736 du 4 août 1981 portant amnistie, *JORF*, 5 août 1981, p. 2138.

³⁷³ Loi n° 82-683 du 4 août 1982 abrogeant l'art. 331 (al. 2) du Code pénal, préc.

l'homosexualité en abrogeant l'ancien article 331 du Code pénal français. À cette occasion, le président François Mitterrand a affirmé qu'« *il n'y a pas de raison de juger le choix de chacun qui doit être respecté, aucune discrimination ne doit être faite en raison de la nature des mœurs. J'en ai pris la responsabilité* »³⁷⁴. Ainsi, la majorité sexuelle est désormais fixée à 15 ans sans faire distinction entre les relations hétérosexuelles et les relations homosexuelles³⁷⁵.

70. À la suite de l'affaire *Dudgeon contre Royaume-Uni*³⁷⁶, une ordonnance entre en vigueur le 9 décembre 1982³⁷⁷ afin de dépénaliser, en Irlande du Nord, les actes homosexuels commis en privé par des hommes consentants âgés de plus de 21 ans, à l'exception des malades mentaux, des militaires et du personnel de la marine marchande. De plus, en Irlande, la loi entrée en vigueur le 7 juillet 1993³⁷⁸ a dépénalisé les actes homosexuels commis en privé par des hommes consentants âgés de plus de 17 ans à la suite de l'arrêt *Norris contre Irlande*³⁷⁹. Enfin, quant aux suites de l'arrêt *Modinos contre Chypre*³⁸⁰, l'assemblée parlementaire chypriote n'a pas envisagé une réforme de l'article 171 du Code pénal incriminant l'homosexualité. Une affaire similaire dénonçant les dispositions chypriotes eu égard à l'article 8 de la Convention a donc été portée devant la Commission européenne des droits de l'Homme le 20 mai 1997 qui l'a déclarée recevable³⁸¹. Il aura fallu attendre le 21 mai 1998³⁸² afin que le législateur chypriote dépénalise l'homosexualité en instaurant tout de même une distinction quant à l'âge de la majorité sexuelle entre relations homosexuelles et hétérosexuelles.

71. L'évolution entreprise tout d'abord par la Commission européenne des droits de l'Homme puis confirmée par la Cour européenne a eu pour impact de reconnaître un droit au respect de la vie privée aux homosexuels entraînant en premier lieu une dépénalisation - entière ou partielle - des pratiques homosexuelles dans les États parties. Néanmoins, la reconnaissance

³⁷⁴ D. Borrillo, *Le droit des sexualités*, op. cit., p. 97.

³⁷⁵ Deux affaires pénales jugées récemment impliquant des mineures victimes ont relancé le débat sur le renforcement de la protection des mineurs. En novembre 2017, Madame Marlène Schiappa, Secrétaire d'État auprès du Premier Ministre et chargée de l'égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations, a proposé d'instaurer une présomption irréfragable de non-consentement à un acte sexuel pour les mineurs en deçà d'un certain âge qui pourrait être de 15 ans. Le Conseil d'État a relevé l'inconstitutionnalité d'une telle présomption. Le texte de l'article 222-22-1 du Code pénal a finalement été modifié par l'article 2 de la loi du 3 août 2018 avec plus de souplesse prévoyant que la différence d'âge entre l'auteur et la victime ou l'absence de discernement du mineur peuvent suffire à caractériser la contrainte ou la surprise.

³⁷⁶ Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, préc.

³⁷⁷ Irlande du Nord, Ordonnance intitulée *The Homosexual Offences (Northern Ireland) Order*, entrée en vigueur le 9 déc. 1982, résolution DH (83) 13 du 27 oct. 1983.

³⁷⁸ Irlande, L. du 24 juin 1993 relative aux crimes et délits sexuels, entrée en vigueur le 7 juill. 1993, résolution DH (93) 62 du 14 déc. 1993.

³⁷⁹ Cour EDH, 26 oct. 1988, *Norris c./ Irlande*, req. n° 10581/83, préc.

³⁸⁰ Cour EDH, 22 avr. 1993, *Modinos c./ Chypre*, req. n° 15070/89, préc.

³⁸¹ Comm. EDH, 20 mai 1997, *Stavros Marangos c./ Chypre*, req. n° 31106/96.

³⁸² Chypre, L. n° 40 (1) du 21 mai 1998, modifiant l'article 171 du Code pénal chypriote, résolution DH (2001) 152 du 17 déc. 2001.

d'un droit implique nécessairement de pouvoir bénéficier d'une protection concrète qu'il convient d'étudier.

Sous-section 2. L'étendue de la protection accordée à la personne homosexuelle

72. La reconnaissance du droit au respect de la vie privée sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme à la personne homosexuelle a eu pour suite d'imposer aux États d'abroger leurs législations incriminant pénalement les pratiques homosexuelles. Pour autant, le paragraphe 2 dudit article laisse une marge de manœuvre aux États parties qui peuvent prétendre à une éventuelle ingérence si cette dernière est justifiée par l'une des causes énoncées par la Convention. Il est acquis qu'une législation réprimant l'ensemble des actes homosexuels est contraire aux dispositions conventionnelles. La question est donc de savoir si les législations nationales interdisant uniquement certains comportements homosexuels sont compatibles avec la Convention. La solution donnée par le juge européen est passée par deux étapes successives : d'une part, la dénonciation des différences de traitement dans la liberté des pratiques sexuelles (Paragraphe 1) et d'autre part, la dénonciation des discriminations subies dans la vie sociale (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La remise en cause des différences de traitement

73. Le mouvement de dépénalisation de l'homosexualité récemment engagé à la suite de la protection offerte par la Convention européenne des droits de l'Homme aux personnes homosexuelles a constitué une étape considérable dans l'évolution des droits offerts à ces dernières. Cependant, la tolérance nouvelle des pratiques homosexuelles n'a pas effacé les différences de traitement prévues par les législateurs nationaux entre relations hétérosexuelles et relations homosexuelles. Nombreux sont les États ayant procédé à une dépénalisation partielle de l'homosexualité et prévoyant de nombreuses restrictions quant à l'intimité sexuelle des individus. Ainsi, le juge européen a dû intervenir afin de trancher la question des pratiques sexuelles librement consenties (I) et celle de l'âge de la majorité sexuelle (II).

I. Les pratiques sexuelles librement consenties

74. Le droit au respect de la vie privée des personnes homosexuelles a, certes, été reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme, mais cette progression ne permettait pas, pour autant, à celles-ci de vivre pleinement leur sexualité. En effet, nombreux sont les États

intervenant par le biais de leur législation nationale afin de contrôler les rapports intimes de la sphère individuelle et d'en réprimer certains. Il convient d'envisager particulièrement deux questions ayant amené plusieurs requérants à se tourner vers les juges strasbourgeois, les pratiques sadomasochistes (A) d'une part, et les activités sexuelles menées en groupe (B) d'autre part.

A. *Les pratiques sadomasochistes*

75. Les ingérences des autorités nationales dans la vie privée du couple homosexuel ont été autorisées dans la mesure où les relations en causes compromettaient l'intégrité de l'un ou des partenaires. Les plaintes de trois adultes homosexuels condamnés, à des peines d'emprisonnement, pour coups et blessures intervenus lors de pratiques sadomasochistes librement consenties et accomplies en privé sont à l'origine de l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown contre Royaume-Uni*³⁸³. Les requérants contestaient, devant la Cour européenne des droits de l'Homme, l'ingérence des autorités britanniques dans leur droit au respect de la vie privée. La Cour européenne répond par la négative et ne reconnaît pas une violation de l'article 8 de la Convention européenne. La Cour relève, tout d'abord, que « toute pratique sexuelle menée à huis clos ne relève pas nécessairement du domaine de l'article 8 »³⁸⁴. Il est possible de se demander si la Cour européenne « ne tente pas ici de dégager les critères d'une sexualité "normale", seule à ce titre protégée par l'art. 8 de la Convention »³⁸⁵. En outre, la Cour européenne relève le caractère certain des lésions et blessures et en déduit la nécessité des poursuites engagées pour la protection de la santé dans une société démocratique. Elle ajoute que l'État aurait eu le droit de chercher à détourner ses citoyens de commettre de tels actes « au nom de la morale »³⁸⁶. L'argument fondé sur la protection de la santé a été vivement critiqué et analysé comme l'instauration « d'un ordre moral à l'européenne »³⁸⁷, car en l'espèce, les actes n'avaient entraîné ni infection, ni lésion, ni intervention médicale, ne pouvant alors être qualifiés d'atteintes à la santé ou à l'intégrité physique, mais avaient pour seul but « le plaisir sexuel »³⁸⁸. La Cour européenne a donc rendu sa décision seulement sur un préjudice potentiel et permet aux autorités nationales d'intervenir « alors que l'intégrité physique ou morale de

³⁸³ Cour EDH, 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c./ Royaume-Uni*, req. n^{os} 21627/93, 21628/93 et 21974/93, préc.

³⁸⁴ Cour EDH, 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c./ Royaume-Uni*, req. n^{os} 21627/93, 21628/93 et 21974/93, préc., § 36.

³⁸⁵ J.-M. Larralde, « Vie privée et pratique sadomasochistes », *D.*, 1998, p. 97.

³⁸⁶ Cour EDH, 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c./ Royaume-Uni*, req. n^{os} 21627/93, 21628/93 et 21974/93, préc., § 51.

³⁸⁷ J.-P. Marguénaud, « Sadomasochisme et droit au respect de la vie privée », *RTD civ.*, 1997, p. 1013.

³⁸⁸ F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n^o 423.

l'individu n'est pas encore compromise mais risque simplement de l'être dans un futur plus ou moins proche »³⁸⁹.

76. En 2005, à l'occasion de la célèbre affaire *K. A. et A. D. contre Belgique*³⁹⁰, la Cour européenne des droits de l'Homme a opéré un revirement de jurisprudence. En l'espèce, un magistrat et un médecin avec plusieurs autres personnes s'étaient livrés à de sévères pratiques sadomasochistes, notamment sur l'épouse du premier. Il avait été convenu que les deux hommes devaient arrêter les opérations en cours lorsque la femme utilisait le mot « *pitié* » ce qui n'a pas été respecté. Les deux hommes, condamnés pour coups et blessures volontaires et frappés de sanctions disciplinaires, ont saisi la Cour européenne pour non-respect de leur vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. Afin de rendre sa décision, la Cour ne se réfère pas à la décision rendue en 1997³⁹¹, mais utilise une nouvelle notion dégagée dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*³⁹², celle d'autonomie personnelle. Elle en conclut que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* »³⁹³, ce qui implique la faculté pour chacun de « *s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour la personne* »³⁹⁴. Il est à noter que, contrairement à la conclusion de l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown*, « *la question du sadomasochisme a été libérée de l'emprise de la morale [...] pour être placée sous l'influence inédite du droit de disposer de son corps* »³⁹⁵ et qu'elle « *est désormais dégagée des considérations de protection de la santé* »³⁹⁶. Le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, implique donc une liberté sexuelle totale incluant même des pratiques extrêmes sans que le droit pénal ne puisse intervenir sauf à justifier d'une raison particulièrement grave au sens du paragraphe 2 dudit article. La Cour impose, toutefois, une limite résidant dans le seul consentement de la victime conformément au respect de la protection des droits et libertés d'autrui. En l'espèce, les requérants n'ayant pas respecté leur engagement, soit arrêter les sévices lorsque la victime se manifestait, l'ingérence de l'État était alors justifiée.

³⁸⁹ P. Hilt, *op. cit.*, n° 834.

³⁹⁰ Cour EDH, 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c./ Belgique*, req. n°s 42758/98 et 45558/99, *RTD civ.* 2005, p. 341, chron. J.-P. Marguénaud.

³⁹¹ Cour EDH, 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c./ Royaume-Uni*, req. n°s 21627/93, 21628/93 et 21974/93, préc.

³⁹² Cour EDH, 29 avr. 2002, *Pretty c./ Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, *D.* 2002, p. 1596 ; *RDSS* 2002, p. 475, note P. Pedrot ; *RSC* 2002, p. 645, obs. J.-P. Massias ; *RTD civ.* 2002, p. 482, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2002, p. 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 47.

³⁹³ Cour EDH, 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c./ Belgique*, req. n°s 42758/98 et 45558/99, préc., § 83.

³⁹⁴ Cour EDH, 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c./ Belgique*, req. n°s 42758/98 et 45558/99, préc., § 83.

³⁹⁵ J.-P. Marguénaud, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.*, 2005, p. 341.

³⁹⁶ *Ibid.*

77. Le « *droit à une autodétermination en matière sexuelle* »³⁹⁷ est passé par plusieurs étapes afin d'être pleinement reconnu. La Cour européenne a nécessairement dû intervenir afin d'en assurer l'effectivité concernant la liberté des pratiques sexuelles consenties, mais ce n'est pas le seul volet sur lequel cette dernière s'est prononcée.

B. Les activités sexuelles menées en groupe

78. Initialement, la Commission européenne des droits de l'Homme, dans l'affaire *M. Johnson contre Royaume-Uni*³⁹⁸ en date du 17 juillet 1986, estimait justifiée la répression pénale prévue par l'article 13 de la loi britannique incriminant les actes homosexuels commis entre plus de deux hommes consentants.

79. L'affaire *A.D.T contre Royaume-Uni*³⁹⁹ du 31 juillet 2000 a été introduite par un homosexuel britannique de 39 ans reconnu coupable d'attentats aux mœurs sur le fondement de l'article 13 de la loi britannique. Lors d'une perquisition à son domicile, il avait été retrouvé plusieurs cassettes vidéo où il se livrait à des actes sexuels avec quatre hommes adultes. Il dénonça alors l'ingérence des autorités nationales sur le fondement du droit au respect de la vie privée prévu par l'article 8 de la Convention. Le gouvernement britannique a, tout d'abord, relevé, à la lumière de l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown contre Royaume-Uni*⁴⁰⁰, que les faits n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 8 au vu du nombre de participants et des enregistrements sur cassettes vidéo. La Cour réfute cet argument en relevant que « *le requérant avait entretenu des rapports sexuels avec un nombre restreint d'amis dans des circonstances rendant improbable leur connaissance par d'autres personnes* »⁴⁰¹. Le domaine de la vie privée étant couvert, la question se posait alors de savoir si l'ingérence litigieuse était justifiée au regard du paragraphe 2 de l'article 8. Le juge européen considère que l'ingérence prévue par loi ne correspond à aucune nécessité impérieuse et relève que s'agissant de pratiques privées où les mentalités ont évolué, la marge d'appréciation des autorités nationales est nécessairement étroite. La Cour considère donc qu'une législation interdisant et sanctionnant pénalement des activités homosexuelles menées en groupe viole l'article 8 dès lors que les activités en cause revêtent un caractère purement privé. La solution de la Cour paraît

³⁹⁷ S. Van Drooghenbroeck, « De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme à la cause homosexuelle », in V. Martens (dir.), *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2004, p. 19 et s., spéc. p. 23.

³⁹⁸ Comm. EDH, 17 juill. 1986, *Martin Johnson c./ Royaume-Uni*, req. n° 10389/83, Déc. et Rapp. n° 47, p.72.

³⁹⁹ Cour EDH, 31 juill. 2000, *A.D.T c./ Royaume-Uni*, req. n° 35765/97, RTDH 2002, p. 345, note M. Levinet.

⁴⁰⁰ Cour EDH, 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c./ Royaume-Uni*, req. n°s 21627/93, 21628/93 et 21974/93, préc.

⁴⁰¹ Cour EDH, 31 juill. 2000, *A.D.T c./ Royaume-Uni*, req. n° 35765/97, préc., § 37.

difficilement contestable, car rien ne peut justifier la répression d'activités sexuelles dès lors qu'elles se déroulent réellement en privé⁴⁰². La Cour européenne des droits de l'Homme adopte un nouveau point de vue et condamne les législations pénales britanniques réprimant les relations homosexuelles auxquelles participent ou assistent plus de deux adultes de sexe masculin consentants. Autrement dit, la Cour considère qu'une législation interdisant et sanctionnant pénalement des activités homosexuelles menées en groupe viole l'article 8 dès lors que les activités en cause revêtent un caractère purement privé.

80. La Cour européenne a évolué dans le sens d'un plus grand libéralisme concernant les pratiques sexuelles lorsque celles-ci se déroulent en privé et que les personnes en cause sont consentantes. Ce ne sont pas les seuls points sur lesquels les droits internes apportaient des restrictions concernant les pratiques homosexuelles, l'âge de la majorité sexuelle en est une seconde illustration.

II. L'âge de la majorité sexuelle

81. Il est commun, dans les pays occidentaux, de considérer que jusqu'à un certain âge variant de 15 à 21 ans selon l'État en cause, les relations sexuelles, même consenties, soient interdites et constituent des infractions punies pénalement. Certains pays fixent l'âge de la majorité sexuelle indépendamment de la relation - hétérosexuelle ou homosexuelle - en cause alors que d'autres ont prévu un âge plus élevé lorsque sont en jeu des relations homosexuelles (A). Les différences quant à la fixation de l'âge de la majorité sexuelle ne sont pas uniquement fondées sur l'orientation sexuelle, elles se retrouvent également selon l'homosexualité - masculine ou féminine - en jeu (B).

A. Les différences fondées sur l'orientation sexuelle

82. Un auteur a justement utilisé les termes de « *défense de la morale* » et « *préservation des droits d'autrui* »⁴⁰³ pour justifier les répressions pénales des actes homosexuels en deçà d'un certain âge. Cette solution avait été donnée par la Commission européenne des droits de l'Homme⁴⁰⁴ et confirmée par la suite par la Cour européenne⁴⁰⁵. Cette dernière a considéré que la mise en place d'une majorité sexuelle était nécessaire « *pour lutter*

⁴⁰² M. Levinet, « La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *RTDH*, 2002, p. 345.

⁴⁰³ P. Hilt, *op. cit.*, n° 826.

⁴⁰⁴ Comm. EDH, 12 oct. 1978, *X. c./ Royaume-Uni*, req. n° 9215/75, préc.

⁴⁰⁵ Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, préc. ; Cour EDH, 17 juill. 1986, *Martin Johnson c./ Royaume-Uni*, req. n° 10389/83, préc.

contre l'exploitation et la corruption de personnes spécialement vulnérables à cause, par exemple, de leur jeunesse »⁴⁰⁶. De ce postulat, les législateurs nationaux disposaient d'une grande latitude afin d'apprécier l'âge en deçà duquel les actes homosexuels pouvaient être condamnés. Il s'agissait alors de « *simples différences de traitement qui peuvent être justifiées objectivement et qui restent proportionnées à l'objectif poursuivi* »⁴⁰⁷. Ainsi, les différences entre l'âge légal du consentement entre relations hétérosexuelles et homosexuelles n'étaient pas jugées contraires aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme. De nombreux législateurs européens, comme le législateur français avant l'adoption de la loi du 4 août 1982⁴⁰⁸, procédaient à une telle distinction.

83. La question relative à la différence quant à la fixation de l'âge légal du consentement entre relations homosexuelles et hétérosexuelles réapparaît devant la Commission européenne des droits de l'Homme à l'occasion de l'affaire *Sutherland contre Royaume-Uni*⁴⁰⁹. Le requérant dénonçait la loi britannique fixant l'âge du consentement à des relations homosexuelles à 18 ans alors qu'il était fixé à 16 ans pour les relations hétérosexuelles. La Commission européenne déclare la requête recevable et estime que la différence d'âge du consentement n'était justifiée par aucun motif objectif et raisonnable. La Commission juge également que « *le souci de la société de manifester [...] sa désapprobation vis-à-vis de l'homosexualité et sa préférence corrélative pour l'hétérosexualité ne pouvait en aucune manière servir de justification à la distinction de traitement* »⁴¹⁰.

84. La Cour européenne opère alors un revirement le 27 mars 2001⁴¹¹ en condamnant désormais cette distinction. Elle considère qu' « *au regard des analyses scientifiques selon lesquelles l'orientation sexuelle est fixée avant la puberté quel que soit le sexe, il convient de retenir le même âge pour "les majorités hétérosexuelle et homosexuelle" conformément à l'état du droit dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe* »⁴¹². Des solutions identiques furent adoptées en 2003⁴¹³ par le biais desquelles le législateur autrichien a été

⁴⁰⁶ Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, préc., § 49.

⁴⁰⁷ P. Hilt, *op. cit.*, n° 827.

⁴⁰⁸ L. n° 82-683 du 4 août 1982 abrogeant l'art. 331 (al. 2) du Code pénal, préc.

⁴⁰⁹ Comm. EDH, 1^{er} juill. 1997, *Sutherland c./ Royaume-Uni*, req. n° 25186/94.

⁴¹⁰ S. Van Drooghenbroeck, « De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme à la cause homosexuelle », in V. Martens (dir.), *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, *op. cit.*, p. 19 et s., spéc. p. 26.

⁴¹¹ Cour EDH, 27 mars 2001, *Sutherland c./ Royaume-Uni*, req. n° 25186/94, préc.

⁴¹² A. Gouttenoire, « La liberté sexuelle », in F. Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 9^{ème} éd., 2019, p. 527.

⁴¹³ Cour EDH, 9 janv. 2003, *L. et V. c./ Autriche*, req. n°s 39392/98 et 39829/98 ; Cour EDH, 9 janv. 2003, *S. L. c./ Autriche*, req. n° 45330/99.

condamné pour la sévérité de sa législation pénale⁴¹⁴. L'article 209 du Code pénal autrichien condamnait les actes sexuels entre un adulte et une personne du même sexe âgée de 14 à 18 ans alors que les mêmes rapports n'étaient pas pénalement sanctionnés lorsqu'il s'agissait de relations hétérosexuelles. Afin de justifier ces solutions, la Cour européenne relève que de telles distinctions traduisent « *les préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle* »⁴¹⁵.

85. À présent, l'« *égalité des orientations sexuelles est protégée* »⁴¹⁶ et la « *pénalisation inégale est interdite* »⁴¹⁷. L'âge de la majorité sexuelle est laissé à l'appréciation des autorités nationales, mais il se doit d'être le même, peu importe l'orientation sexuelle. Outre la différence de traitement dans la mise en œuvre de l'âge légal de la majorité fondé sur l'orientation sexuelle, une seconde distinction fondée sur le sexe était très souvent adoptée par les législateurs nationaux.

B. Les différences fondées sur le sexe

86. À l'occasion de l'affaire *X contre République fédérale d'Allemagne*⁴¹⁸ du 30 septembre 1975, la Commission européenne a jugé la différence de traitement entre l'homosexualité masculine et féminine comme objectivement justifiée. La Commission note « *l'existence d'un danger social spécifique à l'homosexualité masculine* »⁴¹⁹ et relève que « *ce danger résulte essentiellement du fait que les homosexuels masculins constituent fréquemment un groupe socioculturel distinct se livrant à un net prosélytisme à l'égard des adolescents et que l'isolement social qui en résulte pour ceux-ci est particulièrement marqué* »⁴²⁰.

87. Le changement intervient lors de l'affaire *Sutherland contre Royaume-Uni*⁴²¹. Le requérant invoquait que le fait de fixer à dix-huit ans l'âge minimal pour des relations homosexuelles légales entre hommes, contre seize ans pour les femmes, portait atteinte à son droit au respect de sa vie privée. La Cour européenne fait droit à la demande du plaignant et considère la loi britannique, fixant l'âge de la majorité sexuelle à 18 ans pour les homosexuels

⁴¹⁴ L. Burgorgue-Larsen, « Une banalisation de la notion de « victime potentielle » », art. préc.

⁴¹⁵ Cour EDH, 27 mars 2001, *Sutherland c./ Royaume-Uni*, req. n° 25186/94, préc. ; Cour EDH, 9 janv. 2003, *L. et V. c./ Autriche*, req. nos 39392/98 et 39829/98, préc. ; Cour EDH, 9 janv. 2003, *S. L. c./ Autriche*, req. n° 45330/99, préc.

⁴¹⁶ R. Wintemute, « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée », in D. Borrillo et D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 162 et s., spéc. p. 170.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ Comm. EDH, 30 sept. 1975, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 5935/72, préc.

⁴¹⁹ Comm. EDH, 30 sept. 1975, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 5935/72, préc.

⁴²⁰ Comm. EDH, 30 sept. 1975, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 5935/72, préc., § 50.

⁴²¹ Cour EDH, 27 mars 2001, *Sutherland c./ Royaume-Uni*, req. n° 25186/94, préc.

masculins contre 16 ans pour les femmes, contraire à la Convention européenne. Elle rompt ainsi avec l'opinion de la Commission européenne et révèle l'idée que « *ces législations attestaient de la tolérance plus large de l'homosexualité féminine, fantasme masculin, par rapport à l'homosexualité masculine, danger social* »⁴²². Cette solution est confirmée dans deux arrêts datés du 9 janvier 2003⁴²³, la Cour a estimé que la différence de traitement réalisée par le droit pénal autrichien dans la fixation de l'âge de la majorité sexuelle en fonction de la nature de la relation homosexuelle masculine ou homosexuelle féminine est une discrimination au regard des articles 14 et 8 de la Convention européenne.

88. Malgré la reconnaissance, sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, d'un droit au respect de la vie privée des homosexuels, de nombreuses discriminations subsistent fondées sur l'orientation sexuelle. Dans la continuité de sa jurisprudence protectrice, la Cour européenne a nécessairement dû intervenir afin de lutter contre ces différences de traitement.

Paragraphe 2. La condamnation des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

89. Peu présent dans les décisions précédemment évoquées, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme prohibant les discriminations dans les droits protégés par la Convention a été invoqué dans divers domaines par les personnes homosexuelles afin de dénoncer les différences de traitement fondées sur leur seule orientation sexuelle. Tranchant avec la jurisprudence de la Commission européenne, la Cour européenne condamne les États parties instaurant des discriminations subies par les individus homosexuels tant dans leur vie professionnelle (I) que dans leur vie privée (II).

I. Les discriminations subies dans la vie professionnelle

90. La Commission européenne des droits de l'Homme permettait aux législateurs nationaux d'interdire les relations homosexuelles aux membres de certains corps de l'État. Dans un premier temps, l'ingérence de l'État dans l'exercice du droit au respect de la vie privée lorsque les actes homosexuels impliquaient des militaires a été considérée comme justifiée par

⁴²² Y. Lécuyer, « L'utilisation « retenue » de la notion de genre par la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2015, n° 5, p. 1327.

⁴²³ Cour EDH, 9 janv. 2003, *L. et V. c./ Autriche*, req. n°s 39392/98 et 39829/98 ; Cour EDH, 9 janv. 2003, *S. L. c./ Autriche*, req. n° 45330/99.

la défense de l'ordre⁴²⁴. Dans un second temps, la même solution a été retenue concernant des fonctionnaires de la Police nationale⁴²⁵.

91. La Cour européenne des droits de l'Homme s'est prononcée pour la première fois sur la question de l'exclusion des personnes homosexuelles de l'armée dans les affaires *Smith et Grady contre Royaume-Uni*⁴²⁶ et *Lusting-Prean et Beckett*⁴²⁷ du 27 septembre 1999. En l'espèce, quatre militaires avaient été révoqués de l'armée en raison de leur homosexualité conformément à la politique d'interdiction absolue des homosexuels dans l'armée britannique. En effet, malgré une dépénalisation partielle de l'homosexualité en 1994, le droit britannique continuait à considérer que cette dernière puisse constituer un motif de révocation d'un militaire. Les requérants dénonçaient cette mesure comme incompatible avec le droit au respect de la vie privée prévu à l'article 8 de la Convention. Le gouvernement britannique justifiait cette ingérence en faisant valoir que « *leur présence avait un effet négatif sur le moral des troupes, la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle de l'armée puisqu'elle était de nature à entraîner des attitudes négatives des militaires hétérosexuels* »⁴²⁸. La Cour européenne relève l'absence de « *raisons convaincantes et solides* »⁴²⁹ justifiant les ingérences de l'État et insiste sur l'irréprochabilité des états de service et de la conduite des quatre militaires⁴³⁰. La révocation étant fondée sur la seule orientation sexuelle des militaires, la Cour conclut à la violation de l'article 8. La Cour insiste également sur le mouvement général favorable à l'élimination des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et sur le fait que la majorité des États européens ont supprimé l'interdiction des homosexuels dans les forces armées. Il en est déduit que le Royaume-Uni se doit de prendre en compte les changements d'état d'esprit et législatifs dans le droit interne des États contractants.

92. Ces deux arrêts sont les amorces d'un « *véritable contrôle de proportionnalité de la mesure étatique par rapport aux fins poursuivies pour qu'enfin, le droit au respect de la vie privée reconnu aux homosexuels ait un contenu concret et effectif* »⁴³¹. Il est utile de rappeler que les États doivent justifier l'ingérence dont ils font preuve au regard du paragraphe 2 de

⁴²⁴ Comm. EDH, 12 oct. 1983, *B. c./ Royaume-Uni*, req. n° 16106/90, préc.

⁴²⁵ Comm. EDH, 12 déc. 1988, *Jack Boitteloup c./ France*, req. n° 12545/86, Déc. et Rapp. n° 58, p. 126 et s.

⁴²⁶ Cour EDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c./ Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96, Rec. série A, 1999-VI, p. 101 et s.

⁴²⁷ Cour EDH, 27 sept. 1999, *Lusting-Prean et Beckett c./ Royaume-Uni*, req. n°s 31417/96 et 32377/96, Rec. série A, 1999-VI.

⁴²⁸ J.-P. Marguénaud, « Du droit au respect de la vie privée des militaires homosexuels », *RTD civ.*, 1999, p. 917 et s.

⁴²⁹ Cour EDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c./ Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96, préc., § 105.

⁴³⁰ F. Sudre, « Droit de la convention européenne des droits de l'Homme », *JCP G*, 2000, n° 5, doctr. 203.

⁴³¹ P. Hilt, *op. cit.*, n° 845.

l'article 8 de la Convention européenne. Les personnes homosexuelles lésées ne revendiquent plus le seul droit à une intimité de leur relation, mais vont plus loin. Le souhait est que le droit au respect de la vie privée nouvellement reconnu implique « *d'affirmer et d'épanouir sa personnalité dans la vie professionnelle et plus largement sociale sans que cette homosexualité ne puisse constituer un handicap ou un frein* »⁴³².

93. À la suite de ces deux arrêts, la Cour européenne a réitéré cette solution dans des affaires similaires⁴³³. Les avancées sont indéniables et au fil des décisions, les personnes homosexuelles voient les amorces d'une reconnaissance empreinte d'effectivité des droits issus de la protection offerte par l'article 8 de la Convention. Le mouvement s'intensifie et, parallèlement au combat des discriminations subies dans la vie professionnelle, celui de celles subies dans la vie privée prend place.

II. Les discriminations subies dans la vie privée

94. Une nette évolution de la jurisprudence s'est mise en place afin d'assurer la même protection aux personnes hétérosexuelles et homosexuelles. Les requêtes se sont notamment orientées en matière d'accès au domicile (A) d'une part, et en matière de droits parentaux d'autre part (B).

A. En matière d'accès au domicile

95. Lors des affaires *S. contre Royaume-Uni*⁴³⁴ et *Rööslü contre Allemagne*⁴³⁵, la Commission européenne des droits de l'Homme considérait comme étant justifiée l'exclusion du concubin homosexuel du bénéfice du droit au transfert du bail. Les requérants se plaignaient de ne pas avoir pu bénéficier du transfert du droit au bail de leur compagnon décédé alors que ce bénéfice était octroyé aux couples hétérosexuels mariés ou non.

96. En 2003, la Cour européenne des droits de l'Homme, à l'occasion de l'arrêt *Karner contre Autriche*⁴³⁶, va retenir une solution différente. En l'espèce, Monsieur Karner avait vécu et cohabitait avec son compagnon dans un appartement loué par celui-ci. Après le décès de ce dernier, le requérant a demandé la transmission du bail dans la mesure où le législateur

⁴³² S. Van Drooghenbroeck, « De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme à la cause homosexuelle », in V. Martens (dir.), *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, op. cit., p. 19 et s., spéc. p. 32.

⁴³³ V. par exemple : Cour EDH, 22 oct. 2002, *Perkins et R. c./ Royaume-Uni*, req. n^{os} 43208/98 et 44875/98 ; Cour EDH, 22 oct. 2002, *Beck, Copp et Bazeley c./ Royaume-Uni*, req. n^{os} 48535/99, 48536/99 et 48537/99.

⁴³⁴ Comm. EDH, 14 mai 1986, *S. c./ Royaume-Uni*, req. n^o 11716/85, Déc. et Rapp. n^o 47, p. 274.

⁴³⁵ Comm. EDH, 15 mai 1996, *Rööslü c./ Allemagne*, req. n^o 28318/95, Déc. et Rapp. n^o 85-A, p. 149.

⁴³⁶ Cour EDH, 24 juill. 2003, *Karner c./ Autriche*, req. n^o 40016/98, *RTDH* 2004, p. 663, note P. Frumer.

autrichien a accordé, dans une loi de 1974, au compagnon de vie de la personne décédée le bénéfice du droit légal à la transmission du bail. Les juges autrichiens ont rejeté cette demande en considérant que l'intention du législateur ne devait pas être interprétée comme l'extension de ce droit aux relations homosexuelles, même durables et stables. Le requérant a donc saisi la Cour européenne estimant subir une discrimination fondée sur son orientation sexuelle au regard de l'article 8 de la Convention. La Cour européenne examine l'affaire sous le seul angle de la discrimination dans la jouissance du droit au domicile en se dispensant, ainsi, « *de trancher l'épineuse question d'un éventuel droit au respect de la vie familiale pour les couples homosexuels* »⁴³⁷. Le gouvernement autrichien arguait la protection de la famille traditionnelle afin de justifier sa position. La Cour européenne procède alors à un contrôle de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ce qui exige que soit démontrée la nécessité d'exclure les couples homosexuels du champ d'application de la disposition législative litigieuse afin d'atteindre ce but⁴³⁸. En l'espèce, tel n'a pas été le cas. Ainsi, la Cour conclut à violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 en considérant que l'exclusion des couples homosexuels du droit au transfert du bail est « *une mesure disproportionnée pour atteindre le but solide et légitime, quoique plutôt abstrait, de protection de la famille traditionnelle* »⁴³⁹.

97. La solution acquise en 2003 a été réitérée dans l'arrêt *Kozak contre Pologne*⁴⁴⁰. Les faits de l'espèce sont similaires aux précédents, le requérant a vécu pendant plusieurs années avec son compagnon, avec lequel il entretenait une relation homosexuelle, dans l'appartement loué par ce dernier. À la suite du décès de son compagnon, il a demandé à la commune la transmission du bail. Cette demande fut rejetée sur le fondement que le droit polonais ne reconnaissait que le concubinage entre deux personnes de sexe opposé. Le requérant polonais a alors saisi la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention, soit une discrimination fondée sur son homosexualité. La Cour constate la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 en relevant que l'État doit tenir compte de l'évolution de la société, notamment du fait qu'il n'existe pas seulement une façon pour un individu de mener sa vie privée et ne peut alors refuser de manière générale la transmission d'un bail aux personnes vivant une relation homosexuelle. La Cour européenne revient à nouveau

⁴³⁷ P. Frumer, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2004, p. 663.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ J.-P. Marguénaud, « Transfert du droit au bail au concubin homosexuel et actio popularis européenne », *RTD civ.*, 2003, p. 764.

⁴⁴⁰ Cour EDH, 2 mars 2010, *Kozak c./ Pologne*, req. n° 13102/02, *AJDI* 2010, p. 547 et p. 513, obs. J. Raynaud ; *LEPF* 2010, n° 2, note J.-M. Larralde.

sur l'idée que « *la marge d'appréciation des États européens est devenue quasi nulle en cette matière* »⁴⁴¹.

98. La Cour européenne, dans le souci de la pleine effectivité des droits reconnus aux personnes homosexuelles, met en œuvre un contrôle omniprésent des ingérences étatiques dans la vie privée de celles-ci. Les États n'ont d'autres choix que d'apporter une justification solide du caractère légitime et proportionné de l'exclusion des personnes homosexuelles de certaines dispositions législatives. *A contrario*, la différence de traitement entre les personnes homosexuelles et hétérosexuelles sera considérée comme discriminatoire eu égard à l'article 14 de la Convention. En outre, la Cour prenant acte de l'importante évolution des législations dans les États parties réduit d'autant la marge d'appréciation de ceux qui ne se sont pas alignés sur ces changements. Les personnes homosexuelles ont également invoqué une discrimination en matière de droits parentaux.

B. En matière de droits parentaux

99. L'homosexualité a engendré deux questions totalement différentes dans le domaine des droits parentaux : d'une part, l'attribution de l'autorité parentale à une personne précédemment mariée avec un individu de sexe opposé et vivant désormais avec une personne du même sexe (1) et d'autre part, l'adoption individuelle d'un enfant par une personne homosexuelle (2). Dans les deux cas, la question d'une éventuelle discrimination s'est posée devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

1. L'octroi de l'autorité parentale à une personne homosexuelle

100. L'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal*⁴⁴² en date du 21 décembre 1999 concernait un père vivant avec une personne de sexe masculin et s'étant vu refuser l'octroi de l'autorité parentale sur sa fille âgée de cinq ans à la suite de son divorce. Les juges portugais ont accordé l'autorité parentale à la mère de l'enfant en se fondant sur l'orientation sexuelle du père et en soutenant que l'homosexualité du père est une « *une anormalité* » et qu' « *un enfant ne doit pas vivre à l'ombre de situations anormales* ». À la suite de sa saisine, la Cour européenne a condamné la décision portugaise en relevant que la différence de traitement entre le père et la mère avait pour seul fondement l'homosexualité du premier. Or, l'orientation

⁴⁴¹ J. Raynaud, « Transfert du bail au concubin homosexuel », *AJDI*, 2010, p. 513.

⁴⁴² Cour EDH, 21 déc. 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c./ Portugal*, req. n° 33290/96, *JCP G* 2000, I, p. 203, chron. F. Sudre ; *RTD civ.* 2000, p. 313, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2000, comm. n° 45, obs. A. Gouttenoire-Cornut ; *RTD civ.* 2000, p. 433, obs. J.-P. Marguénaud.

sexuelle du requérant n'est pas considérée comme une raison suffisante afin de justifier cette différence. Ainsi, le refus d'attribuer l'autorité parentale à un père homosexuel pour des considérations tenant à son orientation sexuelle constitue une violation de l'article 8 garantissant le droit au respect de la vie familiale, combiné avec l'article 14 consacrant le principe de non-discrimination.

101. L'article 14 consacrant le principe de non-discrimination « *couvre, à n'en pas douter, la notion d'orientation sexuelle, étant donné que la liste des discriminations qu'il réprovoque a un caractère purement indicatif* »⁴⁴³. Selon Monsieur le Professeur Jean-Pierre Marguénaud, il s'agit d'une « *application inédite* »⁴⁴⁴ de l'article 14 par la Cour européenne. Dans les arrêts précédents, la Cour n'examinait pas la plainte au regard de cet article constatant le caractère suffisant de l'article 8 relatif au respect de la vie privée.

102. De « *manière particulièrement catégorique* »⁴⁴⁵, la Cour européenne estima que l'orientation sexuelle d'un parent ne peut pas en elle-même constituer un motif pour priver un père de ses droits parentaux, une telle différence de traitement n'étant pas tolérée par la Convention européenne des droits de l'Homme. Cependant, il a été considéré que cela « *ne semble [...] pas signifier que l'homosexualité de l'un des parents doit être indifférente lorsqu'il s'agit de fixer les modalités des relations de l'enfant avec ses père et mère* »⁴⁴⁶. En effet, la Cour européenne reproche aux juges portugais d'avoir « *affirmé de manière générale et abstraite* »⁴⁴⁷ qu'il n'est pas de l'intérêt de l'enfant de vivre avec un père homosexuel. La question se pose alors de savoir si une prise en considération de l'orientation sexuelle « *de manière concrète et spéciale* »⁴⁴⁸ est possible sans constituer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

103. Cet arrêt est à l'image des revendications de plus en plus présentes des personnes homosexuelles quant à leur épanouissement personnel, lequel l'État ne doit pas entraver pour des raisons tenant à la seule orientation sexuelle. Outre l'exercice de droits parentaux sur un enfant issu d'une précédente relation hétérosexuelle présentant donc des liens génétique et juridique avec le parent homosexuel, les demandes sont allées plus loin. En effet, la question s'est également posée à propos de la potentielle adoption d'un enfant par une personne homosexuelle en tant que célibataire.

⁴⁴³ J.-P. Marguénaud, « De l'attribution de l'autorité parentale à un père homosexuel », *RTD civ.*, 2000, p. 433.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ S. Van Drooghenbroeck, « De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme à la cause homosexuelle », in V. Martens (dir.), *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, op. cit., p. 19 et s., spéc. p. 29.

⁴⁴⁶ A. Gouttenoire-Cornut, « Autorité parentale et homosexualité », *Dr. fam.*, n° 3, 2000, comm. n° 45.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ *Ibid.*

2. *L'adoption individuelle par une personne homosexuelle*

104. Dans la continuité de l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal*⁴⁴⁹, les personnes homosexuelles ont tenté d'obtenir les faveurs de la Cour européenne des droits de l'Homme en dénonçant les législations internes refusant la délivrance d'agrément à un individu en raison de son orientation sexuelle. Pour autant, la Cour européenne ne s'est initialement pas prononcée en ce sens (a) avant d'opérer un revirement de jurisprudence (b).

a. *L'absence de protection conventionnelle initiale*

105. La Cour européenne s'est prononcée sur la question de l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle par le biais de l'arrêt *Fretté contre France*⁴⁵⁰. En l'espèce, en 1992, Monsieur Fretté saisit le président du Conseil général d'une demande d'agrément. Les enquêtes effectuées durant l'instruction de la demande décrivent Monsieur Fretté comme une personne pourvu de qualités intellectuelles et humaines indéniables, cultivée, travailleuse et bien d'autres éloges. Malgré cela, il se voit refuser la demande d'agrément. Un recours gracieux est alors exercé, l'administration confirme la décision en invoquant son « *choix de vie* ». Monsieur Fretté saisit le tribunal administratif de Paris aux fins de voir annuler le refus d'agrément. Dans un jugement du 25 janvier 1995⁴⁵¹, le tribunal administratif relève que l'expression « *choix de vie* » n'est qu'un euphémisme par lequel l'administration a entendu évoquer l'homosexualité de Monsieur Fretté. Les juges considèrent que l'administration a fait une appréciation inexacte des dispositions légales et prononce l'annulation des décisions attaquées. À la suite de la saisine de l'administration, le Conseil d'État considère, en 1996, que Monsieur Fretté ne présente pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté eu égard à ses conditions de vie⁴⁵². Pour Madame le Professeur Claire Neirinck, ce refus d'agrément « *n'est pas justifié en droit, car la loi ne contient aucune réserve quant à l'adoption par une personne seule* »⁴⁵³.

Monsieur Fretté a saisi la Cour européenne des droits de l'Homme qui s'est prononcée le 26 février 2002. Le requérant alléguait que « *la décision rejetant sa demande d'agrément en*

⁴⁴⁹ Cour EDH, 21 déc. 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c./ Portugal*, req. n° 33290/96, préc.

⁴⁵⁰ Cour EDH, 26 févr. 2002, *Fretté c./ France*, req. n° 36515/97, *LPA* 2002, n° 137, p. 10, note F. Vasseur-Lambry et M. Carius ; *JCP G* 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, p. 280, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2002, p. 389, obs. J.-P. Marguénaud.

⁴⁵¹ TA Paris, 25 janv. 1995, *LPA* 30 juin 1995, n° 78, p. 20 ; *D.* 1995, II, p. 647.

⁴⁵² CE, 9 oct. 1996, n° 168342, *D.* 1997, p.117, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 1997, p. 409, note J. Hauser.

⁴⁵³ C. Neirinck, « Filiation adoptive. – Généralités », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 10, 5 déc. 2002 (mise à jour : 15 avr. 2011), n° 22.

vue d'une adoption s'analyse en une ingérence arbitraire dans sa vie privée et familiale [...] et qu'elle se fonderait exclusivement sur un a priori défavorable envers son orientation sexuelle »⁴⁵⁴. Il s'estime alors victime d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention européenne.

Tout d'abord, la Cour rappelle que la Convention ne garantit pas un droit d'adopter⁴⁵⁵ et que le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille⁴⁵⁶. Elle en déduit que le rejet de la demande d'agrément du requérant ne saurait en soi être considéré « *comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle* »⁴⁵⁷. Pour autant, la Cour relève que l'article 343-1 du Code civil français autorise l'adoption à toute personne célibataire, homme ou femme, et en conclut que le droit garanti par ledit article tombe sous l'empire de l'article 8 de la Convention « *sans même préciser si c'est au titre de la vie privée, de la vie familiale ou de la vie privée et familiale* »⁴⁵⁸. Utilisant, par ailleurs, le fait que le refus d'agrément a été motivé par la seule orientation sexuelle du requérant, la Cour européenne admet l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8. Enfin, la Cour relève que l'orientation sexuelle d'un candidat à l'adoption peut constituer un motif de refus d'agrément. Elle met en avant d'une part, l'absence de consensus européen en la matière et par conséquent la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales et d'autre part, le fait que la justification avancée par le Gouvernement, soit « *protéger la santé et les droits des enfants* »⁴⁵⁹, poursuit un but légitime. Elle en déduit que la différence de traitement litigieuse présente un caractère objectif et raisonnable et conclut à l'absence de discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne.

106. La solution de la Cour est apparue comme « *de nature à provoquer une régression dans la protection des droits fondamentaux* »⁴⁶⁰. En effet, alors que précédemment, la Cour européenne avait affirmé que les préjugés envers les minorités homosexuelles ne sauraient être une justification suffisante aux ingérences de l'État dans l'exercice des droits des

⁴⁵⁴ Cour EDH, 26 févr. 2002, *Fretté c./ France*, req. n° 36515/97, préc., § 2.

⁴⁵⁵ Comm. EDH, 10 juill. 1997, *Di Lazzaro c./ Italie*, req. n° 31924/96, Déc. et Rapp. 90-A, p. 134.

⁴⁵⁶ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, req. n° 6833/74, préc. ; Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c./ Royaume-Uni*, req. nos 9214/80 9473/81 et 9474/81, Rec. série A, n° 94, p. 32, *JDI* 1986, p. 1084, obs. P. Rolland, § 62.

⁴⁵⁷ Cour EDH, 26 févr. 2002, *Fretté c./ France*, req. n° 36515/97, préc., § 32.

⁴⁵⁸ J.-P. Marguénaud, « Le droit des homosexuels de pouvoir adopter trouve sa limite caricaturale dans l'intérêt des enfants », *RTD civ.*, 2002, p. 389.

⁴⁵⁹ Cour EDH, 26 févr. 2002, *Fretté c./ France*, req. n° 36515/97, préc., § 38.

⁴⁶⁰ J.-P. Marguénaud, « Le droit des homosexuels de pouvoir adopter trouve sa limite caricaturale dans l'intérêt des enfants », art. préc.

requérants homosexuels⁴⁶¹ et qu'il est inconcevable de tolérer une distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle⁴⁶², la Cour semble faire machine arrière⁴⁶³. Après cette solution qualifiée d' « *imprévisible au regard de la jurisprudence antérieure* »⁴⁶⁴, la Cour de Strasbourg a, fort heureusement, opéré un revirement de jurisprudence et admis que l'homosexualité d'un candidat ne pouvait pas justifier un refus d'agrément.

b. La protection conventionnelle admise

107. Les faits à l'origine de l'affaire *E.B. contre France*⁴⁶⁵ du 22 janvier 2008 sont les suivants. En 1998, Mademoiselle B dépose une demande d'agrément pour adopter un enfant auprès du Conseil général du Jura. Cette dernière fait part de son orientation sexuelle et de sa relation stable avec une femme. Sa demande fut rejetée en invoquant l'absence de référent paternel et la non-implication de la compagne. Après avoir épuisé les voies de recours internes, Mademoiselle B saisit la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation de l'article 14 qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle combiné avec l'article 8 qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. Le Conseil d'État avait considéré que le « *défaut de repères identificatoires dû à l'absence d'image ou de référent paternel* » et « *l'ambiguïté de l'investissement de chaque membre du foyer par rapport à l'enfant accueilli* » pouvaient légalement fonder un refus d'agrément⁴⁶⁶.

La Cour européenne rappelle, tout d'abord, que l'applicabilité de l'article 14 est possible dès lors que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'un au moins des articles de la Convention⁴⁶⁷. L'interdiction de la discrimination consacrée par l'article 14 s'applique aussi aux droits additionnels que l'État a volontairement décidé de protéger⁴⁶⁸. Or, la Cour fait une exacte

⁴⁶¹ Cour EDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c./ Royaume-Uni*, req. n^{os} 33985/96 et 33986/96, préc. ; Cour EDH, 27 sept. 1999, *Lusting-Prean et Beckett c./ Royaume-Uni*, req. n^{os} 31417/96 et 32377/96, préc.

⁴⁶² Cour EDH, 21 déc. 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c./ Portugal*, req. n^o 33290/96, préc.

⁴⁶³ *Contra* : F. Vasseur-Lambry et M. Carius, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la délicate question de l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle », *LPA*, 2002, n^o 137, p. 10.

⁴⁶⁴ A. Gouttenoire et F. Sudre, « L'imprévisible réponse de la Cour européenne des droits de l'homme à la question de l'adoption par un parent homosexuel : l'arrêt Fretté c/ France du 26 février 2002 », *JCP G*, 2002, II, n^o 19, 10074.

⁴⁶⁵ Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n^o 43546/02, *RDSS* 2008, p. 380, obs. C. Neirinck ; *D.* 2008, p. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *RJPF* 2008, n^o 2, p. 22, note S. Valory ; *LPA* 2008, n^o 28, p. 9, comm. F. Chaltiel ; *JCP* 2008, II, 10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre.

⁴⁶⁶ CE, 5 juin 2002, *Mlle Berthet*, n^o 230533, *Rec.* 2002, p. 195 ; *JCP G* 2002, act. 292 ; *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. Fombeur ; *Dr. fam.* 2003, comm. 19, obs. P. Murat.

⁴⁶⁷ V. notamment : Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c./ Royaume-Uni*, préc. ; Cour EDH, 18 juill. 1994, *Karlheinz Schmidt c./ Allemagne*, req. n^o 13580/88, *Rec. série A*, n^o 291-B, p. 32 ; Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c./ Autriche*, req. n^o 20458/92, *Rec.* 1998-II.

⁴⁶⁸ Cour EDH, 23 juill. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c./ Belgique*, req. n^o 1474/62, *Rec. série A* n^o 6 ; *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. Pelloux ; *GACEDH*, n^o 8 ; Cour EDH, 6 juill. 2005, *Stec et a. c./ Royaume-Uni*, req. n^{os} 65731/01 et 65900/01, *JCP G* 2006, I, p. 109, n^o 14, chron. F. Sudre.

application de cette technique en relevant que, même si l'article 8 de la Convention ne consacre pas un droit d'accès à l'adoption par une personne célibataire, « *la législation française accorde quant à elle expressément aux personnes célibataires le droit de demander l'agrément en vue d'adopter* »⁴⁶⁹. Dès lors, elle en conclut que les circonstances de l'espèce tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention et qu'en conséquence « *l'État [...] ne peut, dans la mise en application de ce dernier, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14* »⁴⁷⁰. Cependant, la Cour écarte la « *vie familiale* »⁴⁷¹ dont la mise en œuvre présuppose l'existence d'une famille⁴⁷². Contrairement à sa position dans l'affaire *Fretté contre France*⁴⁷³, la Cour européenne rattache le droit d'accès à l'adoption à la « *vie privée* »⁴⁷⁴ qualifiée de « *concept large qui comprend, entre autres, le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables* »⁴⁷⁵.

L'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 étant admise, la Cour s'est prononcée sur deux points. D'une part, quant au motif fondé sur l'absence de référent paternel, il est critiqué par la Cour comme « *risquant ainsi de vider de sa substance le droit qu'ont les célibataires de demander l'agrément* »⁴⁷⁶. Elle y voit un « *prétexte pour écarter la demande de la requérante en raison de son homosexualité* »⁴⁷⁷. En outre, le juge européen indique que le gouvernement n'a pas apporté « *la preuve qu'un tel motif aurait été opposé à tout demandeur n'ayant pas de personne de l'autre sexe dans son entourage proche, quelle que soit par ailleurs son orientation sexuelle* »⁴⁷⁸. D'autre part, quant au motif fondé sur l'attitude de la compagne de la requérante, la Cour relève qu'« *il est légitime que les autorités s'entourent de toutes les garanties en vue de l'accueil éventuel d'un enfant dans une famille* »⁴⁷⁹ et en déduit l'absence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sur ce point. Néanmoins, la Cour européenne utilise « *la théorie de contamination* »⁴⁸⁰ selon laquelle « *le caractère illégitime de l'un des motifs a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision* »⁴⁸¹ et « *neutralise [ainsi] l'argument*

⁴⁶⁹ Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc., § 49.

⁴⁷⁰ Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc., § 49.

⁴⁷¹ Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc., § 41.

⁴⁷² Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, req. n° 6833/74, préc.

⁴⁷³ Cour EDH, 26 févr. 2002, *Fretté c./ France*, req. n° 36515/97, préc.

⁴⁷⁴ Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc., § 43.

⁴⁷⁵ Cour EDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c./ Allemagne*, req. n° 13710/88, Rec. série A n° 251-B, p. 33, *AFDI* 1992, p. 629, obs. V. Coussirat-Coustère ; *RTDH* 1993, p. 410, chron. P. Lambert et F. Rigaux, *GACEDH*, n° 44.

⁴⁷⁶ Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc., § 73.

⁴⁷⁷ Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc., § 73.

⁴⁷⁸ A. Gouttenoire et F. Sudre, « La France est condamnée pour discrimination fondée sur l'homosexualité de la requérante », *JCP G*, 2008, n° 15, II, 10071.

⁴⁷⁹ Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc., § 76.

⁴⁸⁰ A. Gouttenoire et F. Sudre, « La France est condamnée pour discrimination fondée sur l'homosexualité de la requérante », art. préc.

⁴⁸¹ Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc., § 80.

fondé sur la réticence de la compagne de la requérante pourtant fondé sur l'intérêt de l'enfant »⁴⁸².

La Cour considère donc que la requérante a fait l'objet d'une différence de traitement fondée sur son orientation sexuelle dont il convient de vérifier le but. Il est rappelé qu'une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « *but légitime* » ou s'il n'y a pas de « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »⁴⁸³. Or, en matière d'orientation sexuelle, des raisons particulièrement graves et convaincantes sont nécessaires pour justifier une différence de traitement. La Cour considère qu'en l'espèce, tel n'est pas le cas étant donné que « *les autorités internes ont, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle* »⁴⁸⁴, décision jugée incompatible avec les dispositions de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention européenne.

108. Il est à noter que la portée de cet arrêt a été fortement critiquée, certains y ont vu « *un arrêt d'espèce* »⁴⁸⁵, car « *une motivation plus affinée [...] pourrait trouver grâce* »⁴⁸⁶ aux yeux de la Cour européenne des droits de l'Homme qui invite seulement à éviter toute référence à l'orientation sexuelle d'une personne homosexuelle lorsque les services sociaux souhaitent refuser un agrément⁴⁸⁷. D'autres ont pu qualifier cet arrêt de « *véritable machine de guerre contre les préjugés homophobes* »⁴⁸⁸ devant « *profondément influencer les pratiques administratives qui faussent la mise en œuvre de l'article 343-1 du Code civil* »⁴⁸⁹.

109. Le juge européen a joué un rôle décisif dans la protection de la personne homosexuelle en tant qu'individu en débutant par une ignorance des plus totales de la cause, puis en passant par la dépénalisation progressive de celle-ci du fait de la reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée protégé par les dispositions conventionnelles et, enfin, en aboutissant à la reconnaissance de droits effectifs. Malgré cette évolution majeure, la Cour européenne des droits de l'Homme a mis de nombreuses années avant d'élargir sa protection.

⁴⁸² A. Gouttenoire et F. Sudre, « La France est condamnée pour discrimination fondée sur l'homosexualité de la requérante », art. préc.

⁴⁸³ Cour EDH, 18 juill. 1994, *Karlheinz Schmidt c./ Allemagne*, req. n° 13580/88, préc.

⁴⁸⁴ Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc., § 96.

⁴⁸⁵ J. Hauser, « L'adoption et les couples homosexuels : revirement et confirmation », *RTD civ.*, 2008, p. 287.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ F. Chénéde, « Adoption : condamnation de la France pour un refus d'agrément fondé sur l'orientation sexuelle de la requérante », *AJ Fam.*, 2008, p. 118.

⁴⁸⁸ J.-P. Marguénaud, « Volte-face européenne sur le droit du célibataire homosexuel de pouvoir adopter », *RTD civ.*, 2008, p. 249.

⁴⁸⁹ *Ibid.*

En effet, la protection du couple homosexuel au titre de la vie familiale est longtemps restée déniée empêchant alors de reconnaître les droits découlant de cette notion.

Section 2. La protection du couple homosexuel

110. De nouvelles revendications ont vu le jour afin que l'égalité entre couples homosexuels et couples hétérosexuels soit réelle. Il est acquis que la personne homosexuelle en tant que telle est protégée par le droit, mais cette dernière ne s'en satisfait pas. En effet, les mouvements homosexuels ont, notamment, mis l'accent sur la volonté que leur relation de couple rejoigne la sphère juridique. Cette volonté qui, plus largement, impliquait le droit d'accéder *a minima* à un statut juridique légal, au mariage et au droit d'être parent était confrontée à la notion traditionnelle de vie familiale. Les revendications des personnes homosexuelles n'ont initialement pas reçu l'aval de la Cour européenne des droits de l'Homme qui avait pour souci de respecter les fondements traditionnels de chaque État partie. Finalement, l'évolution des mentalités en interne a remis en cause la jurisprudence européenne qui s'y est alignée. Fondée sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la reconnaissance d'un droit au respect de la vie familiale a été accordée au couple homosexuel (Sous-section 1). Pour autant, cette seule reconnaissance n'impliquait pas de reconnaître des droits effectifs au profit des couples de personnes de même sexe. Ainsi, au gré des nombreux arrêts de la Cour européenne, la reconnaissance juridique du couple homosexuel a été consacrée (Sous-section 2).

Sous-section 1. La reconnaissance d'un droit au respect de la vie familiale

111. À la suite d'un long cheminement, la protection de la personne homosexuelle en tant qu'individu a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'Homme interdisant de fait les discriminations fondées sur la seule orientation sexuelle tant dans la vie privée que professionnelle et permettant à chacun de vivre pleinement sa sexualité comme il l'entend. Pour autant, les revendications affichées par les homosexuels ne sont pas pleinement comblées. En effet, ces dernières se sont ensuite portées sur la protection du couple homosexuel et non plus sur la seule personne homosexuelle par le biais du droit au respect de la vie familiale prévu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il s'en est suivi une classique évolution de la jurisprudence européenne, débutant par une exclusion des relations homosexuelles de cette protection (Paragraphe 1) pour finalement englober celles-ci dans le champ de ladite notion (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'exclusion initiale des relations homosexuelles du champ de la vie familiale

112. La protection du droit au respect de la vie privée reconnue aux homosexuels n'implique pas celle de la vie familiale. Ainsi, à la suite de ce premier acquis, les revendications se sont portées sur la reconnaissance d'une vie familiale au sens de la Convention. Le combat n'a pas été aisé, tant la Commission européenne (I) que la Cour européenne (II) ont, initialement, refusé d'intégrer au sein de la notion convoitée les couples homosexuels.

I. Le rejet des requêtes par la Commission européenne

113. À plusieurs reprises, la Commission européenne des droits de l'Homme a refusé d'englober au sein de la notion de vie familiale les relations homosexuelles (A). Cette solution était, notamment, guidée par l'approche que les juges européens d'une part, et les législateurs nationaux d'autre part, avaient de la notion de la famille (B).

A. Un rejet a priori dépourvu de fondement juridique

114. La question de la reconnaissance aux homosexuels du droit au respect de la vie familiale s'est posée pour la première fois devant la Commission européenne des droits de l'Homme, en 1983, dans l'affaire *X. et Y. contre Royaume-Uni*⁴⁹⁰. En l'espèce, Messieurs X. et Y, qui entretenaient une relation durable depuis plusieurs années, se plaignent du refus des Services britanniques de l'immigration d'autoriser le premier à demeurer au Royaume-Uni avec le second. Ils invoquent alors une violation de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne. La Commission déclare la requête irrecevable en estimant qu' « *en dépit de l'évolution contemporaine des mentalités vis-à-vis de l'homosexualité [...], les relations des requérants ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8* »⁴⁹¹.

La Commission a donné la même solution le 14 mai 1986 dans l'affaire *S. contre Royaume-Uni*⁴⁹². Deux femmes vivaient ensemble dans une maison, appartenant à la municipalité, louée par l'une d'elles. Au décès de la locataire, sa compagne est obligée de quitter le logement à la suite d'une procédure d'expulsion engagée par le Conseil municipal. Elle saisit alors la Commission européenne pour violation des articles 8 et 14 de la Convention

⁴⁹⁰ Comm. EDH, 3 mai 1983, *X. et Y. c./Royaume-Uni*, req. n° 9369/81, Déc. et Rapp. n° 32, p. 220 et s.

⁴⁹¹ Comm. EDH, 3 mai 1983, *X. et Y. c./Royaume-Uni*, req. n° 9369/81, préc., § 222.

⁴⁹² Comm. EDH, 14 mai 1986, *S. c./Royaume-Uni*, req. n° 11716/85, préc.

étant donné qu'en vertu de la loi britannique de 1980, le survivant hétérosexuel aurait pu conserver la location. Comme dans l'affaire précédente, la Commission rappelle qu' « *en dépit de l'évolution contemporaine des mentalités vis-à-vis de l'homosexualité, des relations homosexuelles durables entre deux personnes ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention* »⁴⁹³.

En 1992, la Commission a réitéré sa solution lors de sa saisine par un couple de femmes homosexuelles ayant une relation durable dont l'une demandait l'octroi de l'autorité parentale sur l'enfant biologique de l'autre né par insémination artificielle. Elle estime que le refus des autorités néerlandaises d'accorder à l'un des membres du couple l'autorité parentale sur l'enfant de sa compagne ne constitue pas une violation du droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention⁴⁹⁴.

115. Il convient de noter que la Commission européenne n'explique en aucun cas « *en quoi les relations homosexuelles ne relèveraient pas du droit au respect de la vie familiale* »⁴⁹⁵. Autrement dit, elle l'affirme « *sans aucune argumentation juridique* »⁴⁹⁶. À ce stade, « *les simples relations entre personnes de sexes différents ou de même sexe ne sauraient suffire pour obtenir la qualification de vie familiale* »⁴⁹⁷. Il est alors possible de percevoir la réticence de la Commission européenne des droits de l'Homme à reconnaître une vie familiale à deux personnes de même sexe tant cette relation paraît éloignée de celle de la famille traditionnelle.

B. Un rejet guidé par la sauvegarde de la famille traditionnelle

116. Malgré le manque de fondement juridique évident dans les différentes décisions rendues par la Commission en matière de protection de la vie familiale des couples entre personnes de même sexe, l'affaire *B. contre Royaume-Uni*⁴⁹⁸ en date du 10 février 1990 laisse entrevoir la réelle justification de ce refus. Cette affaire concernait l'expulsion d'un Chypriote du Royaume-Uni qui entretenait une relation stable avec un Britannique. Le premier avait obtenu un permis de séjour valable de deux ans en qualité d'étudiant. Quatre ans après l'échéance de la validité du titre de séjour, le ministre a pris à son encontre un arrêté

⁴⁹³ Comm. EDH, 14 mai 1986, *S. c./ Royaume-Uni*, req. n° 11716/85, préc., § 282 ; V. également : Comm. EDH, 15 mai 1996, *Röösli c./ Allemagne*, req. n° 28318/95, préc.

⁴⁹⁴ Comm. EDH, 19 mai 1992, *Catharina Kerkhoven, Anna Hinke et Stijn Hinke c./ Pays-Bas*, req. n° 15666/92, non publiée.

⁴⁹⁵ C. Mécarry et G. La Pradelle, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ M. Lamarche, « Les homosexuels devant la Cour européenne des droits de l'Homme », in O. Dubos et J.-P. Marguénaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, A. Pedone, 2007, p. 45 et s., spéc. p. 51.

⁴⁹⁸ Comm. EDH, 10 févr. 1990, *B. c./ Royaume-Uni*, req. n° 16106/90, Déc. et Rapp. n° 64, p. 290.

d'expulsion. Le requérant sollicite l'autorisation de rester au Royaume-Uni où il avait établi une relation homosexuelle permanente et stable avec un ressortissant britannique. Il arguait le fait que son retour à Chypre l'exposerait à des sanctions pénales étant donné que le comportement homosexuel était réprimé dans cet État. Cette demande ne fut pas accueillie par les autorités britanniques. Le requérant saisit la Commission européenne pour ingérence non justifiée dans sa vie privée eu égard au paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. En outre, il se considère victime de discrimination au sens de l'article 14 de ladite convention par rapport aux couples hétérosexuels se trouvant dans une situation analogue.

Afin de se prononcer, la Commission européenne des droits de l'Homme insiste sur deux points. D'une part, elle rappelle que les relations homosexuelles durables relèvent du domaine de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. Or, même « *si une expulsion a inévitablement des répercussions sur les relations entre deux personnes de même sexe, elle ne saurait en principe être considérée comme une ingérence dans le droit au respect de la vie privée vu le droit de l'État d'imposer des contrôles et des limites à l'immigration* »⁴⁹⁹. Elle ajoute que « *même si l'expulsion du requérant devait constituer une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée [...], cette ingérence était prévue par la loi [...] et justifiée parce que nécessaire dans une société démocratique à la défense de l'ordre [...] à titre de mesure légitime de contrôle de l'immigration* »⁵⁰⁰. La requête est, par conséquent, rejetée comme manifestement mal fondée. D'autre part, la Commission utilise sa jurisprudence antérieure afin de rappeler que le fait que « *la réglementation sur l'immigration donne priorité et assure une meilleure protection aux couples établis vivant une relation familiale par opposition à d'autres relations durables, telles que liaisons lesbiennes ou homosexuelles* »⁵⁰¹ n'est pas discriminatoire. D'après la Commission, les différences de traitement entre couples hétérosexuels et couples homosexuels ont pour « *but de protéger la famille, objectif analogue à la protection du droit au respect de la vie familiale* »⁵⁰². Il est considéré que ce but est légitime et doté d'une justification objective et raisonnable, car « *la famille (à laquelle peut être assimilée la relation de couple hétérosexuel non marié cohabitant comme mari et femme) mérite une protection particulière dans la société* »⁵⁰³. Ainsi, elle en conclut que la différence de traitement a un but légitime, soit la protection des relations fondées sur la famille y compris des relations existant

⁴⁹⁹ Comm. EDH, 10 févr. 1990, *B. c./ Royaume-Uni*, req. n° 16106/90, préc.

⁵⁰⁰ Comm. EDH, 10 févr. 1990, *B. c./ Royaume-Uni*, req. n° 16106/90, préc.

⁵⁰¹ Comm. EDH, 10 oct. 1989, *C.M. et L.M. c./ Royaume-Uni*, req. n° 14753/89, non publiée.

⁵⁰² Comm. EDH, 14 mai 1986, *S. c./ Royaume-Uni*, req. n° 11716/85, préc.

⁵⁰³ Comm. EDH, 14 mai 1986, *S. c./ Royaume-Uni*, req. n° 11716/85, préc.

hors mariage, considéré proportionné à la réalisation de cet objectif⁵⁰⁴. La requête est donc à nouveau rejetée comme manifestement mal fondée.

117. La position de la Commission quant à la protection des couples homosexuels au titre du droit au respect de la vie familiale est, ainsi, justifiée par la protection du modèle classique de la famille traditionnelle composée d'un homme et d'une femme. Il a été relevé que l'interprétation de la Commission paraît, toutefois, confuse en ce qu'elle ne semble pas distinguer les notions de famille et de vie familiale⁵⁰⁵. Au sens de la Commission, la cellule familiale est nécessairement fondée sur un couple composé d'un homme et d'une femme, peu importe, d'ailleurs, que ces derniers soient mariés ou non. Ainsi, l'exclusion des couples homosexuels de la protection due au titre de la vie familiale était « *largement prévisible* »⁵⁰⁶. Alors que le droit au respect de la vie privée qui implique « *exclusivement l'individu qui en est l'épicentre* »⁵⁰⁷, autrement dit les droits d'un individu limité à sa personne⁵⁰⁸ est garanti par les instances européennes à la personne homosexuelle, l'influence de la reconnaissance du droit au respect de la vie familiale est tout autre. L'intégration des couples de même sexe dans son champ d'application nécessiterait « *la redéfinition de la notion de couple et de son statut ce qui ne pourrait être sans conséquence [...] sur l'ensemble de la vie familiale* »⁵⁰⁹. Le principe formulé par la Commission européenne est d'ailleurs repris par la Cour européenne des droits de l'Homme.

II. Le refus de protection par la Cour européenne

118. La Cour européenne des droits de l'Homme, également attachée à la sauvegarde de la famille traditionnelle, retenait initialement la même approche que la Commission européenne en excluant les relations homosexuelles du champ de la protection due au titre de la vie familiale (A). Néanmoins, la position de la juridiction européenne en matière de transsexualisme a laissé planer un doute quant à une possible évolution (B).

⁵⁰⁴ Comm. EDH, 10 févr. 1990, *B. c./ Royaume-Uni*, req. n° 16106/90, préc.

⁵⁰⁵ F. Toulieux, *Le droit au respect de la vie familiale des étrangers et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Université Lyon, 2008, n° 369.

⁵⁰⁶ P. Hilt, *op. cit.*, n° 793.

⁵⁰⁷ M.-T. Meulders-Klein, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RID comp.*, vol. 44, n° 4, 1992, p. 773.

⁵⁰⁸ A. Pélissier, « La réception de l'homoparentalité en droit européen », *AJ fam.*, 2006, p. 406.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

A. *Un concept de vie familiale restreint aux hétérosexuels*

119. En 2001, à l'occasion de l'affaire *Mata Estevez contre Espagne*⁵¹⁰, la Cour européenne des droits de l'Homme a exclu du droit au respect de la vie familiale les relations homosexuelles. Les faits de l'espèce sont les suivants, le requérant, ressortissant espagnol homosexuel, a vécu une relation stable et durable pendant plus de dix ans avec un autre homme. Au décès de son compagnon, le requérant sollicite le bénéfice des prestations sociales pour les conjoints survivants. La pension de conjoint survivant lui a été refusée au motif qu'en l'absence de mariage avec son compagnon, il ne pouvait être juridiquement considéré comme tel. Les juges espagnols ont considéré que les unions de fait entre homosexuels vivant maritalement ne pouvaient être placées sur le même plan que le concept traditionnel de famille protégé par le législateur et la Constitution.

Le requérant saisit alors la Cour européenne des droits de l'Homme d'une violation des articles 8 et 14 de la Convention en alléguant le fait que le refus de lui accorder la pension de survivant constitue un traitement discriminatoire portant atteinte à son droit au respect de vie privée et familiale. Comme la Commission européenne des droits de l'Homme, la Cour européenne considère que la question ne se rapporte pas au domaine de la vie familiale. Elle rappelle que « *les relations homosexuelles durables entre deux hommes ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale* »⁵¹¹, mais insiste tout de même sur « *l'évolution constatée dans plusieurs États européens tendant à la reconnaissance légale et juridique des unions de fait stables entre homosexuels* »⁵¹². Néanmoins, constatant l'absence de dénominateur commun, les États contractants continuent de bénéficier d'une « *grande marge d'appréciation* »⁵¹³.

120. Ainsi, à ce stade, seule la protection du droit au respect de la vie privée est reconnue aux couples homosexuels. La conséquence est que « *le droit qui leur est reconnu a [...] un contenu exclusivement sexuel* »⁵¹⁴ et « *ne comprend aucune dimension affective ni familiale* »⁵¹⁵. Un auteur a justement relevé qu'un « *homosexuel est celui/celle qui a des rapports sexuels avec des personnes du même sexe que lui/elle* »⁵¹⁶. Or, « *le but de l'article 8 n'est pas tant de protéger la famille au sens classique, mais plutôt l'exercice du droit subjectif*

⁵¹⁰ Cour EDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c./ Espagne*, req. n° 56501/00, CEDH 2001-VI.

⁵¹¹ Cour EDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c./ Espagne*, req. n° 56501/00, préc.

⁵¹² Cour EDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c./ Espagne*, req. n° 56501/00, préc.

⁵¹³ Cour EDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c./ Espagne*, req. n° 56501/00, préc.

⁵¹⁴ P. Hilt, *op. cit.*, n° 806.

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ E. Spiry, « Homosexualité et droit international des droits de l'Homme, Vers une nouvelle donne en Europe ? », art. préc., spéc. p. 321.

à la vie familiale »⁵¹⁷. L'objectif de la Convention européenne des droits de l'Homme est d'offrir aux individus « la liberté d'organiser leur vie privée et leur vie familiale comme ils l'entendent »⁵¹⁸. Ainsi, un auteur s'est demandé « au nom de quel principe »⁵¹⁹, la Cour européenne peut-elle refuser la qualification de vie familiale à deux adultes décidant de fonder une relation sur la base de leur affection réciproque avec pour seul motif leur orientation sexuelle. Afin de justifier ce constat, il a été utilisé « le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »⁵²⁰ reconnu par la Cour européenne dans la célèbre affaire *Niemetz*⁵²¹. Néanmoins, ce principe a été dégagé sur le fondement du droit au respect de la vie privée et non de la vie familiale. L'exclusion des relations homosexuelles du droit au respect de la vie familiale semble donc difficilement critiquable sur ce point.

121. Il est à noter que la Cour de justice des Communautés européennes retient la même approche. Elle a considéré qu' « en l'état actuel de la Communauté, les relations stables entre deux personnes du même sexe ne sont pas assimilées aux relations entre personnes mariées ou aux relations stables hors mariage entre personnes de sexe opposé »⁵²².

122. Même si les domaines sont différents, la doctrine a tenté de dégager les amorces d'une éventuelle extension de la notion de vie familiale dans la jurisprudence rendue à propos des personnes transsexuelles.

B. Un concept de vie familiale étendu aux transsexuels

123. L'affaire *X. Y. et Z. contre Royaume-Uni*⁵²³ rendue le 22 avril 1997 a été l'occasion de voir une possible évolution de la jurisprudence européenne à propos de la reconnaissance du droit au respect de la vie familiale des relations homosexuelles. En l'espèce, X. est un transsexuel converti du sexe féminin au sexe masculin vivant depuis plusieurs années une union stable avec une femme Y. Le couple a fait une demande d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur qui a donné naissance à Z. Par la suite, X. a entrepris les démarches afin de se faire enregistrer comme le père de l'enfant à l'état civil. Face au refus des autorités anglaises,

⁵¹⁷ D. Borrillo, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », art. préc.

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ Cour EDH, 16 déc. 1992, *Niemetz c./ Allemagne*, req. n° 13710/88, préc., § 29.

⁵²¹ Cour EDH, 16 déc. 1992, *Niemetz c./ Allemagne*, req. n° 13710/88, préc.

⁵²² CJCE, 17 févr. 1998, *L.-J. Grant c./ South West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *JTDE* 1998, p. 110, note A. Weyembergh ; *RTD civ.* 1998, p. 529, note J. Raynard ; CJCE, 31 mai 2001, *D. et Royaume de Suède c./ Conseil*, aff. C-122 et C-125/99P, *RTDH* 2002, p. 663, obs. C. Maubernard.

⁵²³ Cour EDH, 22 avr. 1997, *X. Y. et Z. c./ Royaume-Uni*, req. n° 21830/93, Rec. 1997-II, p. 626-630, *D.* 1997, p. 583 et s., *jurisp. S. Grataloup*.

les juges strasbourgeois ont été saisis pour atteinte au respect de la vie familiale et ont déclaré la requête recevable.

La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle tout d'abord « *le concept de "vie familiale" [...] ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage mais peut englober d'autres relations de facto* »⁵²⁴. Elle indique que plusieurs éléments doivent être pris en compte « *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* »⁵²⁵ afin de déterminer si une relation peut s'analyser en une vie familiale. Elle en déduit l'existence d'un droit au respect de la vie familiale conformément à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme en relevant que X. est un transsexuel ayant subi une intervention chirurgicale de conversion sexuelle vivant avec Y. depuis de nombreuses années et « *assumant aux yeux de tous le rôle de partenaire masculin* »⁵²⁶. En outre, X. a soutenu Y. pendant la demande de traitement IAD et la conception de l'enfant et se comporte depuis sa naissance comme le père de Z⁵²⁷.

124. À la suite de cette décision, la doctrine a relevé qu' « *il ne serait pas inconcevable qu'à l'avenir la Cour admette qu'une relation homosexuelle stable puisse être considérée comme une vie familiale* »⁵²⁸. En effet, un pas est franchi, la solution concernait certes un couple impliquant un transsexuel, soit deux individus de sexe morphologiquement différent, mais tout de même de sexe biologiquement identique. Sur ce point, la solution a d'ailleurs pu être critiquée, car en l'état des droits positifs européens à l'époque des faits, il paraissait impossible pour un transsexuel non reconnu juridiquement de mener une vie familiale avec une personne du même sexe biologique⁵²⁹. Le mariage leur étant fermé⁵³⁰, il était « *difficilement concevable de faire produire des conséquences juridiques à une situation qui ne pourrait accéder à la sphère du droit en utilisant les moyens légaux pour y parvenir* »⁵³¹. Il aura fallu attendre 2002 pour que la Cour européenne des droits de l'Homme procède à une évolution. Elle considère

⁵²⁴ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, req. n° 6833/74, préc., § 31 ; Cour EDH, 26 mai 1994, *Keegan c./ Irlande*, req. n° 16969/90, Rec. série A n° 290, p. 17, § 44 ; Cour EDH, 27 oct. 1994, *Kroon et autres c./ Pays-Bas*, req. n° 18535/91, Rec. série A n° 297-C, pp. 55-56, § 30.

⁵²⁵ Cour EDH, 22 avr. 1997, *X. Y. et Z. c./ Royaume-Uni*, req. n° 21830/93, préc., § 36.

⁵²⁶ Cour EDH, 22 avr. 1997, *X. Y. et Z. c./ Royaume-Uni*, req. n° 21830/93, préc., § 37.

⁵²⁷ Cour EDH, 22 avr. 1997, *X. Y. et Z. c./ Royaume-Uni*, req. n° 21830/93, préc., § 37.

⁵²⁸ P. Lenoir, « L'homosexualité et le juge communautaire », *RTDH*, 1999, p. 407 et s.

⁵²⁹ S. Grataloup, « Un transsexuel peut-il mener une vie familiale et se voir accorder des droits parentaux sur un enfant conçu par IAD ? », *D.*, 1997, p. 583.

⁵³⁰ Cour EDH, 17 oct. 1986, *Rees c./ Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, Rec. série A, n° 106, *JDI* 1987, p. 796, obs. P. Tavernier.

⁵³¹ S. Grataloup, « Un transsexuel peut-il mener une vie familiale et se voir accorder des droits parentaux sur un enfant conçu par IAD ? », art. préc.

qu'il n'est plus possible de continuer à admettre que le droit au mariage consacré à l'article 12 de la Convention « implique que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques »⁵³². Est ainsi reconnu le droit de se marier aux personnes ayant changé de sexe⁵³³. L'évolution semblait inévitable, la Cour ayant elle-même précisé que « de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition »⁵³⁴.

Paragraphe 2. L'intégration des relations homosexuelles dans le champ de la vie familiale

125. La Cour européenne a franchi une étape supplémentaire dans la protection accordée aux homosexuels en considérant, désormais, que les relations entre personnes de même sexe méritent la protection de l'article 8 de la Convention européenne au titre de la vie familiale (II). Les précédents de cette décision majeure ont laissé entrevoir le souci du juge européen de prendre en compte l'évolution dans les sociétés occidentales et d'appréhender la Convention comme un instrument vivant (I).

I. La notion évolutive de vie familiale

126. Même si la protection de la vie familiale ne peut se concevoir indépendamment de toute référence à l'idée de famille⁵³⁵ et que lors de l'adoption de la Convention européenne en 1950, elle visait la vie de famille « comprise classiquement comme la cellule créée par le mariage »⁵³⁶, il s'agit avant tout de la protection d'un droit individuel « de chacun au respect de sa propre vie de famille »⁵³⁷. La jurisprudence de la Cour européenne au fil des années en est d'ailleurs l'exemple le plus parlant, l'article 8 consacrant le droit au respect de la vie familiale « du fait de son imprécision [...] autorise le développement d'interprétations constructives et dynamiques »⁵³⁸. Ainsi, l'interprétation dudit article est dictée par « la prise en compte de l'évolution des conceptions, des pratiques et des croyances »⁵³⁹.

⁵³² Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, *RTD civ.* 2002, p. 782, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2002, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDSS* 2003, p. 137, obs. F. Monéger ; *D.* 2003, p. 1935, chron. J.-J. Lemouland ; *D.* 2003, p. 525, obs. C. Birsan ; *Defrénois* 2003, p. 1077, obs. J. Massip ; *GACEDH*, n° 46.

⁵³³ Cf. *infra* n° 144.

⁵³⁴ Cour EDH, 22 avr. 1997, *X. Y. et Z. c./ Royaume-Uni*, req. n° 21830/93, préc., § 44.

⁵³⁵ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, req. n° 6833/74, préc., § 31.

⁵³⁶ F. Sudre, « La « construction » par le juge européen du droit au respect de la 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*, Bruylant, 2002, p. 12.

⁵³⁷ M.-T. Meulders-Klein, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », art. préc., p. 774.

⁵³⁸ E. Millard, « Protection de la vie familiale », *J.-Cl. Libertés*, Fasc. n° 1200, 16 juin 2007 (mise à jour : 6 mars 2008), n° 10.

⁵³⁹ *Ibid.*

127. La Cour européenne a alors pu considérer que la notion de famille, au sens de l'article 8, n'est pas limitée aux « *seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens familiaux factuels lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage* »⁵⁴⁰. La Convention ne consacre donc pas « *une conception unique de la famille* »⁵⁴¹. Néanmoins, il est, en principe, exigé la preuve de la stabilité de la relation impliquant la cohabitation. Pour autant, il est arrivé à la Cour de considérer qu' « *exceptionnellement d'autres facteurs peuvent aussi servir à démontrer qu'une relation a suffisamment de constance pour créer des liens familiaux de facto* »⁵⁴². Le critère de détermination dégagé par la Cour semble donc être l'effectivité de la relation. En effet, la Cour européenne considère qu'une vie de couple - sans l'existence ou le projet d'enfants - peut s'analyser en « *vie familiale d'époux* »⁵⁴³ et être à ce titre protégée par l'article 8. Pour autant, la protection est tout de même réservée aux couples hétérosexuels à l'exclusion des couples impliquant deux personnes de même sexe. À ce propos, la jurisprudence européenne concernant la sauvegarde du « *couple et de la famille homosexuels* »⁵⁴⁴ a été qualifiée de jurisprudence « *verrouillée* »⁵⁴⁵. *A contrario*, il est possible d'y voir la traduction d'un « *souci des organes européens de contenir les tentatives d'élargissement de la notion de famille* »⁵⁴⁶.

128. L'affaire *Burden contre Royaume-Uni*⁵⁴⁷ en date du 29 avril 2008 montre la difficile appréhension de la notion de vie familiale. En l'espèce, deux sœurs britanniques célibataires ont toujours vécu ensemble une relation stable, solide et mutuellement solidaire et possèdent une maison en indivision bâtie sur un terrain qu'elles ont hérité de leurs parents. Les requérantes se plaignent qu'au décès de l'une d'elles, l'autre ne sera pas exonérée des droits de succession dont bénéficie, en droit anglais, le membre survivant d'un couple marié ou d'un couple homosexuel lié par un partenariat enregistré. La Cour européenne relève que « *plutôt que la durée ou le caractère solidaire de la relation, l'élément déterminant est l'existence d'un*

⁵⁴⁰ Cour EDH, 26 mai 1994, *Keegan c./ Royaume-Uni*, req. n° 16969/90, préc., § 44 ; Cour EDH, 13 juill. 2000, *Elsholz c./ Allemagne*, req. n° 25735/94, § 43.

⁵⁴¹ V. Coussirat-Coustère, « Famille et Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges R. Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 281 et s., spéc. p. 281.

⁵⁴² Cour EDH, 27 oct. 1994, *Kroon et autres c./ Pays-Bas*, req. n° 18535/91, préc., § 30.

⁵⁴³ Cour EDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c./ France*, req. n° 12083/86 ; Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c./ Royaume-Uni*, préc. ; Cour EDH, 2 août 2001, *Boultif c./ Suisse*, req. n° 54273/00.

⁵⁴⁴ M. Schulz et I. Théry, « Le contrat d'union sociale en question. Éléments pour un débat », *Esprit*, oct. 1997, n° 10, p. 204-207.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ V. Coussirat-Coustère, « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits l'Homme », in Françoise Dekeuwer-Défossez (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994*, LGDJ, 1996, p. 45 et s., spéc. p. 68.

⁵⁴⁷ Cour EDH, 29 avr. 2008, *Burden c./ Royaume-Uni*, req. n° 13378/05.

engagement public, qui va de pair avec un ensemble de droits et d'obligations d'ordre contractuel »⁵⁴⁸. Par le biais de cette solution, la Cour semble donc considérer que la durée ou le caractère solidaire de la relation ne sont pas déterminants⁵⁴⁹. Il paraît, tout de même, opportun de nuancer cette affirmation. Les faits à l'origine de la décision étant particuliers, la solution de la Cour semble être dictée par le fait que les liens de parenté ou consanguinité liant les requérantes excluent de qualifier la relation de vie de couple. Même si la Cour n'évoque pas la sexualité comme relation constitutive de vie familiale, elle semble s'y référer indirectement⁵⁵⁰. Une vie de couple au sein d'un mariage ou d'un partenariat enregistré comporte, potentiellement, une dimension sexuelle. Or, les deux requérantes n'ont justement pas ce critère, ce qui leur ferme les portes à toute reconnaissance juridique de leur relation.

129. Il a été écrit, à juste titre comme le montre l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne, que le « *décodage du texte* » se réalise selon le « *code culturel qui préside à sa lecture* »⁵⁵¹. Ainsi, le juge européen « *peut choisir d'affirmer dans un premier temps le droit au respect de la vie privée d'une catégorie de personnes, en attendant que l'évolution des sociétés rende possible ultérieurement la consécration d'une vie familiale en leur faveur* »⁵⁵². Dans l'arrêt *Serife Yigit contre Turquie*⁵⁵³ en date du 20 janvier 2009, la Cour souligne que « *la question de l'existence ou de l'absence d'une "vie familiale" est d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits* »⁵⁵⁴. Cette conclusion semble parfaitement refléter l'esprit du juge européen et la teneur de ces décisions à propos de la protection du couple homosexuel au titre de la vie familiale. Cependant, la Cour européenne définissant la vie familiale « *de manière toujours plus réaliste et plus extensive* »⁵⁵⁵, la solution retenue était vraisemblablement vouée à être modifiée.

II. La consécration de la vie familiale homosexuelle

130. Ce n'est qu'en 2010 que l'indifférence vis-à-vis de la relation de couple menée par des personnes homosexuelles a pris fin. En effet, rompant avec sa jurisprudence antérieure, la

⁵⁴⁸ Cour EDH, 29 avr. 2008, *Burden c./ Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, préc., § 65.

⁵⁴⁹ G. Puppinc, « L'affaire Vallianatos et autres contre Grèce et la dilution progressive de la notion de vie familiale », *RLDC*, n° 111, 1^{er} janv. 2014.

⁵⁵⁰ J. Hauser et S. Sana-Chaillé de Néré, *Droit de la famille : Droits français, européen, international et comparé*, Broché, Bruylant, 2018, n° 676.

⁵⁵¹ G. Timsit, *Archipel de la norme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1997, p. 29.

⁵⁵² F. Ringel, « Vie privée ? Vie familiale ? Les difficultés d'application de l'article 8 CEDH à l'homosexualité et au transsexualisme », *RRJ*, 1999, p. 1052.

⁵⁵³ Cour EDH, 20 janv. 2009, *Serife Yigit c./ Turquie*, req. n° 3976/05, *RTD. civ.* 2009, p. 285, obs. J.-P. Marguénaud.

⁵⁵⁴ Cour EDH, 20 janv. 2009, *Serife Yigit c./ Turquie*, req. n° 3976/05, préc., § 93.

⁵⁵⁵ J.-P. Marguénaud, « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », préc., n° 38.

Cour européenne des droits de l'Homme a admis la protection de la vie familiale homosexuelle (A) au même titre que celle d'un couple hétérosexuel. Le principe était posé, mais les conséquences en découlant n'étaient pas nécessairement à la hauteur des espérances (B).

A. La protection de la vie familiale admise

131. « *L'avènement de la famille homosexuelle* »⁵⁵⁶ résulte de l'affaire *Schalk et Kopf contre Autriche*⁵⁵⁷ en date du 24 juin 2010. Messieurs Horst Michael Schalk et Joahan Franz Kopf sont un couple homosexuel. En 2002, ils forment une demande à la mairie afin de procéder aux formalités nécessaires pour leur permettre de se marier. Cette demande fut rejetée au motif que seules des personnes de sexes opposés pouvaient contracter mariage. Les requérants ont donc saisi la Cour européenne des droits de l'Homme se plaignant d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle sur le fondement de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. Ils allèguent le fait que le droit de se marier leur a été refusé et qu'ils n'avaient aucune possibilité de faire reconnaître juridiquement leur relation à l'époque des faits.

Traditionnellement, la Cour commence par rappeler que « *la notion de famille ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens "familiaux" de fait lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage* »⁵⁵⁸. Elle poursuit en évoquant la solution dégagée, en 2001, dans l'affaire *Mata Estevez*⁵⁵⁹, soit le fait que la relation affective et sexuelle qui unit un couple homosexuel relève de la vie privée et non de la vie familiale. Elle insiste sur l'évolution rapide de l'attitude de la société envers les couples homosexuels dans les États membres et la reconnaissance juridique grandissante reconnue aux couples homosexuels depuis 2001⁵⁶⁰. En se fondant sur ces deux points, la Cour européenne considère « *qu'il est 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* ». Par conséquent, la relation entretenue par « *un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable* » relève de la notion de vie familiale tout comme le serait « *celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation* »⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ J.-P. Marguénaud, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *RTD civ.*, 2010, p. 738.

⁵⁵⁷ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, *AJ fam.* 2010, p. 333, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP G* 2010, I, p. 859, n° 30, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2010, p. 738, note J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2010, p. 765, note J. Hauser.

⁵⁵⁸ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 91.

⁵⁵⁹ Cour EDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c./ Espagne*, req. n° 56501/00, préc.

⁵⁶⁰ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 93.

⁵⁶¹ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 94.

Il s'agit là d'une avancée majeure. Il faut néanmoins constater qu'elle est encore très platonique puisque l'arrêt *Schalk et Kopf* ne lui a fait produire aucune conséquence, ni au regard du droit de se marier, ni même du point de vue d'un statut conjugal de substitution⁵⁶². En effet, la reconnaissance d'une vie familiale aux couples de même sexe n'implique pas l'obligation pour les États de leur offrir un statut légal.

132. Il est désormais acquis que la relation et la cohabitation des membres du couple suffisent à constituer une vie familiale. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'Homme va encore plus loin lors de l'affaire *Vallianatos contre Grèce*⁵⁶³. Elle indique que « *des personnes physiques adultes [...] qui entretiennent des relations homosexuelles [...] en dehors d'une cohabitation* »⁵⁶⁴ mènent également une vie familiale. Désormais, la Cour considère que la cohabitation n'est plus nécessaire pour bénéficier de la protection au titre de la vie familiale. Cette solution n'est pas nouvelle, mais elle était admise seulement si les membres du couple étaient mariés, divorcés ou en présence d'un enfant⁵⁶⁵. La jurisprudence apparaît donc de plus en plus libérale et favorise la reconnaissance et la protection des couples homosexuels en leur offrant une protection conventionnelle accrue. Pour autant, les droits offerts aux couples impliquant deux personnes de même sexe sont encore réduits.

B. Les droits découlant de la vie familiale

133. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf*⁵⁶⁶, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que la reconnaissance d'une vie familiale au bénéfice des couples impliquant deux personnes de même sexe n'impose pas aux autorités nationales de leur ouvrir le mariage, ni même de leur offrir un statut légal. Il paraît, alors, opportun de se demander quelle est la réalité de cette protection.

134. L'arrêt *PB et JS contre Autriche*⁵⁶⁷ rendu peu après la décision précitée en est une excellente illustration. En l'espèce, deux homosexuels vivant en couple se plaignaient de l'impossibilité pour l'un, fonctionnaire, de faire bénéficier l'autre de son assurance maladie et

⁵⁶² J.-P. Marguénaud, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », art. préc.

⁵⁶³ Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. n^{os} 29381/09 et 32684/09, *AJDA* 2014, p. 147, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2013, p. 2888, note F. Laffaille ; *D.* 2014, p. 238, obs. J.-F. Renucci ; *D.* 2014, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014, p. 49, obs. C. Beaudoin ; *RTD civ.* 2014, p. 89, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2014, p. 301, obs. J.-P. Marguénaud.

⁵⁶⁴ Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. n^{os} 29381/09 et 32684/09, préc., § 49.

⁵⁶⁵ G. Puppinck, « L'affaire Vallianatos et autres contre Grèce et la dilution progressive de la notion de vie familiale », art. préc.

⁵⁶⁶ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n^o 30141/04, préc.

⁵⁶⁷ Cour EDH, 22 juill. 2010, *PB et JS c./ Autriche*, req. n^o 18984/02, *AJ fam.* 2010, p. 395, obs. V. Avena-Robardet.

accident. À l'époque des faits, la législation autrichienne réservait cette possibilité aux seuls couples hétérosexuels. La Cour européenne commence par constater que la relation unissant les requérants relève de la notion de vie familiale protégée par l'article 8 de la Convention. Elle souligne, notamment, l'évolution rapide de l'attitude de la société envers les couples de même sexe en évoquant le nombre important d'États contractants leur offrant une reconnaissance juridique, soit six autorisant le mariage homosexuel d'une part, et treize ayant adopté un statut légal d'autre part. Ainsi, elle confirme sa jurisprudence précédente en considérant que le concubinage stable entre deux personnes de même sexe rentre dans le champ d'application de la Convention au titre de la vie familiale. Elle ajoute que dans la mesure où la législation autrichienne a prévu le bénéfice de l'extension de l'assurance maladie et accident, celle-ci entre dans le champ d'application de l'article 8. Or, classiquement, l'État se doit d'en assurer la jouissance sans aucune discrimination aux termes de l'article 14 de la Convention. La Cour juge, en l'espèce, discriminatoire la distinction entre couples hétérosexuels et homosexuels étant donné que le gouvernement n'a fourni aucune justification à cette différence de traitement.

135. Il importe d'évoquer l'affaire *Taddeucci et McCall contre Italie*⁵⁶⁸ en date du 30 juin 2016 dans laquelle la Cour européenne a rendu une solution vivement critiquée. En l'espèce, deux ressortissants, l'un italien et l'autre néo-zélandais, vivent en couple depuis plusieurs années. Après avoir résidé en Nouvelle-Calédonie avec un statut de couple non marié, ils s'installent en Italie. Le ressortissant néo-zélandais obtient une carte de séjour temporaire pour étudiant, mais demande, par la suite, l'octroi d'un permis de séjour pour raison familiale. Cette demande est refusée par la Cour de cassation italienne au motif que les critères requis par la loi n'étaient pas remplis étant donné que la notion de « *membre de la famille* » ne comprenait que les époux, les enfants mineurs, les enfants majeurs dépendants et les parents à charge. Or, il était impossible d'élargir la protection reconnue aux membres de la famille légitime aux concubins. La Cour de cassation ajoute que cette décision n'est pas dictée par une discrimination selon l'orientation sexuelle puisque cette exclusion concerne tant les couples homosexuels que les couples hétérosexuels non mariés. La Cour européenne est saisie par le couple qui invoque une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 en alléguant que le refus d'octroyer un permis de séjour pour raison familiale s'analyse en une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

⁵⁶⁸ Cour EDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c./ Italie*, req. n° 51362/09, D. 2016, p. 2100, note H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2016, p. 799, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2016, act. 760, obs. F. Sudre.

En se fondant sur la solution dégagée dans l'affaire *Schalk et Kopf contre Royaume-Uni*⁵⁶⁹, la Cour reconnaît que la relation des requérants relève de la notion de vie familiale au sens de la Convention⁵⁷⁰. Le refus d'octroyer un permis de séjour au requérant néo-zélandais impliquant l'obligation pour ce dernier de quitter le territoire italien a donc empêché les intéressés de vivre ensemble dans cet État ce qui constitue une ingérence dans leur droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8⁵⁷¹. La Cour considère alors que les faits de l'espèce tombent sous l'empire de l'article 14 combiné avec l'article 8. Il convient de rappeler que l'article 14 de la Convention peut être soulevé d'une part, lorsqu'il existe une différence dans le traitement⁵⁷² de personnes placées dans des situations comparables⁵⁷³ et d'autre part, lorsqu'est appliqué un traitement identique à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes⁵⁷⁴. Lorsque l'une de ces deux situations est caractérisée, le principe de non-discrimination sera violé sauf si les discriminations reposent sur une justification objective et raisonnable. Concernant la première branche, la Cour relève que le couple homosexuel non marié n'a pas été traité différemment d'un couple hétérosexuel non marié étant donné que la qualité de « *membre de la famille* » n'est reconnue par le droit italien qu'à l'époux⁵⁷⁵. Ainsi, un couple hétérosexuel non marié placé dans la même situation se serait également vu refuser l'obtention du permis de séjour. Il n'existe donc pas de différence de traitement de personnes placées dans des situations comparables. Concernant la seconde branche qualifiée de « *discrimination indirecte* », la Cour souligne que la situation des requérants ne peut être assimilée à celle d'un couple hétérosexuel non marié puisque les premiers n'ont pas la possibilité de se marier en Italie et donc de se voir reconnaître la qualité d'époux alors qu'un partenaire de sexe opposé peut obtenir la qualité de « *membre de la famille* » et par la suite l'octroi du permis de séjour en se mariant⁵⁷⁶. Par conséquent, la Cour retient que les requérants

⁵⁶⁹ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 94.

⁵⁷⁰ Cour EDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c./ Italie*, req. n° 51362/09, préc., § 58.

⁵⁷¹ Cour EDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c./ Italie*, req. n° 51362/09, préc., § 59.

⁵⁷² V. notamment sur la notion : F. Sudre, « Convention européenne des droits de l'Homme - Droits garantis - Droit de propriété et droit à la non-discrimination », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. n° 6523, 27 janv. 2019, spéc. n° 108 et s ; A. Iliopoulou-Penot, « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », *Répertoire de droit européen Dalloz*, oct. 2018 (mise à jour : avr. 2020), n°s 26 et s.

⁵⁷³ Cour EDH, 16 juill. 2014, *Hämäläinen c./ Finlande*, req. n° 37359/09, *Gaz. Pal.* 2014, n° 205, p. 30, note C. Berlaud ; *D.* 2014, p. 1639 et p. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014, p. 565, obs. B. De Boysson ; *RTD civ.* 2014, p. 831, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2014, p. 855, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2015, comm. 1, obs. J.-R. Binet, § 108.

⁵⁷⁴ Cour EDH, 6 avr. 2000, *Thlimmenos c./ Grèce*, req. n° 34369/97, *RTD civ.* 2000, 434, chron. J.-P. Marguénaud, *AJDA* 2001, p. 1060, chron. J.-F. Flauss ; *RFDA* 2001, p. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre, § 44.

⁵⁷⁵ Cour EDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c./ Italie*, req. n° 51362/09, préc., § 82.

⁵⁷⁶ Cour EDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c./ Italie*, req. n° 51362/09, préc., § 83.

ont reçu un traitement identique à celui de personnes placées dans une situation sensiblement différente, soit un couple de personnes de sexe opposé ayant décidé de ne pas se marier.

Dès lors, afin de ne pas violer la Convention, il devait être démontré que le traitement identique de personnes placées dans des situations différentes reposait sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire qu'il poursuit un but légitime. Les États contractants bénéficient d'une marge d'appréciation, mais les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement solides et convaincantes. La Cour considère que le gouvernement italien n'a pas apporté de justification objective et raisonnable et constate la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Le seul but défendu par le gouvernement étant la protection de la famille traditionnelle qui ne constitue pas un but légitime de nature à justifier le traitement discriminatoire évoqué par les requérants.

136. Malgré les critiques concernant la « *crédibilité de la comparabilité* »⁵⁷⁷ des situations, il ressort de cet arrêt que l'effectivité de la protection de la vie familiale des couples impliquant des personnes de même sexe se doit d'être respectée ce qui implique, peu importe les dispositions du droit interne, la possibilité de vivre ensemble dans l'État de leur choix. Pour autant, par la reconnaissance du droit au respect de leur vie familiale, les couples homosexuels souhaitaient aller plus loin en bénéficiant d'une protection juridique de leur union.

Sous-section 2. La reconnaissance juridique du couple homosexuel

137. Soucieux de voir leur relation juridiquement reconnue, les couples de personnes de même sexe se sont tournés vers la Cour européenne des droits de l'Homme afin que soit consacré à leur profit un droit au mariage. Pour autant, à l'heure actuelle, ce droit n'a jamais été reconnu afin de respecter la vision de l'institution propre à chaque État partie (Paragraphe 1). Les revendications n'ayant pas abouti, la reconnaissance juridique du couple homosexuel n'a eu d'autre choix que d'être envisagée par le biais d'un cadre juridique légal différent qui a, effectivement, été imposé aux législateurs nationaux (Paragraphe 2).

⁵⁷⁷ J.-P. Marguénaud, « De la nécessité de favoriser les couples homosexuels n'ayant pas pu se marier par rapport aux couples hétérosexuels n'ayant pas voulu se marier ou les paradoxes de la comparabilité », *RTD civ.*, 2016, p. 799.

Paragraphe 1. Un droit au mariage laissé à l'appréciation des autorités nationales

138. Pour l'heure, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas souhaité consacrer un droit au mariage au bénéfice des couples de même sexe. Malgré un très léger recul du concept traditionnel du mariage (I), l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe dans de nombreux États parties demeure conforme aux dispositions conventionnelles (II).

I. Le léger recul du concept traditionnel du mariage

139. La Cour européenne s'est prononcée très tôt concernant l'octroi du droit au mariage aux couples de même sexe. Sans rechercher le problème au fond, elle a tout d'abord considéré que le seul bénéfice de l'article 12 de la Convention prônant ce droit était tout simplement refusé aux couples homosexuels (A). La solution adoptée par le juge strasbourgeois était dictée par la protection traditionnelle du mariage comme fondement de la famille. Pour autant, la vision traditionnelle de l'institution du mariage a finalement pu être modifiée en matière de transsexualisme (B).

A. Le bénéfice de l'article 12 initialement refusé

140. L'affaire *Rees contre Royaume-Uni*⁵⁷⁸ en date du 17 octobre 1986 concerne un requérant britannique né de sexe féminin. Affichant un comportement masculin dès sa petite enfance, le requérant a procédé à une conversion sexuelle physique en 1974, mais apparaît toujours de sexe féminin sur les registres de l'état civil. La Cour européenne est, notamment, saisie pour violation de l'article 12 de la Convention protégeant le droit de se marier. En effet, le requérant allègue le fait qu'en vertu du droit en vigueur au Royaume-Uni, il ne peut épouser une personne de sexe féminin. La Cour européenne des droits de l'Homme souligne qu'« *en garantissant le droit de se marier l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent* »⁵⁷⁹. Ainsi, elle considère que « *le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille* »⁵⁸⁰. En outre, en s'appuyant sur l'article 12 *in fine*, elle précise que les limitations apportées par les lois nationales des États contractants au droit de se marier ne doivent pas « *le restreindre ou réduire*

⁵⁷⁸ Cour EDH, 17 oct. 1986, *Rees c./ Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, préc. V. dans le même sens : Cour EDH, 28 nov. 2006, *Parry c./ Royaume-Uni*, req. n° 42971/05, Rec. 2006-XV, *RTD civ.* 2007, p. 287, obs. J.-P. Marguénaud.

⁵⁷⁹ Cour EDH, 17 oct. 1986, *Rees c./ Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, préc., § 49.

⁵⁸⁰ Cour EDH, 17 oct. 1986, *Rees c./ Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, préc., § 49.

d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même »⁵⁸¹. La Cour, considérant que tel n'est pas le cas du Royaume-Uni, conclut à la non-violation de l'article 12 de la Convention.

141. Quatre ans plus tard, lors de l'affaire *Cossey contre Royaume-Uni*⁵⁸², la Cour européenne des droits de l'Homme se prononce dans le même sens. Les faits à l'origine de la saisine de la Cour sont similaires aux précédents. La requérante britannique est née de sexe masculin et a procédé à une conversion sexuelle. Le gouvernement britannique refuse de lui fournir un certificat de naissance lui attribuant le sexe féminin. Ainsi, elle ne peut valablement contracter un mariage avec un homme. Elle allègue alors une violation de l'article 12 de la Convention. La Cour européenne souligne l'évolution de certains États vis-à-vis de l'ouverture du mariage aux transsexuels souhaitant s'unir avec une personne de leur sexe originaire depuis l'affaire *Rees contre Royaume-Uni*⁵⁸³. Cependant, les juges n'analysent pas cette évolution comme « la preuve d'un abandon général du concept traditionnel de mariage »⁵⁸⁴. Ainsi, la Cour ne souhaite pas adopter une nouvelle interprétation de l'article 12 et continue d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage.

142. Plus de dix ans après la première affaire, la Cour européenne s'est prononcée à l'occasion de l'affaire *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni*⁵⁸⁵. Deux requérantes sont à l'origine de cette affaire dont les situations sont similaires. Il s'agit de deux citoyennes britanniques enregistrées à la naissance comme étant de sexe masculin. Conscientes de leur transsexualité, elles ont procédé à une opération de conversion sexuelle. Les requérantes se plaignent d'une violation de l'article 12 de la Convention en soulignant le fait qu'un mariage contracté avec un homme par un transsexuel opéré passé du sexe masculin au sexe féminin serait nul en droit anglais. Le gouvernement britannique refusant la modification du sexe sur le plan juridique, elles considèrent subir un préjudice en rapport avec leur droit au mariage. La Cour européenne des droits de l'Homme ne modifie pas sa position malgré l'évolution constatée dans les différents États contractants et maintient l'idée selon laquelle l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent⁵⁸⁶. La solution adoptée

⁵⁸¹ Cour EDH, 17 oct. 1986, *Rees c./ Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, préc., § 50.

⁵⁸² Cour EDH, 27 sept. 1990, *Cossey c./ Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, Rec. série A, n° 184, *JDI* 1991, p. 806, note P. Tavernier.

⁵⁸³ Cour EDH, 27 sept. 1990, *Cossey c./ Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, préc., § 40.

⁵⁸⁴ Cour EDH, 27 sept. 1990, *Cossey c./ Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, préc., § 46.

⁵⁸⁵ Cour EDH, 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham c./ Royaume-Uni*, req. n°s 22985/93 et 23390/94, Rec. p. 1998-V, D. 1998, Somm. p. 370, obs. J.-F. Renucci ; *RTDH* 1999, p. 637, note M. Levinet.

⁵⁸⁶ Cour EDH, 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham c./ Royaume-Uni*, req. n°s 22985/93 et 23390/94, préc., § 66.

par la Cour a été à juste titre qualifiée de « *marque d'immobilisme* »⁵⁸⁷ dans le droit européen des droits de l'Homme.

143. Il apparaît alors que le seul bénéfice de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme est refusé, l'absence de droit au mariage en est alors évidente. Si l'évolution en matière de transsexualisme a pu servir d'indice sur un éventuel changement en faveur des couples de même sexe eu égard à la protection au titre du droit au respect de la vie familiale, il s'est posé la question de savoir s'il en serait de même concernant le droit au mariage.

B. Le droit au mariage accordé aux transsexuels

144. La Cour européenne des droits de l'Homme opère un revirement de jurisprudence et procède à « *une avancée notable des droits des transsexuels* »⁵⁸⁸ à l'occasion des célèbres affaires *I. contre Royaume-Uni*⁵⁸⁹ et *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*⁵⁹⁰ en date du 11 juillet 2002. Les faits à l'origine des deux affaires sont similaires. Il s'agit de deux ressortissantes britanniques respectivement nées en 1955 et en 1937. Les requérantes sont des transsexuelles opérées passées du sexe masculin au sexe féminin. Elles allèguent une violation de la Convention européenne en raison de la situation juridique des transsexuels au Royaume-Uni et, en particulier, l'absence de reconnaissance juridique de leurs nouvelles identités. Elles invoquent, en conséquence, une violation de l'article 12 consacrant le droit de se marier du fait de l'absence de changement de sexe à l'état civil.

Après avoir admis la reconnaissance de la nouvelle identité des transsexuels⁵⁹¹, la Cour européenne se prononce à propos de l'application de l'article 12 de la Convention à ces derniers. La Cour observe que l'article 12 garantit le droit fondamental de se marier et de fonder une famille et considère que « *l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant* »⁵⁹² ne saurait le priver du droit au mariage. Elle rappelle que le droit de se marier obéit aux lois nationales des États contractants, mais « *les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance*

⁵⁸⁷ J.-P. Marguénaud, « Arrêt Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni : transsexualisme et immobilisme », *RTD civ.*, 1998, p. 1001.

⁵⁸⁸ A. Gouttenoire-Cornut, « Le sexe n'est plus ce qu'il était... ou le droit des transsexuels à une vie normale », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2002, comm. 133.

⁵⁸⁹ Cour EDH, 11 juill. 2002, *I. c./ Royaume-Uni*, req. n° 25680/94, *RTD civ.* 2002, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud.

⁵⁹⁰ Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, préc.

⁵⁹¹ Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, préc. ; Cour EDH, 11 juill. 2002, *I. c./ Royaume-Uni*, req. n° 25680/94, préc. § 73.

⁵⁹² Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, préc., § 98.

même »⁵⁹³. Or, en l'espèce, le droit national retient, afin de permettre le mariage, le sexe enregistré à la naissance. Ainsi, il est permis d'épouser une personne du sexe opposé à son ancien sexe, mais la requérante « *mène une vie de femme, entretient une relation avec un homme et souhaite épouser uniquement un homme* »⁵⁹⁴, ce qui est donc impossible. La Cour considère alors qu'il est « *artificiel* »⁵⁹⁵ d'affirmer que les personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle ne sont pas privées du droit de se marier. La marge nationale d'appréciation laissée aux autorités nationales ne saurait être aussi large⁵⁹⁶. Enfin, la Cour insiste sur l'évolution de la société et les progrès de la médecine ayant profondément bouleversé l'institution du mariage depuis l'adoption de la Convention. Ainsi, elle considère que le sexe ne doit plus « *être déterminé selon des critères purement biologiques* »⁵⁹⁷. Désormais, le critère devant être pris en compte est le sexe psychologique. La Cour conclut donc à la violation de l'article 12 de la Convention et considère, dorénavant, que les transsexuels ne doivent plus être privés du droit de se marier.

145. La « *référence pour le moins ambiguë* »⁵⁹⁸ à l'article 9 de la Charte européenne des droits de l'Homme⁵⁹⁹, qui prévoit que « *le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* », dans ces deux arrêts a laissé entrevoir une éventuelle évolution dans la protection accordée aux couples homosexuels⁶⁰⁰. En effet, la Cour européenne souligne le libellé dudit article s'écartant délibérément de celui de l'article 12 de la Convention en excluant la référence à l'homme et à la femme⁶⁰¹. Certains y ont au contraire vu une insistance sur la différence de sexe comme condition de formation du mariage dans le sens où seul le sexe biologique est ici abandonné⁶⁰². Une autre porte semble ouverte en ce que la Cour dissocie mariage et procréation et note l'évolution de l'institution du mariage dans la société actuelle. Néanmoins, le droit au mariage n'a pas, pour autant, été

⁵⁹³ Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, préc., § 99.

⁵⁹⁴ Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, préc., § 101.

⁵⁹⁵ Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, préc., § 101.

⁵⁹⁶ J.-J. Lemouland, « Le droit au mariage du transsexuel », *D.*, 2003, p. 1935.

⁵⁹⁷ Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, préc., § 100.

⁵⁹⁸ A. Gouttenoire-Cornut, « Le sexe n'est plus ce qu'il était... ou le droit des transsexuels à une vie normale », art. préc.

⁵⁹⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOCE*, n° C364, 18 déc. 2000, p. 1.

⁶⁰⁰ J.-P. Marguénaud, « Transsexualisme : la Cour européenne des droits de l'Homme fait le saut de l'ange », *RTD civ.*, 2002, p. 862 ; A. Leborgne, « Arrêt Goodwin c/ Royaume-Uni : les juges de Strasbourg disent oui au mariage des transsexuels ! », *RJPF*, n° 11, 1^{er} nov. 2002.

⁶⁰¹ Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, préc., § 100 ; Cour EDH, 11 juill. 2002, *I. c./ Royaume-Uni*, req. n° 25680/94, préc., § 80.

⁶⁰² A. Gouttenoire-Cornut, « Le sexe n'est plus ce qu'il était... ou le droit des transsexuels à une vie normale », art. préc. ; J.-J. Lemouland, « Le droit au mariage du transsexuel », art. préc.

accordé aux couples de même sexe comme en témoigne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

II. Une interdiction conforme à la Convention européenne

146. Malgré une tendance libérale, nombreux sont, encore, les États européens à réserver le mariage aux seuls couples hétérosexuels. Afin de défier ce constat, la Cour européenne des droits de l'Homme a été saisie à plusieurs reprises tant sur le fondement de l'article 12 consacrant le droit au mariage (A) que sur celui de l'article 14 combiné avec l'article 8 en tant que discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le droit au respect de la vie familiale (B).

A. *La non-violation de l'article 12 de la Convention européenne*

147. Malgré une avancée notable dans la mesure où les juges strasbourgeois admettent que l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacrant le droit au mariage puisse dorénavant ne pas exclure le mariage entre personnes de même sexe (1), l'absence de consensus européen au sein des États parties ne permet pas de dégager un droit au mariage ouvert auxdits couples (2).

1. *L'ouverture de l'article 12 aux couples de même sexe*

148. L'affaire *Schalk et Kopf*⁶⁰³ a été l'occasion pour la Cour européenne des droits de l'Homme de se prononcer sur le fait de savoir si le refus d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Les requérants, s'étant heurtés au refus des autorités autrichiennes de célébrer leur union, invoquent d'une part, l'article 12 et d'autre part, les articles 8 et 14 combinés⁶⁰⁴. L'article 12 de la Convention européenne consacre le droit au mariage et énonce qu' « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Se fondant sur cet article, les requérants insistent sur le fait que la Convention européenne est considérée comme un instrument vivant que la Cour interprète à la lumière des conditions actuelles. Ainsi, ils en déduisent que l'article 12 doit être envisagé comme garantissant l'accès des couples de même sexe au mariage.

⁶⁰³ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

⁶⁰⁴ Cf. *infra* n° 153 et s.

La Cour commence par observer que les mots « *homme* » et « *femme* » employés à l'article 12 ont été choisis délibérément en tenant compte du contexte historique lors de l'adoption de la Convention. Dans les années 1950, le mariage était à l'évidence compris au sens traditionnel d'union entre deux personnes de sexe différent. Toutefois, la Cour relève tout de même que l'institution du mariage a été « *profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention* »⁶⁰⁵. Or, en s'appuyant sur ces changements considérables, la Cour conclut que « *pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes* »⁶⁰⁶.

La Cour européenne utilise « *une comparaison intéressante aux résultats un peu déconcertants* »⁶⁰⁷ entre l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose que « *le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ». La Cour avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur cet article à l'occasion de l'affaire *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*⁶⁰⁸ et avait relevé que les termes employés par ledit article s'écartent délibérément de ceux de l'article 12 de la Convention en excluant la référence à l'homme et la femme. Ainsi, l'article 9 a une portée plus large que les articles correspondants des autres instruments de protection des droits de l'Homme. La Cour européenne en déduit que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention ne doit plus « *en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé* »⁶⁰⁹.

149. Il s'agit d'une avancée majeure puisque l'article 12 peut désormais accueillir le mariage homosexuel. Pour autant, la question était de savoir si en vertu de ce constat, les États se trouvaient dans l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe sur le fondement de l'article 12 de la Convention.

2. *L'absence de droit au mariage faute de consensus européen*

150. La Cour européenne se fonde de nouveau sur l'articulation entre l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 12 de la Convention européenne. Elle relève l'importance de la référence dudit article aux lois nationales. Pour reprendre les termes de ce

⁶⁰⁵ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 58.

⁶⁰⁶ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 55.

⁶⁰⁷ J.-P. Marguénaud, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », art. préc.

⁶⁰⁸ Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, préc.

⁶⁰⁹ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 61.

dernier, le droit de se marier est garanti « *selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ». Ainsi, la Cour en déduit que l'article 9 « *laisse les États décider d'autoriser ou non le mariage homosexuel* »⁶¹⁰ afin de prendre en compte la diversité des législations de chaque pays et les « *connotations sociales et culturelles [...] susceptibles de différer notablement d'une société à une autre* »⁶¹¹. La Cour relève qu'à l'époque des faits, seuls six États contractants sur quarante-sept autorisaient le mariage entre personnes de même sexe⁶¹². Elle en déduit l'absence de consensus européen sur le mariage homosexuel et conclut que l'article 12 n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel⁶¹³.

La Cour européenne s'est « *prudemment retranchée* »⁶¹⁴ derrière les notions de consensus européen et de marge nationale d'appréciation des États. En réalité, cette argumentation « *permet d'éviter d'affronter directement le problème* »⁶¹⁵ au fond. En effet, en se fondant sur l'article 9 de la Charte d'une part, et sur l'absence de consensus européen d'autre part, la Cour européenne laisse la question en suspens. Cependant, il paraît opportun de noter, en se référant au raisonnement du juge européen, qu'une évolution est possible. Le nombre d'États ouvrant le mariage aux couples de même sexe est grandissant. Or, à suivre le raisonnement de la Cour, lorsque celle-ci considérera que le consensus est suffisant, autrement dit qu'une majorité des États auront ouvert le mariage aux couples de même sexe, il est possible d'imaginer qu'elle impose aux États contractants d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe.

151. Pour autant, à l'heure actuelle, la situation demeure comme le montrent plusieurs décisions rendues par la Cour européenne. Tout d'abord, lors de l'affaire *Hämäläinen contre Finlande*⁶¹⁶ en date du 16 juillet 2014, la Cour a rappelé que l'article 12 consacrait le concept traditionnel du mariage, soit l'union d'un homme et d'une femme. Même si un certain nombre d'États membres ont ouvert le mariage aux partenaires de même sexe, cet article ne peut être compris comme imposant pareille obligation aux États contractants⁶¹⁷.

⁶¹⁰ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 60.

⁶¹¹ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 62.

⁶¹² La Cour européenne des droits de l'Homme cite les États suivants : les Pays-Bas (en 2001), la Belgique (en 2003), l'Espagne (en 2005), la Norvège et la Suède (en 2009) et enfin le Portugal (en 2010). V. Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 27.

⁶¹³ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 63.

⁶¹⁴ E. Lagarde, « La CEDH laisse le mariage homosexuel à l'appréciation des États », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2010, comm. 143.

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ Cour EDH, 16 juill. 2014, *Hämäläinen c./ Finlande*, req. n° 37359/09, préc.

⁶¹⁷ Cour EDH, 16 juill. 2014, *Hämäläinen c./ Finlande*, req. n° 37359/09, préc.

Ensuite, dans l'arrêt *Oliari et autres contre Italie*⁶¹⁸ du 21 juillet 2015, la Cour européenne des droits de l'Homme confirme que l'article 12 de la Convention n'impose pas aux États parties au Conseil de l'Europe l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. En l'espèce, trois couples homosexuels de nationalité italienne se plaignaient, notamment, de l'impossibilité en droit italien de pouvoir se marier et en sus de la violation de l'article 12 de la Convention. La Cour relève que malgré l'évolution rapide en la matière ces dernières années, les États offrant cette possibilité ne constituent pas une majorité. Onze États parties reconnaissaient, à l'époque, le mariage homosexuel⁶¹⁹. Dès lors, relevant l'absence de consensus européen, la Cour conclut à la non-violation de l'article 12⁶²⁰.

Un an plus tard, lors de l'affaire *Chapin et Charpentier contre France*⁶²¹, la Cour réaffirme sa position. Elle insiste sur le bref laps de temps écoulé depuis les arrêts rendus dans les affaires *Hämäläinen* et *Oliari* et ne voit donc aucune raison d'aboutir à une conclusion différente⁶²². Cette solution amène à penser qu'au fil du temps, un consensus puisse se dégager influant alors sur la liberté des États contractants en ce domaine. Il est intéressant de noter que la Cour rajoute que « depuis l'introduction de la requête, la loi du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples homosexuels [...] et que les requérants sont désormais libres de se marier »⁶²³. Monsieur le Professeur Jean-Pierre Marguénaud relève qu'il serait possible d'y voir une éventuelle violation de l'article 12 dans le cas où il s'agirait d'un État n'ayant pas ouvert le mariage aux couples impliquant deux personnes de même sexe « indépendamment d'une nouvelle augmentation du degré de consensus européen »⁶²⁴. Cependant, en tenant compte des récentes décisions de la Cour européenne sur la question, il semble que cette évolution législative en droit français ne modifie pas le raisonnement du juge européen⁶²⁵.

⁶¹⁸ Cour EDH, 21 juill. 2015, *Oliari et autre c./ Italie*, req. n° 18766/11, D. 2015, p. 2160, note H. Fulchiron ; D. 2015, p. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2015, p. 615, obs. M. Rouillard.

⁶¹⁹ Les Pays-Bas (2001), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Norvège et la Suède (2009), le Portugal et l'Islande (2010), le Danemark (2012), la France et le Royaume-Uni (2013), le Luxembourg (2014).

⁶²⁰ Cour EDH, 21 juill. 2015, *Oliari et autre c./ Italie*, req. n° 18766/11, préc., §§ 192-194.

⁶²¹ Cour EDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c./ France*, req. n° 40183/07, *AJ fam.* 2016, p. 391, obs. F. Berdeaux-Gacogne ; *JCP* 2016, p. 760, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2016, p. 590, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2016, p. 797, obs. J.-P. Marguénaud.

⁶²² Cour EDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c./ France*, req. n° 40183/07, préc., § 39.

⁶²³ Cour EDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c./ France*, req. n° 40183/07, préc., § 39.

⁶²⁴ J.-P. Marguénaud, « L'épilogue européen du « mariage de Bègles » : l'article 12 de la CEDH ne confère toujours pas le droit de se marier aux couples de personnes de même sexe », *RTD civ.*, 2016, p. 797.

⁶²⁵ F. Berdeaux-Gacogne, « Mariage gay : l'interdiction antérieure à la loi du 17 mai 2013 n'était pas discriminatoire », *AJ fam.*, 2016, p. 391.

152. Il semble s'agir d'une solution provisoire, « *une vision purement arithmétique des choses* »⁶²⁶. À étudier de plus près la jurisprudence de la Cour, il est fort probable que dès que le consensus sera à son sens caractérisé, autrement dit qu'une majorité des États parties aura ouvert le mariage aux couples de même sexe, la situation sera inversée. Les États n'ayant pas admis le mariage au bénéfice des couples de même sexe ou ne le souhaitant pas seront dans l'obligation de le faire. N'ayant pas obtenu gain de cause sur le fondement de l'article 12, les requérants homosexuels désireux de se marier ont invoqué l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

B. La non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention européenne

153. Lors de l'affaire *Schalk et Kopf contre Royaume-Uni*⁶²⁷, les requérants invoquent également une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. Ils se plaignent d'avoir subi une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle au motif que le droit de se marier leur a été refusé. La Cour commence par rappeler la définition de la discrimination, soit une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Néanmoins, cette distinction ne sera discriminatoire que si elle manque de justification objective et raisonnable. La Cour relève en se fondant sur une jurisprudence classique que « *les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves* »⁶²⁸.

La première question à laquelle devait répondre la Cour était donc de savoir si les couples de sexe différent d'une part, et de même sexe d'autre part, étaient placés dans une situation similaire. Elle répond par la positive en soulignant simplement que « *les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables* »⁶²⁹. Ainsi, leur situation est comparable à celle d'un couple hétérosexuel quant à « *leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation* »⁶³⁰. Les situations étant similaires, la seconde interrogation peut alors se poser. Il s'agit de déterminer si la différence de traitement quant à l'accès au mariage est justifiée. Les requérants invoquent que, faute de pouvoir être déduit de l'article 12, le droit au mariage homosexuel peut l'être de

⁶²⁶ J.-R. Binet, « Droits de l'homme : le mariage homosexuel, non ; l'union civile, oui ! », *Dr. fam.*, n° 12, déc. 2015, repère 11.

⁶²⁷ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

⁶²⁸ V. notamment : Cour EDH, 24 juill. 2003, *Karner c./ Autriche*, req. n° 40016/98, préc. ; Cour EDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c./ Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96, préc.

⁶²⁹ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 99.

⁶³⁰ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 99.

l'article 14 combiné avec l'article 8. La Cour affirme quant à elle que « *la Convention forme un tout, de sorte qu'il y a lieu de lire ses articles en harmonie les uns avec les autres* »⁶³¹. Or, l'article 12 n'imposant pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, les articles 14 et 8 combinés, dont « *le but et la portée sont plus généraux, ne sauraient être compris comme imposant une telle obligation* »⁶³². Par conséquent, la Cour conclut à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. La Cour européenne utilise sa jurisprudence antérieure « *en faveur d'une lecture globale de la Convention* »⁶³³. Le même raisonnement avait été adopté dans l'affaire *Johnston et autres contre Irlande*⁶³⁴ pour empêcher le droit au divorce.

154. La Cour réitère la solution dégagée dans l'arrêt *Schalk et Kopf contre Royaume-Uni* à l'occasion de l'affaire *Hämäläinen contre Finlande*, rendue en 2014, où elle énonce que « *l'article 8 de la Convention ne peut être compris comme imposant aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels* »⁶³⁵. Puis, en 2016, lors de l'affaire *Chapin et Charpentier contre France*, la Cour européenne adopte à nouveau la même solution en rappelant que « *les États demeurent libres au regard de l'article 14 combiné avec l'article 8 de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels* »⁶³⁶.

155. Les couples homosexuels, n'ayant pas obtenu gain de cause concernant un éventuel droit au mariage, le souci de reconnaissance et de protection juridique de ces derniers restait entier. Ainsi, les demandes se sont orientées vers l'instauration de partenariats civils afin d'aboutir *a minima* à leurs attentes.

Paragraphe 2. Un droit à la mise en place d'un cadre juridique imposé aux autorités nationales

156. La Cour européenne des droits de l'Homme, fortement attachée à la notion de consensus européen, en ce qui concerne les droits reconnus aux couples homosexuels va procéder par étapes (I) avant de consacrer l'obligation positive⁶³⁷ de mettre en place un cadre

⁶³¹ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 101.

⁶³² Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 101.

⁶³³ H. Fulchiron, « La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même », *JCP G*, n° 41, 2010, p. 1013.

⁶³⁴ Cour EDH, 18 déc. 1986, *Johnston et autres c./ Irlande*, req. n° 9697/82, Rec. série A, n° 112.

⁶³⁵ Cour EDH, 16 juill. 2014, *Hämäläinen c./ Finlande*, req. n° 37359/09, préc.

⁶³⁶ Cour EDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c./ France*, req. n° 40183/07, préc., § 48.

⁶³⁷ L'obligation positive met à la charge des autorités d'un État le devoir de prendre des mesures en vue de sauvegarder les droits de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cf. *infra* n° 164 et s.

juridique aux couples homosexuels permettant leur protection et leur reconnaissance juridique (II).

I. Les prémices de l'obligation à la mise en place d'un cadre juridique

157. La reconnaissance juridique du couple homosexuel par le biais d'un statut légal n'était, initialement, pas envisagée par la Cour européenne des droits de l'Homme qui reconnaissait, certes, le caractère évolutif des législations nationales, mais retenait, tout de même, l'absence de consensus européen (A). Pour autant, le principe de non-discrimination consacré à l'article 14 de la Convention va finalement permettre d'entrevoir un éventuel revirement de jurisprudence (B).

A. L'absence d'obligation faute de consensus européen

158. Dans le cadre de l'affaire *Schalk et Kopf contre Royaume-Uni*, les requérants se plaignaient sur le fondement des articles 8 et 14 combinés de ne disposer d'aucun moyen juridique de faire reconnaître leur relation jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré⁶³⁸. La Cour européenne relève qu'à l'époque des faits les requérants ne disposaient effectivement d'aucune possibilité de faire reconnaître leur relation en droit autrichien, et ce jusqu'au 1^{er} janvier 2010, date d'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré⁶³⁹. Cependant, en rappelant sa jurisprudence antérieure⁶⁴⁰, la Cour note que dans une affaire tirant son origine d'une requête individuelle, il lui faut « *se borner autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas concret dont on l'a saisie* »⁶⁴¹. En l'occurrence, les requérants pouvant désormais conclure un partenariat enregistré, il n'est pas opportun de rechercher si l'absence de reconnaissance juridique des couples homosexuels aurait emporté violation de la Convention.

Encore fallait-il examiner si l'État défendeur n'aurait pas dû fournir aux requérants un autre mode de reconnaissance juridique de leur relation plus tôt. La Cour considère qu'il s'agit d'un « *secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les États doivent bénéficier*

⁶³⁸ Royaume-Uni, L. sur le partenariat enregistré, *JO* (Bundesgesetzblatt), n° 135/2009, vol. I, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010 qui dispose en son article 2 : « *Un partenariat enregistré ne peut être conclu que par deux personnes de même sexe (partenaires enregistrés). Ces personnes s'engagent ainsi à nouer une relation durable comportant des droits et obligations mutuels.* ».

⁶³⁹ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 102.

⁶⁴⁰ Cour EDH, 18 déc. 1987, *F. c./ Suisse*, req. n° 11329/85, Rec. série A, n° 128, § 31.

⁶⁴¹ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 103.

d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives »⁶⁴². Même si la Cour souligne l'évolution rapide au cours de la dernière décennie, les États offrant une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas la majorité. Ainsi, la Cour conclut que la loi autrichienne mettant en place le partenariat enregistré participe à la construction du consensus européen naissant. De plus, en s'appuyant sur l'affaire *Petrovic contre Autriche*⁶⁴³, elle considère que bien qu'il ne soit pas « à l'avant-garde, le législateur autrichien ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir créé plus tôt la loi sur le partenariat enregistré »⁶⁴⁴.

159. En l'occurrence, les requérants reprochaient au législateur autrichien de n'avoir mis en place aucun substitut au mariage afin de permettre aux couples de personnes de même sexe de faire reconnaître juridiquement leur relation. En effet, le mariage leur étant fermé, leur couple ne pouvait être légalement reconnu. L'inertie du législateur n'a pas été sanctionnée faute de consensus, la solution aurait pu être différente si le législateur avait, au contraire, mis en place un nouveau statut légal, mais en le réservant aux seuls couples hétérosexuels, à l'exclusion des couples homosexuels.

B. La reconnaissance d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

160. La loi n° 3719/2008 intitulée « *Réformes concernant la famille, les enfants et la société* » est entrée en vigueur le 26 novembre 2008, en Grèce. Elle a institué, dans cet État, une forme officielle de partenariat autre que le mariage, le « *pacte de vie commune* ». Le législateur a pris le soin de préciser en son article 1^{er} qu'un tel pacte ne peut être conclu que par deux personnes majeures de sexe opposé. Cette nouveauté a pour but de reconnaître une réalité sociale, soit la vie commune hors mariage et de permettre aux intéressés d'inscrire leur relation dans un cadre juridique plus souple que celui du mariage. À la suite de l'entrée en vigueur de cette loi, plusieurs couples stables de personnes de même sexe - cohabitant ou non - résidant à Athènes se sont plaints du caractère discriminatoire de cette nouvelle législation à l'occasion de l'affaire *Vallianatos et autres contre Grèce*⁶⁴⁵ en date du 7 novembre 2013. Les requérants se fondent sur les articles 8 et 14 combinés de la Convention et considèrent que le fait que le « *pacte de vie commune* » exclut les couples de personnes de même sexe porte atteinte à leur

⁶⁴² Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 105.

⁶⁴³ Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c./ Autriche*, req. n° 20458/92, préc., § 41.

⁶⁴⁴ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 106.

⁶⁴⁵ Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. nos 29381/09 et 32684/09, préc.

droit à la vie privée et familiale et opère une discrimination injustifiée entre les couples hétérosexuels et homosexuels.

Conformément à sa jurisprudence antérieure⁶⁴⁶, la Cour européenne considère que les relations unissant les requérants relèvent de la notion de vie privée ainsi que de celle de vie familiale, et ce même en l'absence de cohabitation, au sens de l'article 8⁶⁴⁷. La Cour ayant déjà considéré que l'orientation sexuelle relève de l'article 14 même si elle ne figure pas expressément sur la liste des critères de discrimination⁶⁴⁸, elle conclut à l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 en l'espèce. La Cour rappelle que les différences de traitement, qui concernent des personnes placées dans des situations comparables, doivent être justifiées par des raisons particulièrement solides et convaincantes⁶⁴⁹ et que la marge d'appréciation des États est étroite en ce domaine⁶⁵⁰. Les différences ne sauraient être uniquement dictées par l'orientation sexuelle⁶⁵¹. En l'espèce, la Cour considère sans difficulté que la situation des requérants est comparable à celle d'un couple hétérosexuel souhaitant conclure un « *pacte de vie commune* » en vertu de la loi grecque. En effet, ceux-ci sont au même titre que les couples hétérosexuels capables de s'engager dans une relation stable et peuvent ressentir le même besoin de reconnaissance et de protection juridique de leur relation de couple⁶⁵². Or, la Cour note que la loi grecque réserve expressément le bénéfice du « *pacte de vie commune* » aux couples de sexes différents. En excluant tacitement les couples de même sexe, la loi introduit une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle.

Dès lors, la Cour se devait de vérifier si la différence de traitement instaurée par la loi de 2008 entre couples de même sexe et de sexe différent était légitime et proportionnée. Quant au caractère légitime, tout d'abord, la Cour relève que le but du législateur était de prendre des mesures pour encadrer la situation des enfants nés hors mariage et aussi renforcer indirectement l'institution du mariage au sein de la société grecque en promouvant l'idée que la décision de se marier serait prise uniquement sur la base de la volonté d'engagement mutuel de deux personnes, indépendamment de contraintes extérieures ou de la perspective d'avoir un enfant. En l'occurrence, le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme et l'intérêt de

⁶⁴⁶ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc., § 94.

⁶⁴⁷ Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. n°s 29381/09 et 32684/09, préc., § 73.

⁶⁴⁸ Cour EDH, 21 déc. 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c./ Portugal*, req. n° 33290/96, préc.

⁶⁴⁹ V. par exemple : Cour EDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c./ Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96, préc., § 90 ; Cour EDH, 24 juill. 2003, *Karner c./ Autriche*, req. n° 40016/98, préc., § 37.

⁶⁵⁰ V. par exemple : Cour EDH, 24 juill. 2003, *Karner c./ Autriche*, req. n° 40016/98, préc., § 41 ; Cour EDH, 2 mars 2010, *Kozak c./ Pologne*, req. n° 13102/02, préc., § 92.

⁶⁵¹ V. par exemple : Cour EDH, 21 déc. 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c./ Portugal*, req. n° 33290/96, préc., § 36 ; Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc., § 93.

⁶⁵² Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. n°s 29381/09 et 32684/09, préc., § 78.

l'enfant constitue un motif important et légitime, au sens de l'article 8, apte à justifier une différence de traitement. Pour autant malgré cette « *curieuse* »⁶⁵³ appréciation de la Cour, cet argument ne suffit pas. Quant au caractère proportionné, ensuite, la Cour rappelle que lorsque la marge d'appréciation laissée aux États est étroite, comme en l'espèce, le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais également à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes⁶⁵⁴. La Cour souligne que la vie en commun des couples de même sexe implique « *les mêmes besoins de soutien et d'aide mutuels* »⁶⁵⁵ que ceux des couples de sexe opposé. Or, la possibilité de conclure un pacte de vie commune offrirait aux couples homosexuels « *la seule occasion en droit grec d'officialiser leur relation en la revêtant d'une forme juridique reconnue par l'État* »⁶⁵⁶. *A contrario*, les couples de sexe opposé bénéficiaient déjà en droit de la possibilité de s'unir ou de vivre en union libre. Par conséquent, la Cour européenne considère que l'État n'a pas apporté la preuve qu'il était impératif d'exclure les couples de même sexe du champ d'application de la loi de 2008 et, ne reconnaissant pas le caractère proportionné de la différence de traitement, conclut à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

À titre complémentaire, la Cour rappelle qu'une « *tendance se dessine actuellement quant à la mise en œuvre de formes de reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe* »⁶⁵⁷ au sein des États membres. À l'époque des faits, neuf États membres avaient ouvert le mariage aux personnes de même sexe et dix-sept avaient mis en place une forme de partenariat civil accessible aux couples homosexuels. Malgré l'absence de consensus européen, la Cour souligne qu'au sein des États membres ayant mis en place des formes de partenariat, la Grèce et la Lituanie sont les seuls à les réserver aux couples de sexe opposé évinçant de leur bénéfice les couples de personnes de même sexe. Ainsi, même si la Cour note, classiquement, que « *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* »⁶⁵⁸, elle semble considérer que « *les lois nouvelles qui tendent à s'adapter aux évolutions de la société ne peuvent pas le faire en marge du consensus européen* »⁶⁵⁹. Autrement dit, l'entrée en vigueur d'une législation nationale portant sur une question de société

⁶⁵³ J.-P. Marguénaud, « Le partenariat civil pour tous », *RTD civ.*, 2014, p. 301.

⁶⁵⁴ Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. n^{os} 29381/09 et 32684/09, préc., § 85.

⁶⁵⁵ Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. n^{os} 29381/09 et 32684/09, préc., § 81.

⁶⁵⁶ Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. n^{os} 29381/09 et 32684/09, préc., § 81.

⁶⁵⁷ Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. n^{os} 29381/09 et 32684/09, préc., § 91.

⁶⁵⁸ Cour EDH, 18 déc. 1987, *F. c./ Suisse*, req. n^o 11329/85, préc., § 33.

⁶⁵⁹ J.-P. Marguénaud, « Le partenariat civil pour tous », art. préc.

méconnaît la Convention européenne, si elle est « *contredite par une "tendance" évolutive suffisamment caractérisée* »⁶⁶⁰ au sein des États parties.

161. À ce stade, la Cour juge donc discriminatoire le fait de réserver le bénéfice d'un partenariat enregistré aux couples composés d'un homme et d'une femme à l'exclusion des couples de personnes de même sexe sans pour autant imposer aux États de proposer aux couples de même sexe un statut d'union civile. Pour autant, les juges strasbourgeois vont franchir une nouvelle étape en consacrant l'obligation positive d'instaurer un statut juridique au bénéfice des couples homosexuels.

II. La confirmation de l'obligation positive à la mise en place d'un cadre juridique

162. Peu de temps après avoir statué à l'occasion de l'affaire *Vallianatos*⁶⁶¹, les juges strasbourgeois franchissent une nouvelle étape. La discussion ne va plus porter sur le seul caractère discriminatoire de l'ouverture d'un partenariat aux couples hétérosexuels en excluant ceux homosexuels, mais sur l'obligation positive de mettre en place un statut juridique au profit de ces derniers (A). Cette obligation positive, finalement consacrée, va engendrer de nouvelles interrogations concernant la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales quant à l'accès à ces nouvelles unions civiles (B).

A. La nécessaire reconnaissance juridique du couple homosexuel

163. Afin d'imposer aux États parties la mise en place d'un statut juridique au profit des couples impliquant deux personnes de même sexe, la Cour européenne des droits de l'Homme a fait usage du concept des obligations positives. Après avoir présenté la notion (1), il conviendra d'en évoquer la conséquence (2).

1. La notion d'obligation positive

164. La Cour européenne des droits de l'Homme a « *pris le parti d'interpréter la Convention plutôt dans le sens permettant de réaliser effectivement son but et ses objectifs [...] que dans celui qui limiterait à leur plus simple expression les engagements des États parties* »⁶⁶². Le recours à la notion d'obligations positives est l'un des instruments illustrant

⁶⁶⁰ F. Sudre, « Exclusion des couples de même sexe du pacte de vie commune », *JCP G*, n° 49, 2 déc. 2013, p. 1281.

⁶⁶¹ Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. n°s 29381/09 et 32684/09, préc.

⁶⁶² J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 50.

« *l'objectif permanent [de la Cour de Strasbourg qui] est la recherche d'effectivité des droits de l'Homme* »⁶⁶³.

165. Monsieur le Professeur Frédéric Sudre distingue les obligations positives conventionnelles de celles d'origine prétorienne⁶⁶⁴. Les premières ont été inscrites dans la Convention européenne des droits de l'Homme dès 1950. Il s'agit de « *celle d'indemniser la victime d'une arrestation ou d'une détention réalisée dans des conditions contraires aux dispositions de l'article 5 (art. 5, § 5) ; celle de faire assister gratuitement par un avocat l'accusé qui n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur (art. 6, § 3, c) ; celle de faire assister gratuitement par un interprète l'accusé qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience (art. 6, § 3, e)* »⁶⁶⁵. « *La voie était [...] tracée, mais [...] trop étroite pour permettre l'application effective de l'ensemble des droits garantis. La Cour européenne des droits de l'Homme a donc eu l'audace de l'élargir* »⁶⁶⁶. Ainsi, la notion d'obligation positive d'origine prétorienne a été découverte à l'occasion de l'*Affaire linguistique belge*⁶⁶⁷ en date du 23 juillet 1968. Il était, essentiellement, question du refus de l'État de Belgique de créer ou de subventionner, dans la région unilingue néerlandaise, des écoles utilisant le français comme langue d'enseignement. Pour la première fois, la Cour a affirmé que malgré la formulation négative de l'article 2 du premier protocole additionnel selon lequel « *nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction* », « *on ne saurait pourtant en déduire que l'État n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit* »⁶⁶⁸.

Une dizaine d'années plus tard, la Cour européenne s'est prononcée à la faveur du célèbre arrêt *Marckx contre Belgique*⁶⁶⁹ rendu le 13 juin 1979. Il appartenait à la Cour d'examiner les dispositions du Code civil belge relatives à l'établissement de la filiation maternelle entre un enfant né hors mariage et une femme célibataire. La Cour de Strasbourg considère qu'en proclamant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8, paragraphe 1 « *signifie d'abord que l'État ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au paragraphe 2* ». Faisant référence à l'*Affaire*

⁶⁶³ B. Moutel, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français : essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, Université de Limoges, 2006, p. 51, n° 57.

⁶⁶⁴ F. Sudre, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 1995, p. 364.

⁶⁶⁵ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ Cour EDH, 23 juill. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c./ Belgique*, req. n° 1474/62, préc.

⁶⁶⁸ Cour EDH, 23 juill. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c./ Belgique*, req. n° 1474/62, préc., § 3.

⁶⁶⁹ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, req. n° 6833/74, préc.

*linguistique belge*⁶⁷⁰, la Cour poursuit en précisant que l'État « a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics [...]. Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale »⁶⁷¹. La Cour affirme, alors, que « l'État a l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal des relations entre parents et enfants »⁶⁷².

166. Dès lors, la notion d'obligations positives n'a cessé d'être utilisée par la Cour européenne afin d'imposer aux États parties « l'adoption de mesures propres à permettre la réalisation effective »⁶⁷³ des droits garantis par la Convention européenne. « Bien qu'elle se refuse à élaborer une théorie générale des obligations positives de nature à découler de la Convention, la Cour européenne fait un usage quasi systématique de la technique des obligations positives »⁶⁷⁴. De manière non exhaustive, la notion d'obligation positive a été utilisée dans le domaine du droit effectif d'accès à la justice⁶⁷⁵, du droit à un procès équitable⁶⁷⁶, du droit au respect du domicile⁶⁷⁷, du droit à la vie⁶⁷⁸, du droit à la liberté d'expression⁶⁷⁹ ou encore du droit de la propriété⁶⁸⁰. « Les obligations positives sont associées de façon constante à certains droits européens [...] et permettent d'optimiser les garanties contenues dans le texte de 1950 »⁶⁸¹. En définitive, la notion d'obligations positives implique que « l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'État ; en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif »⁶⁸², mais se doit d' « adopter des

⁶⁷⁰ Cour EDH, 23 juill. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c./ Belgique*, req. n° 1474/62, préc.

⁶⁷¹ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, req. n° 6833/74, préc., § 31.

⁶⁷² J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 56.

⁶⁷³ F. Sudre et H. Surrél, « Droits de l'Homme », *Répertoire de Droit international Dalloz*, juill. 2017 (mise à jour : avr. 2020), n° 81.

⁶⁷⁴ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 249, n° 162.

⁶⁷⁵ Cour EDH, 9 oct. 1979, *Airey c./ Irlande*, req. n° 6289/73, préc.

⁶⁷⁶ Cour EDH, 10 juill. 1984, *Guincho c./ Portugal*, req. n° 8990/80, Rec. série A, n° 81, *JDI* 1986, p. 1062, obs. P. Tavernier.

⁶⁷⁷ Cour EDH, 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c./ Espagne*, req. n° 16798/90, Rec. série A, n° 303-C, *AFDI* 1994, p. 658, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1995, p. 798-800, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RUDH* 1995, p. 112 et *JCP* 1995, I, 3823, n° 6, obs. F. Sudre ; *Gaz. Pal.* 27-28 septembre 1995, jur. 527, note J.-N. Clément ; *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 3.

⁶⁷⁸ Cour EDH, 9 juin 1998, *L.C.B. c./ Royaume-Uni*, req. n° 23413/94, *JCP* 1999, I, 105, n° 7, obs. F. Sudre.

⁶⁷⁹ Cour EDH, 29 févr. 2000, *Fuentes Bobo c./ Espagne*, req. n° 39293/98, *D.* 2001, p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud.

⁶⁸⁰ Cour EDH, 30 nov. 2004, *Oneryildiz c./ Turquie*, req. n° 48939/99, *AJDA* 2005, p. 541 et 549, chron. J.-F. Flauss ; *AJDA* 2005, p. 1133, note S. Rabiller ; *RDI* 2005, p. 98, obs. F.-G. Trébulle ; *RTD civ.* 2005, p. 422, obs. T. Revet.

⁶⁸¹ B. Moutel, op. cit., p. 52, n° 58.

⁶⁸² Cour EDH, 9 oct. 1979, *Airey c./ Irlande*, req. n° 6289/73, préc., § 25.

mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu »⁶⁸³ issus de la Convention européenne.

167. Le « caractère imprécis du contenu d'un droit favorise la construction jurisprudentielle »⁶⁸⁴. Il en va, notamment, ainsi du droit au respect de la vie privée et familiale consacré à l'article 8 de la Convention européenne⁶⁸⁵. En tant qu'« outil d'adaptation de la norme juridique conventionnelle à l'évolution des États démocratiques et libéraux européens »⁶⁸⁶, la notion d'obligation positive va être habilement utilisée par la Cour européenne afin d'imposer aux États parties la mise en place d'un statut juridique au profit des couples de personnes de même sexe.

2. L'instauration d'un statut juridique

168. La Cour européenne des droits de l'Homme franchit un pas supplémentaire à l'occasion de l'affaire *Oliari et autres contre Italie*⁶⁸⁷ en date du 21 juillet 2015. En l'espèce, trois couples homosexuels de nationalité italienne vivant ensemble depuis plusieurs années se plaignent que le droit italien ne leur permet ni de se marier, ni de contracter une autre forme d'union civile. Ils se considèrent victimes d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle. Ils allèguent la violation des articles 8 et 12 de la Convention pris seuls et combinés avec l'article 14.

La Cour commence par rappeler ses précédents jurisprudentiels, à savoir que la relation qu'entretient un couple homosexuel stable relève de la notion de vie familiale au sens de l'article 8⁶⁸⁸ et que les couples homosexuels se trouvent dans une situation comparable à celle des couples hétérosexuels pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation⁶⁸⁹. La Cour considère que la protection prévue, à l'époque des faits, par la loi italienne pour les couples homosexuels ne répond pas aux besoins fondamentaux d'un couple engagé dans une relation stable, mais aussi qu'elle manque de fiabilité. En effet, il est possible de faire enregistrer les unions homosexuelles auprès des autorités locales, mais uniquement dans une faible proportion des municipalités italiennes. En outre, lorsque cette possibilité existe, elle ne revêt qu'une valeur symbolique et ne confère aucun droit aux couples

⁶⁸³ Cour EDH, 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c./ Espagne*, req. n° 16798/90, préc., § 51.

⁶⁸⁴ F. Sudre, « L'effectivité des droits », in F. Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, op. cit., p. 22.

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ C. Madelaine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Dalloz, 2014, p. 27, n° 52.

⁶⁸⁷ Cour EDH, 21 juill. 2015, *Oliari et autres c./ Italie*, req. n° 18766/11, préc.

⁶⁸⁸ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

⁶⁸⁹ Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. nos 29381/09 et 32684/09, préc.

homosexuels. Le législateur italien a introduit, en décembre 2013, la possibilité de contracter un « *accord de cohabitation* », mais ce dernier n'a qu'une portée limitée et n'assure pas certains besoins fondamentaux indispensables à la réglementation de la relation existant au sein d'un couple uni de manière stable. De plus, il est ouvert à toute personne cohabitant avec une autre, comme des amis, des colocataires ou deux personnes dont l'une s'occupe de l'autre ce qui montre qu'il n'est pas spécialement destiné à protéger les couples. La Cour estime alors que la loi italienne n'accorde aucune reconnaissance officielle aux couples homosexuels et souligne qu'en dehors du mariage, la possibilité de conclure une union civile ou un partenariat enregistré constituerait le moyen le plus approprié pour les couples homosexuels de voir leur relation reconnue par la loi. La Cour européenne se fonde principalement sur deux éléments. D'une part, elle relève l'existence d'un besoin social en cette matière en Italie. En effet, elle note l'existence d'un conflit entre la réalité sociale des requérants, qui vivent leurs relations ouvertement dans ce pays, et le droit, qui ne les reconnaît pas officiellement. D'autre part, elle insiste sur « *la tendance européenne existante* »⁶⁹⁰ puisque 24 des 47 États membres ont adopté une loi permettant la reconnaissance juridique des couples homosexuels.

La Cour européenne conclut que l'Italie a outrepassé sa marge d'appréciation et n'a pas respecté l'obligation qui lui incombe de veiller à ce que les requérants disposent d'un cadre juridique spécifique apte à reconnaître et protéger leur union. N'ayant pas tenu compte de l'évolution de la situation en Italie et n'ayant pas appliqué la Convention de manière pratique et effective, la Cour retient la violation de l'article 8 de la Convention.

169. Il s'agit d'une étape essentielle dans la jurisprudence de la Cour européenne, la Cour érige la reconnaissance juridique et la protection des couples homosexuels par l'instauration d'un cadre juridique en véritable obligation positive alors qu'elle refusait jusqu'à présent d'imposer aux États une telle obligation. La marge d'appréciation nationale des États est « *paralysée* »⁶⁹¹ quant à la décision de principe de la reconnaissance juridique des couples homosexuels alors que la Cour européenne n'affirme pas clairement l'existence d'un consensus européen. Elle note qu'une majorité des États parties ont institué un cadre afin de reconnaître juridiquement les couples homosexuels et se prévaut d'une interprétation évolutive de la « *tendance* » européenne. Pour autant, aucun critère objectif n'est posé, il suffit que la Cour

⁶⁹⁰ F. Sudre, « Le standard du partenariat civil homosexuel », *JCP G*, n° 36, 31 août 2015, p. 927.

⁶⁹¹ E. Birden, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 2015) », *JDI*, n° 4, oct. 2016, chron. 8.

considère cette « *tendance* » suffisamment caractérisée pour que celle-ci ait une influence sur les droits internes⁶⁹².

170. Cette solution a été confirmée dans l'arrêt *Orlandi et autres contre Italie*⁶⁹³ du 14 décembre 2017. En l'occurrence, six couples homosexuels italiens se sont mariés à l'étranger, plus précisément au Canada, aux États-Unis et aux Pays-Bas. À leur retour en Italie, ils ont cherché à faire enregistrer leur mariage, mais sans succès. Depuis lors, en 2016, une loi⁶⁹⁴ est entrée en vigueur en Italie à la suite de la condamnation de cette dernière par la Cour européenne des droits de l'Homme dans le cadre de l'affaire *Oliari et autres contre Italie*⁶⁹⁵. Une nouvelle législation et de nouveaux décrets légalisant les unions civiles homosexuelles et permettant l'enregistrement comme tel des mariages contractés à l'étranger ont permis à certains de ces couples de faire reconnaître juridiquement leurs relations. Cependant, les requérants avaient saisi la Cour européenne en 2012 en invoquant notamment l'article 8. Les couples se plaignaient du refus d'enregistrement de leurs mariages contractés à l'étranger et de l'impossibilité pour eux de se marier ou d'obtenir sous une quelconque autre forme la reconnaissance légale de leur union familiale, à l'époque des faits, en Italie.

La Cour relève que les États bénéficient d'une marge d'appréciation étendue quant à la décision de permettre d'enregistrer ou non les mariages homosexuels contractés à l'étranger à condition de reconnaître une forme d'union civile⁶⁹⁶. Dès lors, en l'espèce, la Cour condamne l'Italie, sur le fondement de l'article 8, qui, à l'époque des faits, ne reconnaissait aucune forme d'union légale et qui n'a, à son sens, pas ménagé un « *juste équilibre* » entre l'intérêt général d'une part, et les intérêts particuliers d'autre part⁶⁹⁷. L'obligation d'enregistrer les mariages contractés à l'étranger n'est pas imposée aux États parties, mais uniquement à condition de permettre la reconnaissance et la protection juridique des couples homosexuels par la mise en place d'un cadre juridique. Comme le relève un auteur, « *tout est [donc] histoire de compromis* »⁶⁹⁸. Le refus d'enregistrement et l'inertie du législateur italien quant à la mise en

⁶⁹² V. en ce sens : F. Sudre, « La mystification du « consensus » européen », *JCP G*, n° 50, 7 déc. 2015, doct. 1369.

⁶⁹³ Cour EDH, 14 déc. 2017, *Orlandi et autres c./ Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, *D.* 2018, p. 446, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2018, p. 128, obs. F. Berdeaux ; *RTD civ.* 2018, p. 81, obs. A.-M. Leroyer ; *JCP G* 2018, doct. 34, chron. F. Sudre, § 6.

⁶⁹⁴ Italie, L. n° 76/2016 du 20 mai 2016 relative aux unions entre personnes de même sexe et le concubinage des autres couples, entrée en vigueur le 5 juin 2016.

⁶⁹⁵ Cour EDH, 21 juill. 2015, *Oliari et autres c./ Italie*, req. n° 18766/11, préc.

⁶⁹⁶ Cour EDH, 14 déc. 2017, *Orlandi et autres c./ Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc., § 207.

⁶⁹⁷ Cour EDH, 14 déc. 2017, *Orlandi et autres c./ Italie*, req. n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc., § 210.

⁶⁹⁸ T. Coustet, « CEDH : les États bénéficient d'une « marge d'appréciation étendue » sous conditions », *Dalloz actualité*, 21 déc. 2017.

place d'un statut légal placent les couples de même sexe dans une situation de « *vide juridique* »⁶⁹⁹ méconnaissant la réalité sociale de leur situation qu'aucune considération prédominante d'intérêt général ne pouvait justifier.

171. La solution apportée par la Cour a pu être qualifiée de confuse. L'état italien a été condamné pour deux raisons : le refus d'enregistrer les mariages homosexuels célébrés à l'étranger et l'absence de reconnaissance légale des unions entre personnes de même sexe. Or, si la seconde justification se comprend tout à fait étant donné qu'elle ne fait que confirmer celle retenue dans l'affaire *Oliari et autres contre Italie*⁷⁰⁰, la première est plus critiquable. En effet, il semble logique que dans la mesure où l'Italie n'avait mis en place aucune forme légale de reconnaissance, elle était dans l'impossibilité de permettre l'enregistrement des unions entre personnes de même sexe contractées à l'étranger. La première raison n'est donc que la conséquence de la seconde⁷⁰¹. L'absence de reconnaissance juridique des couples de même sexe aurait, en outre, suffi à condamner l'Italie sur le fondement de l'article 8.

172. Il est acquis que les législateurs nationaux des États parties sont dans l'obligation d'instaurer un cadre juridique permettant la reconnaissance et la protection juridique des couples homosexuels. Cependant, les juges strasbourgeois s'étaient, à ce stade, prononcés uniquement sur la mise en place dudit statut, sans en préciser les modalités et notamment, la marge d'appréciation nationale quant aux bénéficiaires.

B. L'accès au partenariat laissé à l'appréciation des autorités nationales

173. Les États parties sont dans l'obligation de mettre en place un moyen afin de permettre la reconnaissance et la protection juridique des couples impliquant deux personnes de même sexe, que ce dernier le soit par le biais du mariage ou d'un partenariat enregistré. Les couples hétérosexuels et les couples homosexuels ont été placés dans des situations comparables quant à leur besoin de reconnaissance juridique. Ce constat a amené des couples de sexe différent à réclamer ce dont les couples de même sexe bénéficient. En effet, certains États ont mis en place des partenariats réservés aux seuls couples homosexuels, les couples hétérosexuels y voient alors une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

⁶⁹⁹ Cour EDH, 14 déc. 2017, *Orlandi et autres c./ Italie*, req. n° 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, préc., § 209.

⁷⁰⁰ Cour EDH, 21 juill. 2015, *Oliari et autre c./ Italie*, req. n° 18766/11, préc.

⁷⁰¹ V. en ce sens : H. 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.

174. L'affaire *Ratzenböck et Seydl contre Autriche*⁷⁰² en date du 26 octobre 2017 en est une excellente illustration. En l'espèce, un couple hétérosexuel autrichien vivant une relation stable depuis plusieurs années demande à conclure un partenariat civil sur le fondement de la loi relative à celui-ci, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, en Autriche. Le maire rejette leur demande, estimant qu'ils ne répondent pas aux conditions requises puisque le partenariat civil est réservé aux couples homosexuels. Après épuisement des voies internes, les requérants se tournent vers la Cour européenne en invoquant l'article 14 combiné avec l'article 8, ils soutiennent que leur exclusion de l'accès au partenariat civil leur fait subir une discrimination fondée sur leur sexe et sur leur orientation sexuelle.

La Cour commence par admettre que les couples hétérosexuels sont placés, en principe, dans une situation similaire ou comparable à celle des couples homosexuels quant à leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation de couple⁷⁰³. Cependant, elle estime que l'ouverture du partenariat civil aux seuls couples homosexuels doit être vue dans le contexte du cadre juridique global régissant la reconnaissance des relations de couple. L'ouverture de ce statut légal a été instaurée pour fournir aux couples homosexuels une solution alternative au mariage étant donné qu'ils n'ont pas accès à cette institution⁷⁰⁴. Il s'agit de compenser l'exclusion de toute forme de reconnaissance juridique dont souffraient les couples homosexuels auparavant. En se fondant sur sa jurisprudence *Schalk et Kopf contre Royaume-Uni*⁷⁰⁵, la Cour considère que les cadres juridiques régissant les deux formes de reconnaissance de la relation visent le même but et qu'il n'existe pas entre eux de différence substantielle⁷⁰⁶. Au sens de la Cour, cet argument est confirmé par le fait que les requérants n'ont pas démontré être lésés par une quelconque différence entre les deux statuts. Ainsi, la Cour conclut à la non-violation des articles 8 et 14 combinés en ce que les requérants ne se trouvent pas une situation analogue ou comparable aux couples homosexuels qui n'ont pas le droit de se marier en Autriche et dont le bénéfice du partenariat est indispensable pour reconnaître juridiquement leur relation.

175. Par analogie à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, il est donc considéré que le bénéfice du partenariat est laissé à l'appréciation des autorités nationales. Les

⁷⁰² Cour EDH, 26 oct. 2017, *Ratzenböck et Seydl c./ Autriche*, req. n° 28475/12, *Dr. fam.* n°1, janv. 2018, comm. 1, note J.-R. Binet ; *RJPF* janv. 2018, n°1, note J. Houssier ; *Gaz. Pal.* 28 nov. 2017, n° 307d2, p. 25, note J. Andriantsimbazovina ; *D.* 2018, p. 1104, note J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Deffrénois* 22 févr. 2018, n° 133q9, p. 28, note P. Callé ; *JCP G* n° 8, 19 févr. 2018, doct. 228, note M. Lamarche.

⁷⁰³ Cour EDH, 26 oct. 2017, *Ratzenböck et Seydl c./ Autriche*, req. n° 28475/12, préc., § 31.

⁷⁰⁴ Cour EDH, 26 oct. 2017, *Ratzenböck et Seydl c./ Autriche*, req. n° 28475/12, préc., § 34.

⁷⁰⁵ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

⁷⁰⁶ Cour EDH, 26 oct. 2017, *Ratzenböck et Seydl c./ Autriche*, req. n° 28475/12, préc., § 35.

États parties ont la possibilité d'exclure les couples hétérosexuels du bénéfice du partenariat civil étant donné que l'accès au mariage leur est ouvert. *A contrario*, les couples homosexuels n'ont pas de droit au mariage dans la mesure où un autre cadre juridique est mis en place afin de reconnaître juridiquement leur relation. Cette solution confirme sans hésitation la récente jurisprudence de la Cour européenne, les autorités nationales ont l'obligation positive de proposer à tous les couples un moyen de reconnaissance juridique de leur relation. En revanche, elles conservent la liberté de réserver ces différents moyens à une catégorie de couple déterminée « *dans un esprit de complémentarité et non de stricte égalité* »⁷⁰⁷.

176. Il paraît opportun d'évoquer les arguments des requérants qui invoquaient le fait que le mariage ne leur convenait pas et qu'ils tenaient à conclure un partenariat civil qu'ils considéraient plus moderne et moins contraignant. La Cour a considéré qu'il n'existe pas de différence substantielle entre les deux modes de reconnaissance. Pour autant, comme avaient pu le relever les requérants, ni les délais légaux applicables au divorce et à la dissolution du partenariat civil, ni le nombre d'obligations découlant de l'une et l'autre institution n'étaient les mêmes. Il est loisible aux couples de préférer l'un ou l'autre des statuts. Comme le relève un auteur, il est possible de se demander si « *l'argument des requérants ne traduisait pas une aspiration des peuples européens vers un pluralisme conjugal plus affirmé* »⁷⁰⁸. La Cour semble considérer que le désir des requérants d'accéder au partenariat civil est une « *simple convenance personnelle* »⁷⁰⁹, sans pour autant se prononcer sur les différences symboliques existant entre les deux types d'unions. Cette solution démontre « *les limites de l'assimilation des couples de même sexe aux couples de sexe différent* »⁷¹⁰. Certes, ils sont dans la même situation concernant leur besoin de reconnaissance juridique, mais « *rien n'impose que le régime prévu pour les uns soit ouvert aux autres* »⁷¹¹.

⁷⁰⁷ J. Houssier, « L'union civile pour tous ? », *RJPF*, n° 1, 1^{er} janv. 2018.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ A. Gouttenoire et F. Marchadier, « *La famille dans la jurisprudence de la CEDH (juin 2016 – octobre 2017)* », *Dr. fam.*, n° 12, déc. 2017, chron. 3.

⁷¹⁰ J.-R. Binet, « Couple de sexe différent : pas de discrimination dans le refus d'accès au partenariat enregistré », *Dr. fam.*, n° 1, janv. 2018, comm. 1.

⁷¹¹ *Ibid.*

CHAPITRE II : L'ORGANISATION JURIDIQUE DE LA VIE DU COUPLE NON MARIÉ

177. Le vœu des couples impliquant des personnes de même sexe que leur statut conjugal soit reconnu juridiquement a, dans un premier temps, reçu l'aval au travers de diverses organisations juridiques de la vie de couple différentes du mariage. En effet, il devenait difficile de laisser ces relations de couple hors de la sphère juridique donc les législateurs ont pris le parti d'organiser les relations des personnes non mariées. Ces statuts conjugaux peuvent être scindés en deux catégories : les relations informelles ou cohabitations hors mariage et les relations formelles ou partenariats enregistrés.

178. Le développement de ces modes de conjugalités a créé de nouvelles difficultés en droit international privé. En effet, si l'émergence de ces nouveaux types d'unions ne fait pas de doute tant en France que dans de nombreux pays étrangers, il est nécessaire d'en dégager les règles de conflit de lois applicables et l'accueil fait par le droit du for aux situations différant du droit français. « Avec la mobilité accrue des personnes, [ces statuts conjugaux peuvent] aisément revêtir un aspect international »⁷¹². Le couple peut, en effet, être un couple mixte, les deux individus « n'ayant pas la même nationalité ou être composé de deux personnes de même nationalité mais vivant dans un État tiers »⁷¹³. Or, ces formes de vie commune ne disposent pas d'un statut global qui permettrait de les institutionnaliser au même titre que le mariage. Toute la difficulté réside donc dans les étapes de qualification et de rattachement indispensables en droit international privé afin de déterminer la loi applicable au vu de la diversité des législations internes quant à la conception de ces formes de conjugalité.

179. Dans un souci de clarté, il convient d'envisager les règles de conflit de lois applicables à la formation de la cohabitation hors mariage (Section 1) puis celles afférentes aux partenariats enregistrés (Section 2).

Section 1. La cohabitation hors mariage : une relation informelle

180. La cohabitation hors mariage s'entend comme « une relation affective stable mais informelle entre deux personnes donnant lieu à une cohabitation durable par laquelle les cohabitants se placent, volontairement ou non, en dehors de la législation applicable au mariage et envisagent une possibilité de rupture informelle »⁷¹⁴. Ce statut est à l'image de la

⁷¹² A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, *Droit international privé et droit notarial*, Ellipses, 2017, p. 57, n° 170.

⁷¹³ *Ibid.*

⁷¹⁴ G. Goldstein, « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, Tome 320, 2006, p. 96.

diversification des modes de conjugalité qui émergent depuis plusieurs années tant à l'échelle française, qu'à l'échelle mondiale. Ajoutée à cela, la mobilité internationale de plus en plus importante, la tâche des législateurs nationaux qui se doivent nécessairement d'intervenir afin de fixer des règles de droit international privé n'est pas simple. Cette difficulté se retrouve particulièrement à l'égard des cohabitations hors mariage, en principe, neutres de toute intervention législative et guidées par un caractère de liberté. Pour autant, elles impliquent un développement concernant d'une part, la détermination de la loi leur étant applicable (Sous-section 1) et d'autre part, la mise en œuvre de cette dernière (Sous-section 2).

Sous-section 1. La détermination de la loi applicable à la cohabitation hors mariage

181. La jurisprudence française a opté pour une qualification *lege fori*, selon le droit du for à l'occasion du célèbre arrêt *Caraslanis*⁷¹⁵ rendu le 22 juin 1955 par la Cour de cassation. Le fait que la qualification s'opère selon les conceptions du for ne porte guère à discussion, mais le problème ensuite est de classer la question de droit dans l'une des catégories existantes. Une attention particulière mérite d'être portée à cette étape qui s'est avérée difficile quant à la cohabitation hors mariage (Paragraphe 1). Ensuite, il convient de déterminer un facteur de rattachement conduisant à la désignation d'une loi. La technique de rattachement varie énormément selon la matière en cause : rattachement unique menant à l'application d'une seule loi, à une application distributive des lois en présence ou à une application cumulative de celles-ci d'une part, et rattachements multiples hiérarchisés, alternatifs ou encore cumulatifs d'autre part. Or, « *le choix d'un critère de rattachement ne s'effectue jamais de façon aveugle* »⁷¹⁶ et doit assurer « *la continuité des situations juridiques individuelles dans les relations internationales* »⁷¹⁷. La détermination du facteur de rattachement propre à la cohabitation hors mariage se doit de « *limiter au mieux les conséquences du phénomène de la frontière* »⁷¹⁸ ce qui la rend peu simple (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La qualification de la cohabitation hors mariage

182. En droit international privé, la mise en œuvre d'une règle de conflit de lois passe nécessairement par une opération de qualification qui constitue une étape préalable. Le

⁷¹⁵ Cass. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Rev. crit. DIP* 1955, p. 723, note H. Batiffol ; *D.* 1956, p. 73, note Ph. Chavrier ; *Journal des juristes hellènes* 1956, p. 217, note Ph. Francescakis ; *GADIP*, n° 27.

⁷¹⁶ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 185, n° 244.

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ *Ibid.*

problème du conflit des qualifications est « *celui de savoir selon quelle loi le juge doit qualifier l'objet du litige pour déterminer la loi qui lui est applicable quand les différentes lois en conflit adoptent des qualifications différentes* »⁷¹⁹. Il convient, afin de répondre à cette problématique, de préciser quel est l'objet de la qualification. Ce dernier réside dans « *la question que [...] résolvent les règles internes des lois en conflit* »⁷²⁰. Autrement dit, il s'agit de « *la situation de fait soumise au juge* »⁷²¹ ou de « *la question de droit substantiel posée* »⁷²². Monsieur le Professeur Bertrand Ancel a utilisé la notion de « *projet* » en écrivant que « *la qualification est le rapport entre l'objet de l'allégation [...] et l'objet de la prétention* »⁷²³. La solution au conflit de qualifications a été dégagée par la jurisprudence laquelle a consacré le recours à la qualification *lege fori* (I). Dans la recherche de la loi applicable à la cohabitation hors mariage, l'opération de qualification constitue une étape particulièrement complexe dans la mesure où la relation informelle en cause varie d'un État à l'autre. Ainsi, il semble qu'une qualification propre au sein du statut personnel soit la solution préconisée (II).

I. Le recours à la qualification *lege fori* en droit positif

183. Pourtant utilisée dans toutes les disciplines juridiques, la qualification en droit international privé est d'une importance particulière dans la mesure où cette matière « *pose des catégories de rattachement [...]. Dès lors, le juge qui doit déterminer la loi applicable à une institution déterminée est nécessairement conduit à classer l'institution en question dans l'une ou l'autre de ces catégories* »⁷²⁴. L'opération consiste à apposer une étiquette sur un rapport de droit en fonction de sa nature juridique⁷²⁵. La difficulté réside dans le fait que les différents systèmes juridiques en cause ne retiennent pas nécessairement la même qualification dudit rapport. Il s'agit alors de trancher le conflit de qualifications, c'est-à-dire « *l'hypothèse dans laquelle plusieurs ordres juridiques intéressés par le rapport de droit litigieux adoptent, de ce rapport, une qualification de droit international privé différente* »⁷²⁶. Le juge doit-il se référer à l'ordre juridique du for ou à l'ordre juridique étranger ? Les auteurs se sont efforcés de dégager une solution théorique à cette question. Deux principaux courants doctrinaux se sont

⁷¹⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 476, n° 291.

⁷²⁰ B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, p. 251.

⁷²¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 477, n° 291-1.

⁷²² P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 126, n° 157.

⁷²³ B. Ancel, *Les conflits de qualifications à l'épreuve des donations entre époux*, Thèse, Dalloz, 1977, n° 222 cité par H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 477, n° 291-1.

⁷²⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommères, *op. cit.*, p. 249, n° 259.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Qualification en droit international privé », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 531, 17 août 2015, n° 23.

opposés : les qualifications *lege fori* et *lege causae* auxquelles il est possible de confronter une qualification autonome (A). Après une longue abstention, la jurisprudence est finalement venue consacrer la qualification *lege fori* dans le célèbre arrêt de principe *Caraslanis*⁷²⁷ en date du 22 juin 1955 (B).

A. La méthode de qualification adéquate : la controverse doctrinale

184. La qualification *lege fori* repose sur le fait que chaque juge doit qualifier en référant à sa propre loi. Cette thèse a été découverte par Kahn en Allemagne et Bartin en France, respectivement en 1891 et en 1897. Le premier de ces auteurs a relevé la nature différente des rapports et des institutions juridiques selon les pays. Or, « *le seul moyen de sortir de l'impasse consisterait pour le juge à se reporter au seul droit des conflits de son ordre juridique et si ce droit ne donne pas une solution expresse, à la découvrir en partant des conceptions de son droit interne* »⁷²⁸. Pour Bartin, la solution est identique, le juge se doit d'appliquer la qualification de son ordre juridique⁷²⁹. Cet auteur avance un argument principal : celui de la souveraineté étatique. En effet, comme l'écrivait Bartin, « *les tribunaux de [l']État, saisis de la question de savoir quelle est la nature juridique d'un rapport de droit, et par suite de la question de savoir s'ils doivent appliquer à ce rapport leur propre loi ou bien une loi étrangère, emprunteront toujours la définition juridique de ce rapport à leur propre loi* »⁷³⁰. Autrement dit, « *les questions pour lesquelles [un État] limite sa souveraineté en acceptant que ses juges appliquent des lois étrangères ne peuvent être entendues que de la manière dont il les comprend lui-même* »⁷³¹. La thèse de la qualification *lege fori* défendue par Bartin a reçu l'aval de la majorité de la doctrine française⁷³².

185. Néanmoins, les travaux doctrinaux subséquents ne se sont pas limités à réaffirmer la qualification selon les concepts du for, mais à en approfondir les fondements. Le problème des qualifications est considéré comme « *une question d'interprétation de la règle de*

⁷²⁷ Cass. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, préc.

⁷²⁸ F. Khan, « *Gesetzeskollisionen* », *Iherings Jahrbücher*, 1891, pp. 1-143 cité par E. Fohrer-Dedeurwaerder, « *Qualification en droit international privé* », préc., n° 22.

⁷²⁹ E. Bartin, « *De l'impossibilité de parvenir à la suppression définitive des conflits de lois* », *JDI*, 1897, p. 225 et s.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 238.

⁷³¹ E. Fohrer-Dedeurwaerder, « *Qualification en droit international privé* », préc., n° 29.

⁷³² J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé*, Tome III, Sirey, 1944, p. 495 et s., n° 414 et s. ; P. Arminjon, « *Les qualifications légales en droit international privé* », *RIDLC*, 1923, p. 272 et s. ; P. Arminjon, *Précis de droit international privé*, Tome I, Dalloz, 1947, p. 309 et s. ; P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1954, p. 283 et s., n° 253 et s.

La qualification *lege fori* est également défendue par de nombreux auteurs étrangers. V. pour une liste détaillée : J. Maury, « *Règles générales des conflits de lois* », *RCADI*, Tome 57, 1936, p. 467, n° 125.

conflit »⁷³³. Or, « le sens d'une règle française ne peut être demandé qu'à la loi française »⁷³⁴. Ainsi, « pour tout juge, la loi de son for [...] détermine l'extension des catégories dont elle use, autrement dit en donne la qualification »⁷³⁵. La doctrine s'éloigne alors de la justification fondée sur l'idée de souveraineté étatique, car elle est insuffisante. « La qualification [étant] inséparable de la règle de conflit »⁷³⁶, l'argument de la souveraineté « revient à dire qu'il appartient à la France de déterminer ses règles de conflits de lois, ce qui est déjà admis »⁷³⁷. Dans la mesure où « la qualification consiste à interpréter la règle de conflit, c'est à celui qui a édicté la règle d'en fournir le sens »⁷³⁸. Un deuxième argument a été avancé afin de justifier la qualification *lege fori*. Cette dernière est « la conséquence inéluctable du caractère national des systèmes de solution de conflits de lois »⁷³⁹. En réalité, cette justification est liée au fait que la qualification consiste à interpréter la règle de conflit. En effet, « puisqu'il appartient à la règle de conflit française de désigner le droit étranger auquel elle offre la compétence, le tribunal doit, en présence d'un cas concret, délimiter le domaine d'application de la loi déclarée compétente par la règle de conflit de son pays même lorsqu'elle n'attribue pas compétence à la loi française »⁷⁴⁰. Enfin, la qualification *lege fori* est inhérente compte tenu de « la place occupée par la qualification dans le processus du raisonnement conflictuel »⁷⁴¹. La qualification est une étape nécessaire et préalable afin de déterminer la loi applicable. Ainsi, la loi étrangère n'a pas vocation à intervenir « tant qu'aucune loi n'est désignée pour régir le fond du litige, la seule loi en vertu de laquelle le juge puisse décider est celle de son for »⁷⁴². Par conséquent, « il est inconcevable que [la qualification] soit soumise à une autre loi que la *lex fori* »⁷⁴³. De plus, cet argument est renforcé par la sécurité juridique qu'il apporte. Dans la mesure où l'opération de qualification appartient au juge, « le seul rattachement dont la certitude apparaisse au moment où [elle] doit être donnée est le rattachement juridictionnel, ce qui justifie que la qualification soit faite *lege fori* »⁷⁴⁴.

⁷³³ J. Maury, *op. cit.*, p. 468, n° 125.

⁷³⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 479, n° 293.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Qualification en droit international privé », préc., n° 38.

⁷³⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 253, n° 263.

⁷⁴⁰ *Ibid.*

⁷⁴¹ *Ibid.*

⁷⁴² H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 479, n° 293.

⁷⁴³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 253, n° 263.

⁷⁴⁴ *Ibid.*

186. Dès l'époque où Bartin le défendait, l'« *isolationnisme* »⁷⁴⁵ de la qualification *lege fori* a suscité des controverses doctrinales. Ainsi, la qualification *lege causae* qui consiste « à demander la qualification au droit étranger éventuellement applicable au rapport de droit faisant l'objet du litige »⁷⁴⁶ a été défendue. En France, la thèse de la qualification *lege causae* a été émise par Despagnet. Pour ce dernier, l'argument principal en faveur de cette qualification « est que chaque loi devrait entrer en jeu avec ses propres qualifications »⁷⁴⁷. Ainsi, « le juge devrait appliquer les qualifications proposées par chacune des lois en concours, sans qu'aucun conflit ne s'élève puisque chacune a son propre domaine d'application »⁷⁴⁸. Néanmoins, cette théorie a fait l'objet de nombreuses critiques notamment le fait que la qualification *lege causae* « débouche nécessairement sur une double qualification, sur un cumul de qualifications »⁷⁴⁹. En effet, si « la volonté de respecter les qualifications de toutes les lois en concours est [...] louable [...], elle est irréalisable dans un système bilatéraliste »⁷⁵⁰. Cette qualification ne « pourrait se concevoir [que] dans un système unilatéraliste, la situation considérée étant soumise à l'ordre juridique qui la fait entrer dans champ d'application, défini par ses propres qualifications »⁷⁵¹. De plus, un autre argument défavorable à la qualification *lege causae* a été avancé par Niboyet : celui du « cercle vicieux »⁷⁵². Cette « objection [...] a été dénoncée, car elle présuppose que [la loi étrangère] est applicable, alors que son application n'est qu'éventuelle et dépend précisément de la qualification qui sera donnée »⁷⁵³. Autrement dit, « une qualification ne pourrait être demandée à une loi dont on ignore encore à ce stade, si elle sera déclarée applicable car la qualification est une condition de sa détermination qui doit, par conséquent, être résolue sans elle »⁷⁵⁴.

⁷⁴⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 254, n° 264.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ F. Despagnet, « Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques », *JDI*, 1998, p. 523 cité par B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 244, n° 268.

⁷⁴⁸ E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Qualification en droit international privé », préc., n° 42.

⁷⁴⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 254, n° 264.

⁷⁵⁰ E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Qualification en droit international privé », préc., n° 47.

Le système bilatéral a vocation à régler le conflit de lois en rattachant le rapport de droit à l'État avec lequel il entretient la proximité la plus importante, qu'il s'agisse du for ou d'un État étranger. Ainsi, la règle de conflit peut désigner indifféremment la loi du for ou la loi étrangère. Au contraire, le système unilatéral repose sur le fait que la règle de conflit de lois n'a vocation qu'à déterminer si la loi du for s'applique à une situation donnée. La méthode bilatérale est celle consacrée par le droit positif français même si des manifestations limitées d'unilatéralisme existent.

⁷⁵¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 484, n° 295.

⁷⁵² J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé*, Tome 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1947, n° 416.

L'objection du cercle vicieux a été écarté par certains auteurs en proposant de distinguer deux phases dans l'opération de qualification. V. notamment : M. Wolff, *Private international law*, Oxford, 2^{ème} éd. 1950, p. 155 ; J. Maury, *op. cit.*, p. 325 ; B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 245, n° 268 ; B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 247.

⁷⁵³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 254, n° 264.

⁷⁵⁴ E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Qualification en droit international privé », préc., n° 44.

187. Mettant en lumière les inconvénients des deux précédentes théories, la doctrine a proposé « *de s'affranchir de tout système national dans la définition des catégories : c'est-à-dire de poser, à partir de l'observation du droit comparé, des qualifications internationales* »⁷⁵⁵. Il s'agit de la thèse défendue par Rabel, lequel a soutenu que « *le juge ne devrait pas être prisonnier de la qualification par référence à une loi déterminée, mais devrait dégager, par l'utilisation de la méthode comparative, des concepts autonomes différents des concepts internes et dotés d'une portée universelle* »⁷⁵⁶. Selon cet auteur, il s'agirait de ne retenir que des « *rapports de vie* » ou des « *faits de la vie sociale* »⁷⁵⁷. Utiliser la méthode de la qualification autonome⁷⁵⁸ présente deux atouts indéniables. D'une part, elle aurait « *le mérite de supprimer les conflits de qualifications dans la mesure [...] où les juges des différents pays dégageraient les mêmes concepts* »⁷⁵⁹. D'autre part, elle permettrait « *d'éviter les risques de dénaturation d'institutions étrangères inconnues du droit du for* »⁷⁶⁰. Ainsi, cette méthode assurerait une certaine sécurité juridique étant donné que les incertitudes propres aux conflits de qualifications seraient effacées. Le projet de Rabel est certes « *séduisant* », mais « *pratiquement irréalisable, car on peut façonner des catégories juridiques abstraites dans lesquelles toutes les institutions de tous les droits nationaux viendraient s'inscrire* »⁷⁶¹. Sur le plan pratique, cette méthode relève de « *l'utopie* » dans la mesure où « *son application imposerait au juge une tâche impossible, faute d'éléments suffisants sur l'ensemble des systèmes juridiques étrangers* »⁷⁶². De plus, en admettant que cette difficulté pratique soit résolue, « *le manque de réalisme* » est affirmé, car une étude comparative des différentes législations nationales ne « *permettrait que rarement de ramener sans subjectivisme, voire sans arbitraire, les concepts à un dénominateur commun puisque, par définition, c'est lorsqu'il existe des qualifications divergentes que le conflit de qualifications se pose* »⁷⁶³. En outre, même dans l'hypothèse où ces catégories juridiques internationales seraient définies, elles « *devrai[en]t être remise[s] à jour dès lors que l'une quelconques des législations du monde aurait été modifiée* »⁷⁶⁴. Or, les réformes législatives, notamment, en droit de la famille, sont

⁷⁵⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 255, n° 263. Les auteurs font référence à l'article de Rabel : E. Rabel, « Le problème de qualification », *Rev. crit. DIP*, 1933, p. 1 et s.

⁷⁵⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 254, n° 264.

⁷⁵⁷ E. Rabel, « Le problème de qualification », art. préc. cité par B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 245, n° 269.

⁷⁵⁸ V. notamment : A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, « Qualification et concepts autonomes dans l'élaboration d'un code européen de droit international privé », in M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, P.I.E. Peter Lang, 2011, p. 319 et s.

⁷⁵⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 256, n° 265.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 245, n° 269.

⁷⁶² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 256, n° 265.

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 131, n° 166.

plus qu'importantes à l'image de la question de l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe. Pour autant, il convient de préciser que « dans le cadre de l'uniformisation du droit international privé au sein de l'Union européenne [...], les textes formulent [...] des définitions uniformes ou délimitent expressément l'objet des dispositions communes [...] afin d'assurer l'homogénéité de leur application d'un État membre à l'autre »⁷⁶⁵. Cependant, cette uniformisation est limitée à une communauté réduite, notamment la Communauté européenne.

188. Si les discussions doctrinales concernant la méthode la plus à même de régler le conflit de qualifications ont été massives, la jurisprudence française s'est, au premier abord, longuement abstenue avant de se positionner. En réalité, les tribunaux ont toujours qualifié *lege fori*⁷⁶⁶, mais il aurait fallu attendre 1955 afin que la Cour de cassation proclame clairement son adhésion à la qualification selon les concepts du for.

B. La consécration jurisprudentielle de la qualification lege fori

189. Le principe de qualification *lege fori* a été consacré par le célèbre arrêt *Caraslanis*⁷⁶⁷ en date du 22 juin 1955. En l'espèce, un mariage avait été célébré en France entre un citoyen grec et une citoyenne française. L'union a été contractée en la seule forme civile, conformément au droit français, alors que la loi grecque impose une cérémonie religieuse intégrant cette exigence au sein des conditions de fond de formation du mariage. Il s'agissait alors pour la Cour de cassation de trancher la question suivante : la célébration religieuse du mariage appartient-elle à la catégorie des conditions de fond ou de celles de forme ? Autrement dit, cette exigence doit-elle être qualifiée selon le droit français ou le droit grec ? La Cour de cassation a énoncé 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 devait être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme ». L'arrêt proclame la qualification *lege fori* « réservant à l'ordre du for, qui a édicté la règle, le soin de définir la catégorie qu'elle associe au rattachement »⁷⁶⁸. Cette solution se justifie aisément par les critiques adressées à l'égard de la qualification *lege causae*⁷⁶⁹ et « l'irréalisme de la qualification par rapport à des

⁷⁶⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 245, n° 269. Les auteurs prennent pour exemple les notions telles que « divorce » ou « obligations alimentaires ».

⁷⁶⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 256, n° 266.

⁷⁶⁷ Cass. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, préc.

⁷⁶⁸ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 249.

⁷⁶⁹ Cf. *supra* n° 186.

concepts autonomes et universels »⁷⁷⁰. La qualification *lege fori* est la seule propre à ne pas « méconnaître le système du conflit du for »⁷⁷¹ et à respecter le fait que la qualification consiste à interpréter la règle de conflit.

190. La qualification *lege fori* est assortie de tempéraments n'excluant pas nécessairement l'intervention de la loi étrangère dans l'opération de qualification. Tout d'abord, lorsque le juge français se trouve face à une institution inconnue du droit du for, il doit l'analyser « selon la loi étrangère qui est la loi organique de l'institution » afin « d'en dégager les traits essentiels qui lui permettront d'en préciser la nature »⁷⁷² et de la classer dans les catégories de la loi du for. En réalité, la qualification comporte alors deux phases : « une phase préparatoire d'analyse qui, le cas échéant, prendra en considération la loi étrangère et une phase de jugement selon la loi du for »⁷⁷³. Autrement dit, « l'État étranger caractérise ses règles, l'État du for les classe »⁷⁷⁴. Ensuite, le juge procède parfois à un élargissement des catégories de droit interne. Dans la mesure où « les objectifs du droit international privé ne sont pas ceux du droit interne, et les classifications de celui-ci ne conviennent pas nécessairement à celui-là »⁷⁷⁵, il est procédé à une déformation des catégories du droit interne « généralement dans le sens d'un élargissement pour leur permettre d'accueillir des institutions étrangères »⁷⁷⁶. Un tel élargissement a notamment été consacré en matière de mariage polygamique⁷⁷⁷. « Il en sera ainsi chaque fois que le "moule" du droit interne est trop étroit pour accueillir une institution étrangère »⁷⁷⁸. Cependant, « l'extension ne se conçoit pas sans limites, car il faut au moins que l'on retrouve dans l'institution étrangère le "noyau" du concept du for »⁷⁷⁹. Selon Batiffol, afin de parvenir à « une communauté de nature dans des institutions différentes », il convient de considérer « moins leur structure que leur fonction »⁷⁸⁰. Enfin, il convient d'évoquer le cas particulier de ce que Bartin a nommé les « qualifications en sous-ordre ». Lors de ses travaux, l'auteur a relevé une exception à la qualification *lege fori* dans le domaine du statut réel en affirmant que « chaque fois qu'il s'agit de fixer la nature mobilière ou immobilière d'un bien,

⁷⁷⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 257, n° 267.

⁷⁷¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 246, n° 270.

⁷⁷² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 260, n° 272.

⁷⁷³ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 480, n° 294.

⁷⁷⁴ L. Raape, « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé », *RCADI*, Tome 50, 1934, p. 521, n° 91.

⁷⁷⁵ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 133, n° 171.

⁷⁷⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 262, n° 273.

⁷⁷⁷ Cf. *infra* n° 201.

⁷⁷⁸ E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Qualification en droit international privé », *préc.*, n° 67.

⁷⁷⁹ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 131, n° 168.

⁷⁸⁰ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 43.

la lex situs reste souveraine, et la lex fori s'efface devant elle »⁷⁸¹. Autrement dit, « *quand le droit international privé décide que le régime des biens relève de la loi du lieu de leur situation [...], il abandonne à la lex rei sitae [...] toutes les définitions et classifications des institutions rentrant dans le groupe délimité par lui* »⁷⁸². Il est alors admis que les qualifications en sous-ordre également appelées secondaires doivent être soumises à la *lex causae* « *parce qu'elles ne commandent pas la détermination de la loi applicable* »⁷⁸³. Il ne s'agit pas, pour autant, d'une réelle exception au principe de la qualification *lege fori* car ce ne sont pas « *des qualifications internationales [...], mais des qualifications internes [...] [qui] relèvent de la lex causae [...] essentiellement parce qu'elles se situent en marge du droit international privé* »⁷⁸⁴.

191. L'émergence de nouveaux modes de conjugalité, notamment la cohabitation hors mariage, a impliqué un fort travail doctrinal afin d'apporter une qualification à celle-ci. Si la consécration de la qualification *lege fori* n'a pas été remise en cause, certains auteurs ont tenté d'utiliser des tempéraments. En réalité, la seule solution envisageable semble être celle d'une qualification propre au sein du statut personnel.

II. Une nécessaire qualification propre au sein du statut personnel

192. « *Classer une question ou une institution revient à s'interroger sur sa nature juridique dominante* »⁷⁸⁵, telle a été l'étape essentielle, mais difficile en matière de cohabitation hors mariage. L'influence de la conception interne, mais également l'adéquation du rattachement à la question soulevée⁷⁸⁶ doivent être mises en balance afin d'adopter la qualification adéquate. Ainsi, retenir une qualification en matière de cohabitation hors mariage a été une tâche ardue à tel point que le législateur français ne s'est pas emparé de la question. La doctrine s'est tournée vers les qualifications classiques afin d'y insérer les cohabitations hors mariage (A). Pour autant, il apparaît que le trait dominant mis en avant par les auteurs afin de justifier cette assimilation ne peut plus, à l'heure actuelle, être le seul pris en compte. Ainsi, la solution la plus adéquate semble être l'adoption d'une qualification propre au sein du statut personnel aux caractères prédéfinis (B).

⁷⁸¹ E. Bartin, « De l'impossibilité de parvenir à la suppression définitive des conflits de lois », art. préc., p. 247.

⁷⁸² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 263, n° 274.

⁷⁸³ *Ibid.*

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 236, n° 260.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 237 et s., n° 261 et s.

A. *L'inadéquation des qualifications classiques*

193. Le concubinage a longtemps été ignoré par le droit français. Néanmoins, par une loi du 15 novembre 1999⁷⁸⁷, le législateur français est venu apporter une définition du concubinage à l'article 515-8 du Code civil. Cette forme de conjugalité est progressivement prise en compte juridiquement tant par le droit français, que par de nombreux droits étrangers. Pour autant, les législations en la matière diffèrent énormément selon l'État en cause. Le droit international privé français s'est très peu intéressé à cette forme de vie en couple, mais au vu des flux migratoires grandissants entre la France et l'étranger, des problèmes ont pu se poser en droit international privé de la famille. Ainsi, la doctrine s'est montrée divisée quant à la qualification pouvant être retenue en matière de cohabitation hors mariage. Certains auteurs se sont tournés vers celle de fait juridique (1) alors que d'autres y ont vu la qualification de mariage (1). Pour autant, ni l'une, ni l'autre de ces thèses n'a emporté une approbation totale.

1. L'existence d'une relation de couple incompatible avec la qualification de fait juridique

194. Selon certains auteurs, la cohabitation hors mariage doit être rattachée à la catégorie des faits juridiques. Cette thèse est justifiée par le fait que l'union libre est un « événement purement matériel [qui] se traduit en droit international privé par l'absence de qualification propre »⁷⁸⁸. Il ressort de cette analyse que « le droit interne français traite les cohabitants hors mariage comme deux personnes étrangères l'une à l'autre »⁷⁸⁹. Dès lors, il est constaté que « les divers rapports juridiques qui se nouent entre les concubins sont considérés comme autant de rapports distincts, soumis chacun à la loi qui résulte de sa nature, abstraction faite de leur intégration dans une relation durable »⁷⁹⁰. Dans cette optique, la cohabitation hors mariage serait régie par la loi du lieu de sa survenance, autrement dit la loi du lieu de résidence habituelle du couple non marié⁷⁹¹. Les rares décisions judiciaires en la matière sont allées dans le même sens⁷⁹².

195. Deux atténuations à la qualification de fait juridique sont mises en avant par la doctrine. D'une part, il s'agirait d'opérer une extension de la catégorie mariage lorsque les

⁷⁸⁷ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

⁷⁸⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 627, n° 713.

⁷⁸⁹ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 41, n° 60.

⁷⁹⁰ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 417, n° 547.

⁷⁹¹ G. Goldstein, « La cohabitation hors mariage en droit international privé », préc., p. 162 ; H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 2, LGDJ, 7^{ème} éd., 1983, n° 417.

⁷⁹² V. TGI Paris, 21 nov. 1983, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 628, note P. Lagarde. V. aussi : TGI Aix-en-Provence, 26 sept. 1997, *Dr. fam.* 1998, comm. 128, note H. Fulchiron.

dispositions matérielles de la loi étrangère nationale commune des concubins prévoient un statut légal de la cohabitation hors mariage conférant une stabilité et des effets proches du mariage⁷⁹³. D'autre part, la cohabitation hors mariage pourrait rejoindre celle de statut personnel lorsque la loi étrangère compétente en vertu du droit international privé français renvoie à une autre loi « *en tant que loi du concubinage : il y aurait renvoi de qualification ; son acceptation opérerait comme un correctif à la conception du pur fait* »⁷⁹⁴.

196. Cette thèse a pu se justifier par le fait que la cohabitation hors mariage « *exprime souvent le choix d'un mode d'existence aussi libéré que possible des contraintes législatives* »⁷⁹⁵. Autrement dit, il s'agirait d'un choix des individus de vivre en union libre et de ne pas adhérer à un statut légal tel qu'un partenariat enregistré ou un mariage. Ainsi, afin de respecter ce désir, il semblait opportun de ne pas leur appliquer les mêmes rattachements que ceux retenus pour les autres formes de conjugalités. Pour autant, cette théorie ne tient pas compte des personnes ne pouvant pas adhérer à un autre statut. L'exemple le plus propice concerne les couples de personnes de même sexe. À l'heure où les discussions doctrinales étaient à leur apogée, dans la plupart des sociétés occidentales, l'accès au partenariat enregistré et *a fortiori* au mariage était légalement fermé aux couples homosexuels⁷⁹⁶.

197. Même si la thèse de la qualification fait juridique a été soutenue pendant de nombreuses années, elle s'est avérée inadaptée au vu de l'évolution des législations internes de nombreux États. Il paraissait impossible de ne pas tenir compte de la relation de couple. Le législateur français est intervenu par une loi du 15 novembre 1999⁷⁹⁷ afin d'apporter une définition de la cohabitation hors mariage en droit interne. Le concubinage est défini à l'article 515-8 du Code civil comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ». Or, cet article a été intégré dans le livre premier du Code civil « *Des personnes* » au côté des institutions du droit de la famille et des personnes. La place accordée à ce nouvel article est « *particulièrement éclairante* »⁷⁹⁸ quant à la nature de la cohabitation hors mariage étant donné que « *le fait qu'une question donnée soit exposée dans*

⁷⁹³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 428, n° 446. Les auteurs utilisent à titre d'exemple l'union libre prévue et réglementée par le Code civil gabonais de 1972 (art. 377 à 388).

⁷⁹⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 627, n° 713.

⁷⁹⁵ P. Lagarde, « Compte rendu d'un article de M. P. Sarcevic (« Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft im internationalen privatrecht- unter besonderer Berücksichtigung der jugoslawischen Teilrechte », Das Standesamt, 1981, pp. 176-182) », *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 831.

⁷⁹⁶ V. en ce sens : G. Goldstein, « La cohabitation hors mariage en droit international privé », préc., p. 163.

⁷⁹⁷ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

⁷⁹⁸ A. Devers, « Couple non marié », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 546-60, 9 déc. 2010 (mise à jour par G. Kessler le 16 févr. 2018), n° 67.

telle partie du droit civil ou réglementée dans tel chapitre d'un code peut être considéré comme une présomption de sa qualification aux fins des conflits de lois »⁷⁹⁹. Aussi, il a été relevé que même « s'il est vrai que le concubinage reste une situation de fait, il n'en demeure pas moins que son insertion au Livre 1^{er} du Code civil ne fait que révéler son étroite parenté avec les autres types d'union de deux personnes en vue d'une vie en commun »⁸⁰⁰. Ainsi, il paraît légitime de penser que la volonté du législateur était de rattacher l'union libre au statut personnel.

198. De plus, les termes utilisés à l'article 515-8 du Code civil sont également un élément à prendre en compte afin de ne pas adhérer à la qualification de fait juridique. Il ressort dudit article que l'union est caractérisée par une communauté de vie stable et continue entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe ce qui « milite en faveur de cette extension et de l'intégration de l'institution, voire du concubinage homosexuel à la catégorie du statut personnel »⁸⁰¹. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs insisté sur ce point en précisant que « la notion de concubinage peut s'appliquer indifféremment à un couple formé par des personnes de sexe différent ou de même sexe »⁸⁰². Ainsi, Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron note que le couple homosexuel « n'en constitue pas moins un couple : que si l'on refuse de parler de relations familiales, du moins s'agit-il de relations personnelles »⁸⁰³. Il est à noter qu'à l'époque de l'adoption de la définition du concubinage, la Cour européenne ne retenait pas l'existence d'une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne à l'égard des couples de personnes de même sexe, mais seulement une protection au titre de la vie privée⁸⁰⁴. Pour autant en se fondant sur les seuls termes employés par l'article 515-8 du Code civil, il paraissait déjà illusoire de ne pas retenir le caractère personnel de la cohabitation hors mariage.

199. L'analyse de la nature de la relation de deux personnes cohabitant hors mariage montre la limite résidant dans la qualification fait juridique. Or, pour les besoins du droit international privé, une qualification doit nécessairement être retenue. Ainsi, il convient de déterminer la place de la cohabitation hors mariage au sein du statut personnel. Certains auteurs se sont alors tournés vers la qualification de mariage.

⁷⁹⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 627, n° 713.

⁸⁰⁰ H. Chanteloup, « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », *Gaz. Pal.*, 3 oct. 2000, p. 4.

⁸⁰¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 428, n° 446.

⁸⁰² Cons. Const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, préc., consid. 85.

⁸⁰³ H. Fulchiron, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI*, 2000, p. 889.

⁸⁰⁴ Cf. *supra* n° 53 et s.

2. *Le concubinage homosexuel incompatible avec l'élargissement de la catégorie mariage*

200. Madame le Professeur Hélène Gaudemet-Tallon a relevé que le concubinage est « *une situation qui, même si les intéressés s'en défendent, est plus proche du mariage que de toute autre catégorie connue* »⁸⁰⁵. Elle en conclut que « *pour les besoins du droit international privé, il convient de ranger l'union libre dans la catégorie mariage* »⁸⁰⁶ en élargissant cette dernière. D'autres auteurs sont allés dans le même sens ; par exemple, Madame le Professeur Hélène Chanteloup considère qu'il serait souhaitable que le concubinage défini à l'article 515-8 du Code civil soit inséré dans la catégorie de rattachement lui étant la plus proche, soit celle du mariage⁸⁰⁷. Monsieur le Professeur Georges Khairallah a utilisé la formule suivante qui pourrait justifier l'élargissement de la catégorie mariage, il note que « *depuis longtemps, le droit international privé fait l'expérience de l'élargissement des catégories du droit interne pour y accueillir des institutions étrangères voisines. C'est que la catégorie mariage a pu accueillir la polygamie du droit musulman ou israélite* »⁸⁰⁸.

201. L'élargissement des catégories du for permet aux autorités françaises de qualifier une institution étrangère inconnue en la rapprochant d'un concept de droit interne. Pour autant, la thèse de l'élargissement de la catégorie mariage semble incompatible avec le concubinage homosexuel. L'analogie avec le traitement du mariage polygamique a pu séduire, mais elle est pour autant critiquable. En effet, « *l'élargissement des catégories du for ne joue que si la confrontation des institutions - de droit interne et étrangères - démontre qu'elles ont une nature commune* »⁸⁰⁹. Or, l'élargissement de la catégorie mariage a pu se concevoir concernant l'union polygamique car elle « *reste avant tout une union hétérosexuelle* »⁸¹⁰. Il s'agit « *d'un lien institutionnalisé et socialité entre personnes de sexe différent* »⁸¹¹.

202. Or, il en va différemment du concubinage homosexuel. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013⁸¹² ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, en droit interne français, le mariage était l'union d'un homme et d'une femme. Il a été relevé qu'« *un mariage international doit nécessairement être, dans une certaine mesure tout au moins, dans l'optique*

⁸⁰⁵ H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, Tome 226, 1991, n° 166.

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ H. Chanteloup, « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », art. préc.

⁸⁰⁸ G. Khairallah, « Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999) », *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 317.

⁸⁰⁹ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 94, n° 145.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 96, n° 146.

⁸¹¹ B. Ancel, « Qualification », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 1998 (mise à jour : mars 2009), n° 44.

⁸¹² L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

de la conception de l'union conjugale en droit civil »⁸¹³. Ainsi, l'équivalence des sexes semble être une entrave à l'élargissement de la catégorie mariage afin d'y inclure le concubinage qui est parfois homosexuel. Le fait d'élargir la catégorie mariage aux concubinages homosexuels « amènerait le juge à admettre, par le truchement du droit international privé, l'existence du mariage homosexuel en droit français »⁸¹⁴. De plus, comme le relève Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, le concubinage que l'on assimile par extension au mariage « ne l'est ni dans le droit du pays d'accueil, ni dans celui du pays où est née l'union »⁸¹⁵ à tel point que cette assimilation « paraît en soi illogique »⁸¹⁶.

203. L'élargissement des catégories du for est un instrument qui doit respecter les définitions et conceptions du droit interne. Or, le mariage homosexuel n'était absolument pas envisageable à l'époque. Ainsi, il paraissait difficile d'admettre que le concubinage homosexuel puisse être rangé dans la catégorie par élargissement. Étant donné que le concubinage ne peut être classé dans aucune catégorie de droit international privé existante, il paraîtrait opportun de créer une qualification propre au sein du statut personnel.

B. Une qualification propre aux caractères prédéfinis

204. Afin de créer une nouvelle catégorie propre au sein du statut personnel, il convient d'envisager la cohabitation hors mariage à l'aune du droit comparé. Relation variable d'une législation à l'autre, cette étude permet de dégager les éléments constitutifs de ce qui constituera cette nouvelle catégorie. À ce propos, Rabel a précisé qu'une « tâche importante consiste à ranger les phénomènes juridiques, en prenant pour base la méthode comparatiste »⁸¹⁷ ce qui permet de dégager les caractéristiques prépondérantes. Ainsi, la cohabitation hors mariage doit nécessairement présenter un caractère de stabilité (1) et ce peu importe qu'elle soit hétérosexuelle ou homosexuelle (2).

1. Une cohabitation de fait empreinte de stabilité

205. La cohabitation hors mariage correspond à la situation où deux personnes vivent en couple en dehors de tout cadre légal préétabli. Les différentes législations sont extrêmement variées en ce qui concerne cette forme de conjugalité⁸¹⁸. Pour autant, l'un des critères communs

⁸¹³ P. Graulich, *Introduction à l'étude de droit international privé*, éd. Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1978, p. 42, n° 20.

⁸¹⁴ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, *op. cit.*, p. 96, n° 146.

⁸¹⁵ H. Fulchiron, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », art. préc.

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ E. Rabel, « Le problème de qualification », *Rev. crit. DIP*, 1933, p. 1 et s.

⁸¹⁸ V. J. Pousson-Petit, « Concubinages : Une approche comparative des droits européens et américains », in J. Rubellin-Devichi (dir.), *Les concubinages. Approche socio-juridique*, *op. cit.*, p. 165 et s., spéc. p. 165.

à la majorité des droits internes est celui de la cohabitation. Ainsi, la loi portugaise définit l'union de fait comme la situation juridique de deux personnes qui vivent dans des conditions identiques à celles des conjoints⁸¹⁹. En Norvège, la loi du 4 juillet 1991, en son article premier, exige également une cohabitation⁸²⁰. La même exigence est posée par le législateur suédois dans la loi du 14 mai 1987 sur la cohabitation maritale qui définit les cohabitants comme deux personnes qui habitent ensemble de façon permanente, dans une relation de couple, et ont un domicile commun⁸²¹. Également, en Espagne⁸²², la loi catalane⁸²³ prévoit que l'union stable est la relation d'un homme et d'une femme qui ont vécu maritalement.

206. En outre, la relation informelle doit se matérialiser par une cohabitation stable et durable, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas apparaître « *occasionnelle ou trop précaire* »⁸²⁴. De nombreux législateurs exigent une durée minimale pour que les relations de fait soient prises en compte par la loi. À titre d'exemple, la loi de la Navarre⁸²⁵ impose une relation d'au moins un an. Les lois colombienne⁸²⁶, équatorienne⁸²⁷, portugaise⁸²⁸ et norvégienne⁸²⁹ nécessitent, quant à elles, une cohabitation d'une durée minimale de deux ans. Parfois, les législateurs prennent en compte le fait que le couple ait eu un enfant commun afin de supprimer le délai imposé considérant qu'il s'agit d'un signe de la stabilité et de la durabilité de la relation. Ainsi, les lois norvégienne⁸³⁰ et catalane⁸³¹ renoncent au délai de deux ans de cohabitation, en principe exigé afin de caractériser la relation d'union de fait, lorsque les cohabitants ont eu enfant commun. D'autres législateurs n'ont fixé aucune durée minimale de cohabitation. L'article 515-8 du Code civil français en est le premier exemple en définissant simplement le concubinage comme une union de fait présentant un caractère de stabilité et de continuité. Par stabilité⁸³², il

⁸¹⁹ Portugal, L. n° 7/2001 du 11 mai 2001 portant mesures de protection des unions de fait, art. 1^{er}.

⁸²⁰ Norvège, L. n° 45 du 4 juill. 1991, art. 1^{er}.

⁸²¹ Suède, L. n° 232 du 14 mai 1987, art. 1^{er}.

⁸²² En Espagne, l'article 149-1-8 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 reconnaît aux Communautés autonomes la possibilité de procéder à la « *préservation, modification et développement des droits civils, régionaux ou spéciaux là où ils existent* », sans qu'elles soient soumises à d'autres limitations dans leurs compétences législatives que celles retenues comme relevant exclusivement de la compétence de l'État dans ce même article de la Constitution. V. sur ce point : M.-P. Garcia Rubio et E. Llamas Pombo, « Espagne. Droit civil. Statut personnel. Mariage. Divorce et séparation. Régimes matrimoniaux. Filiation. Obligations alimentaires », *J.-Cl. Droit comparé*, 3 mars 2009, n°s 1-3.

⁸²³ Catalogne, L. n° 10 du 15 juill. 1998, art. 1^{er}.

⁸²⁴ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé, op. cit.*, p. 106, n° 166.

⁸²⁵ Navarre, L. n° 6 du 3 juill. 2000, art. 2.

⁸²⁶ Colombie, L. n° 54 du 28 déc. 1990, art. 2.

⁸²⁷ Equateur, L. n° 115 du 29 déc. 1982, art. 1^{er}.

⁸²⁸ Portugal, L. n° 7/2001 du 11 mai 2001, art. 1^{er}.

⁸²⁹ Norvège, L. n° 45 du 4 juill. 1991, art. 1^{er}.

⁸³⁰ Norvège, L. n° 45 du 4 juill. 1991, art. 1^{er}.

⁸³¹ Catalogne, L. n° 10 du 15 juill. 1998, art. 1^{er}.

⁸³² La jurisprudence française apprécie au cas par cas le caractère de stabilité. V. par exemple : CA Montpellier, 8 janv. 1982, *D.* 1983, p. 607, note O. Dhavernas (concubinage non caractérisé entre un homme et une femme étant

faut entendre une relation à deux unique qui se prolonge dans le temps et qui prohibe plusieurs relations simultanées⁸³³. Autrement dit, il s'agit de « *distinguer le concubinage des unions passagères, légères et précaires* »⁸³⁴. Par continuité⁸³⁵ est visée « *la relation qui perdure dans le temps sans interruption* », autrement dit « *la régularité et la fréquence des relations* »⁸³⁶. La situation est similaire en Norvège où il suffit que les deux personnes habitent maritalement ensemble. Le Code de la famille bolivien⁸³⁷ retient le même raisonnement en prévoyant seulement que l'union conjugale libre est la relation stable d'un homme et d'une femme et renvoyant au juge le pouvoir d'apprécier si la relation mérite d'être protégée en considération des particularités de chaque situation⁸³⁸.

207. Ainsi, les cohabitations hors mariage présentant un caractère de stabilité et de continuité seront rapprochées de l'institution du concubinage en droit français et auront nécessairement leur place dans la catégorie propre au sein du statut personnel. Un second élément constitutif de la cohabitation hors mariage entre en jeu dans le mécanisme de la qualification : l'indifférence de sexe.

2. Une cohabitation hétérosexuelle ou homosexuelle

208. Initialement, la Cour de cassation refusait d'envisager la relation d'un couple homosexuel comme un concubinage en considérant qu'il s'agissait nécessairement d'une « *situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme* »⁸³⁹. Dans un arrêt en date du 17 décembre 1997, elle a confirmé la solution précédente en relevant que « *le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme* »⁸⁴⁰. Ainsi, Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier envisageait uniquement la

d'accord pour que chacun ait, en même temps, les maîtresses ou les amants qui leur plaisent même si la cohabitation dure un certain temps) ; Cass. Crim. 8 janv. 1985, n° 82-92.753, *Bull. crim.* n° 12, *JCP* 1986. II 20588, note G. Endréo ; *RTD civ.* 1991, p. 263, note G. Endréo (concubinage non caractérisé entre un homme qui partage sa vie entre deux femmes, en vivant chez l'une le soir et chez l'autre le jour).

⁸³³ S. Ben Hadj Yahia, « Concubinage », *Répertoire de droit civil Dalloz*, oct. 2016 (mise à jour : déc. 2019), n° 45.
⁸³⁴ *Ibid.*

⁸³⁵ La jurisprudence française apprécie au cas par cas le caractère de continuité. V. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 18 nov. 1980, n° 79-12.995, *Bull. civ.* I, n° 295 (concubinage caractérisé lorsqu'un homme rend régulièrement visite à sa compagne au moins une fois par semaine et ce durant dix ans) ; Cass. 1^{ère} civ., 15 juill. 1975, n° 74-11.731, *Bull. civ.* I, n° 237 ; *D.* 1976, p. 481, note E. S. de La Marnierre (concubinage non caractérisé lorsque la relation n'a duré que deux semaines).

⁸³⁶ S. Ben Hadj Yahia, « Concubinage », préc., n° 46.

⁸³⁷ Bolivie, Code de la famille, art. 158.

⁸³⁸ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 107, n° 169.

⁸³⁹ Cass. Soc., 11 juill. 1989, n° 86-10.665, préc.

⁸⁴⁰ Cass. 3^{ème} civ., 17 déc. 1997, n° 95-20.779, préc.

cohabitation hors mariage hétérosexuelle⁸⁴¹. Pour autant, il a pu relever par la suite que la notion est « *en passe de se voir renouvelée, avec l'avènement des unions homosexuelles, consacrées sur le fondement de la non-discrimination, dans un nombre croissant d'États* »⁸⁴². Cette supposition s'est avérée juste étant donné que la loi 15 novembre 1999⁸⁴³ est venue définir le concubinage à l'article 515-8 du Code civil comme une union de fait entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe. Le Conseil constitutionnel a alors précisé que « *cette définition a pour objet de préciser que la notion de concubinage peut s'appliquer indifféremment à un couple formé par des personnes de sexe différent ou de même sexe* »⁸⁴⁴.

209. Ainsi, il convient d'envisager la cohabitation hors mariage tant hétérosexuelle qu'homosexuelle dans le cadre de la qualification en droit international privé. Cette vision présente un double intérêt. D'une part, elle permet de prendre en compte les concepts du droit interne français et de s'aligner sur l'article 515-8 du Code civil. Classiquement, la qualification s'opérera *lege fori* et le juge français tranchera la question de savoir si une relation étrangère appartient ou non à la catégorie cohabitation hors mariage selon les concepts du for. Le seul fait qu'une relation ne revêt pas la qualification de cohabitation hors mariage à l'étranger n'empêchera pas le juge français de la qualifier comme tel en droit international privé. De ce fait, « *le point de savoir si les homosexuels entrent dans cette définition devrait être réglé par la lex fori* »⁸⁴⁵. D'autre part, elle permet de s'adapter « *aux besoins de la vie internationale* »⁸⁴⁶ et d'accueillir le maximum de relations de fait. Il a été démontré la diversité de ce type de forme de conjugalité selon les États en cause⁸⁴⁷. Or, la qualification retenue, à savoir une cohabitation présentant un caractère stable et durable qu'elle soit hétérosexuelle ou homosexuelle, permet de recouvrir la grande majorité des différents types d'unions libres.

210. La cohabitation hors mariage regrouperait donc l'ensemble des relations informelles où les individus - homosexuels ou hétérosexuels - cohabitent de manière stable et continue sans qu'aucune formalité d'enregistrement ne soit nécessaire. L'étape de la qualification achevée, le rattachement de la cohabitation hors mariage doit être envisagé.

⁸⁴¹ P.-Y. Gautier, *L'union libre en droit international*, Thèse, Université Paris I, 1986.

⁸⁴² P.-Y. Gautier, « Union libre », *Répertoire droit international Dalloz*, 2^{ème} éd., 1998, n° 1.

⁸⁴³ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

⁸⁴⁴ Cons. Const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, préc.

⁸⁴⁵ P.-Y. Gautier, « Union libre », préc., n° 10.

⁸⁴⁶ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 130, n° 205.

⁸⁴⁷ Cf. supra n° 204 et s.

Paragraphe 2. Le rattachement de la cohabitation hors mariage

211. La qualification propre au sein du statut personnel de la cohabitation hors mariage implique une pluralité de facteurs de rattachement pouvant, potentiellement, être retenus (I). Le droit positif français ne s'étant pas prononcé en la matière, les propositions sont donc essentiellement issues de travaux doctrinaux axés sur la conciliation de différents objectifs en matière de statut personnel généralement et relatifs à la cohabitation hors mariage particulièrement. Faute d'une règle de conflit de lois adoptée par le législateur français, il est intéressant d'examiner les solutions adoptées par les législateurs étrangers quant à l'adoption d'une telle règle propre à la cohabitation hors mariage (II).

I. La pluralité de rattachements envisageables

212. La notion de statut personnel recouvre « *l'ensemble des questions concernant la personne dans la société civile ou, selon le cas, l'ensemble des lois qui s'y appliquent* »⁸⁴⁸. Cette catégorie inclut les dispositions relatives au statut individuel de la personne et celles relatives au statut familial, desquelles sont exclus les régimes matrimoniaux et les successions. Ayant considéré que la cohabitation hors mariage constitue une catégorie autonome au sein du statut personnel, les facteurs de rattachement retenus en matière de statut personnel par le droit international privé français doivent être examinés (A). En conséquence, il conviendra de présenter la règle de conflit de lois potentiellement applicable en matière de cohabitation hors mariage (B).

A. Les rattachements retenus en matière de statut personnel

213. « *Le propre de la méthode de la règle de conflit est de cristalliser [la] localisation [du rapport de droit] par un rattachement donné pour une catégorie plus ou moins vaste de rapports juridiques* »⁸⁴⁹. En droit international privé, « *le facteur de rattachement pose le (ou les) critère(s) de désignation de la loi d'un ordre juridique donné* »⁸⁵⁰. Le critère de rattachement « *est parfois susceptible d'une localisation directe dans l'espace* »⁸⁵¹ comme le lieu de la résidence d'un individu. Il s'agit alors d'une « *localisation matérielle* »⁸⁵². Ce critère

⁸⁴⁸ B. Audit, et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 179, n° 191.

⁸⁴⁹ B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, Tome 186, 1984, p. 272.

⁸⁵⁰ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 180, n° 231.

⁸⁵¹ *Ibid.*

⁸⁵² *Ibid.*

peut, également, être l'objet d' « *une localisation intellectuelle* »⁸⁵³. Il s'agira, par exemple, de la manifestation de volonté des individus ou du « *lien juridique établi entre une personne et un État, lien de nationalité [...] ou du domicile* »⁸⁵⁴.

214. De plus, les techniques de rattachement sont variées. Le rattachement peut être simple aussi appelé unique, c'est-à-dire que la règle de conflit prévoit un seul critère de rattachement qui peut désigner la loi du for ou la loi étrangère⁸⁵⁵. *A contrario*, le rattachement peut être multiple. Certaines règles de conflit de lois prévoient des rattachements multiples alternatifs⁸⁵⁶ « *autorisant à appliquer une loi ou une autre* »⁸⁵⁷. Ce type de règles est adopté afin de favoriser « *la reconnaissance d'une situation juridique ou de sa validité* »⁸⁵⁸. D'autres règles de conflit prévoient des rattachements multiples hiérarchisés⁸⁵⁹ s'appliquant en cascade. Autrement dit, le deuxième rattachement s'appliquera uniquement si le premier fait défaut. Là encore, la règle de conflit « *est dictée par le souci de donner à l'action [...] la plus large application possible dans les relations internationales* »⁸⁶⁰. Enfin, la règle de conflit peut prévoir des rattachements multiples cumulatifs⁸⁶¹, c'est-à-dire « *prescrire que soient satisfaites les conditions de deux ou plusieurs lois* »⁸⁶². Contrairement aux rattachements alternatifs et hiérarchisés, les rattachements cumulatifs « *sont un moyen d'exprimer en matière de conflit de lois l'hostilité qu'un État peut éprouver à l'encontre de telle ou telle institution* »⁸⁶³.

215. Le statut personnel est, dans les différents systèmes juridiques, soumis à la loi personnelle entendue comme « *une loi qui présente un lien direct avec la personne* »⁸⁶⁴. Il convient que cette loi « *ne varie pas avec les déplacements passagers de la personne d'un État à l'autre* »⁸⁶⁵. Néanmoins, selon le droit international privé de l'État en cause, l'élément retenu

⁸⁵³ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 180, n° 231.

⁸⁵⁴ *Ibid.*

⁸⁵⁵ Par exemple, en vertu de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, la capacité des individus est régie par leur loi nationale.

⁸⁵⁶ Par exemple, l'article 311-17 du Code civil prévoit que « *la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant* ».

⁸⁵⁷ B. Audit, et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 149, n° 168.

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ Par exemple, l'article 311-14 du Code civil prévoit « *la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant* ».

⁸⁶⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 197, n° 206.

⁸⁶¹ Par exemple, l'article 4 de la Convention de La Haye sur la loi à la responsabilité du fait des produits du 2 octobre 1973 prévoit que « *la loi applicable est la loi interne de l'État sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit, si cet État est aussi : a) l'État de la résidence habituelle de la personne directement lésée, ou b) l'État de l'établissement principal de la personne dont la responsabilité est invoquée, ou c) l'État sur le territoire duquel le produit a été acquis par la personne directement lésée* ».

⁸⁶² B. Audit, et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 150, n° 168.

⁸⁶³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 197, n° 206.

⁸⁶⁴ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 383, n° 507.

⁸⁶⁵ B. Audit, et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 179, n° 191.

afin de déterminer la loi personnelle peut varier entre loi nationale et loi du domicile. Les pays du continent européen, du Moyen-Orient et d'Extrême-Orient sont adeptes de la loi nationale alors que les pays anglo-américains, scandinaves et les États d'Amérique latine ont opté pour la loi du domicile⁸⁶⁶.

216. En droit international privé français, sous l'Ancien Droit, le statut personnel était soumis à la loi du domicile. La solution adoptée par la jurisprudence était principalement dominée par la territorialité du droit⁸⁶⁷ et retenue « *comme un signe d'allégeance* »⁸⁶⁸. Selon Francescakis, le domicile « *exprimait un lien entre un individu et un territoire pour indiquer la soumission de l'individu à la loi de ce territoire* »⁸⁶⁹. Avec l'adoption du Code civil, le droit international privé français a opté pour un nouveau rattachement fondé sur la nationalité. L'application de la loi nationale de l'intéressé est issue de l'article 3, alinéa 3 du Code civil qui dispose que « *les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger* ». La jurisprudence a bilatéralisé cette disposition dans un arrêt en date du 13 juin 1814⁸⁷⁰. Désormais, l'état et la capacité des personnes sont soumis à la loi nationale. La loi nationale constituait « *un rattachement particulièrement fort lorsque régnait le principe de l'unité de la nationalité dans la famille* »⁸⁷¹. En effet, une seule nationalité guidait l'ensemble de la famille puisque selon la majorité des législations, le mari transmettait sa nationalité à sa femme qui perdait sa nationalité d'origine. Néanmoins, la reconnaissance de l'indépendance de la femme mariée quant à sa nationalité a impliqué des possibles différences de nationalités au sein d'un couple ce qui a suscité des interrogations nouvelles. Ainsi, à la fin du XX^{ème} siècle, un autre facteur de rattachement a été mis en avant, celui du domicile. La conception de la notion de domicile étant très différente d'un État à l'autre⁸⁷², il sera, dans cette étude, entendu de manière générale. Le domicile se détermine « *à la fois par des éléments matériels, caractérisant l'établissement principal de la personne, et par un élément psychologique, l'intention d'y demeurer pour un temps indéfini* »⁸⁷³. L'élément qui importe est la « *stabilité de la présence sur un territoire [qui] sera mise en évidence par le fait de trouver,*

⁸⁶⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 211, n° 220.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 217, n° 228.

⁸⁶⁸ I. Fadlallah, « Statut personnel », *Répertoire droit international Dalloz*, sept. 2003 (mise à jour : sept. 2011), n° 4.

⁸⁶⁹ Ph. Francescakis, « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *TCFDIP*, 1962-1964, p. 291 et s., spéc. p. 302.

⁸⁷⁰ CA Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, S. 1814, 2, p. 393, *GADIP*, n° 1.

⁸⁷¹ I. Fadlallah, « Statut personnel », *op. cit.*, n° 17.

⁸⁷² V. pour une présentation : B. Audit, et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 192, n° 204.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 188, n° 200.

sur ce même territoire, le centre des intérêts, patrimoniaux et affectifs, de cette personne »⁸⁷⁴. Autrement dit, « la volonté d'établir, dans un pays, le centre de ses intérêts [...] est véritablement déterminante du domicile »⁸⁷⁵. En réalité, tant la loi nationale comme « loi d'origine »⁸⁷⁶ que loi du domicile comme « loi du milieu actuel »⁸⁷⁷ présentent des avantages.

217. La faveur à la loi nationale est justifiée par plusieurs raisons. Tout d'abord, l'argument de l'adaptation de la loi nationale au tempérament des nationaux a été mis en avant par la doctrine nationaliste⁸⁷⁸. Pour Mancini, « la nationalité signifiait une entité ethnique (caractérisée par des éléments tels que race, tempérament, religion, langue, lois, coutumes) »⁸⁷⁹. L'idée maîtresse de cette doctrine réside dans le fait que « les lois sont faites pour les personnes [...], elles les suivent partout, donc qu'elles ont un rayonnement extraterritorial »⁸⁸⁰. Si la thèse personnaliste a, initialement, convaincu, elle « a dû faire place à des raisonnements plus réalistes »⁸⁸¹. Ainsi, l'argument fondé sur l'adaptation à « la culture » des individus⁸⁸², autrement dit « l'appartenance politique à un État »⁸⁸³ a été avancé. L'internationalisation des relations étant en plein essor, cet argument a tout son sens à l'heure actuelle. Les contacts avec des civilisations totalement différentes de celles de son pays d'origine en sont d'autant plus importants. Ainsi, l'application de la loi nationale à un individu dans son pays d'accueil lui éviterait de s'adapter aux mœurs de ce dernier qui pourraient être en total désaccord avec les siennes. À l'heure actuelle, deux justifications sont principalement mises en avant. En premier lieu, il s'agit de la nécessité de permanence requise par le statut personnel. Or, la loi nationale est celle qui remplit au mieux ce critère. En effet, la nationalité est un rattachement doté d'une haute stabilité « car on change plus facilement et plus fréquemment de domicile que de nationalité »⁸⁸⁴. La continuité du traitement juridique de la personne est, ainsi, assurée⁸⁸⁵. En second lieu, la faveur à la loi nationale est justifiée par la

⁸⁷⁴ E. Ralser, « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 543-10, 5 déc. 2016 (mise à jour : 27 sept. 2017), n° 39.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, n° 40. V. également : A. Richez-Pons, *La résidence habituelle en droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois)*, Thèse, Université Lyon 3, 2004, p. 174 et s., n°s 253 et s.

⁸⁷⁶ B. Audit, et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 193, n° 204.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 193, n° 204.

⁸⁷⁸ W. E. Steiger, « La protection des mineurs en droit international privé », *RCADI*, Tome 112, 1964, p. 469, spéc. p. 488.

⁸⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁸⁰ R. Cassin, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *RCADI*, Tome 34, 1930, p. 655, spéc. p. 714.

⁸⁸¹ W. E. Steiger, *op. cit.*, p. 469, spéc. p. 488.

⁸⁸² P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 369, n° 531.

⁸⁸³ W. E. Steiger, *op. cit.*, p. 469, spéc. p. 488.

⁸⁸⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 213, n° 223.

⁸⁸⁵ V. en ce sens : B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 6 : « La nationalité, parce qu'elle est stable, assure la continuité du traitement juridique de la personne mieux qu'aucun autre rattachement ».

certitude qu'elle apporte. En effet, il est plus simple de déterminer la nationalité d'un individu, « dont l'attribution, l'acquisition ou la perte font l'objet de règles légales assez précises »⁸⁸⁶, que son domicile. Cette facilité s'explique par l'élément intentionnel entrant en jeu dans la composition du domicile qui est donc source d'imprévisibilité et de difficulté⁸⁸⁷. Cependant, cet argument mérite d'être tempéré dans la mesure où « la certitude inhérente à la nationalité est [...] aujourd'hui partiellement ruinée par la multiplication des cas de double nationalité »⁸⁸⁸.

218. La loi du domicile présente, également, des avantages certains. Tout d'abord, la connaissance de la loi du domicile par l'intéressé sera plus aisée que celle de la loi nationale. Les tiers en contact avec l'intéressé dans l'État d'accueil ne risquent pas d'être induits en erreur du fait de leur ignorance de la loi nationale étrangère⁸⁸⁹. De plus, les intéressés vivant en pays étranger « seront plus facilement assimilés si on leur applique la loi de leur nouveau domicile »⁸⁹⁰. La loi du domicile « traduit [...] la soumission de l'individu [...] à la loi de sa vie quotidienne, de son milieu social, de l'État dans lequel il vit »⁸⁹¹. Ainsi, « une meilleure intégration des étrangers à leur lieu de vie »⁸⁹² et « l'égalité de traitement des nationaux et des étrangers »⁸⁹³ sont assurées. Partant du constat que « le droit est fait pour régir les êtres humains vivant matériellement en société », la loi du domicile présente l'avantage de s'adapter au « mieux aux besoins de la personne et du groupe social où elle vit »⁸⁹⁴. Outre l'intérêt pour l'individu et les tiers, il en est également un pour le juge. Ce dernier appliquera mieux sa propre loi que la loi étrangère qu'il risque de « dénaturer » par manque de connaissance ou mauvaise application⁸⁹⁵. Ainsi, « la coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable »⁸⁹⁶ est favorisée.

⁸⁸⁶ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁸⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 213, n° 224.

⁸⁸⁸ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁸⁹ V. en ce sens : P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 370, n° 532.

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ P. Hammje, « Domicile », *Répertoire de droit international Dalloz*, sept. 2003 (mise à jour : oct. 2013), n° 48.

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ C. Labrusse-Riou, « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *TCFDIP*, 1975-1977, p. 111, spéc. p. 118.

⁸⁹⁴ R. Cassin, *op. cit.*, spéc. p. 740.

⁸⁹⁵ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 370, n° 532. V. dans le même sens : B. Audit, et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 189, n° 200.

⁸⁹⁶ A. Bonomi, « Successions internationales : conflits de lois et de juridictions », *RCADI*, Tome 350, 2011, p. 71, spéc. p. 181.

219. Au vu de ces éléments, il ne semble pas exister de « *réponse parfaite* »⁸⁹⁷. Le législateur français a donc pris le parti de combiner loi nationale et loi du domicile en fonction de la situation en cause, de la matière concernée et de l'objectif recherché.

220. Un troisième critère de rattachement a vu le jour dans les conventions internationales et règlements européens : celui de la résidence habituelle⁸⁹⁸. Il s'agit d'un « *instrument de localisation* » qui « *traduit à cet égard l'intégration de la personne à un milieu social* »⁸⁹⁹. Ce facteur s'ajoute donc à la nationalité et au domicile en ce qui concerne le statut personnel. La notion de résidence habituelle, à la différence du domicile, ne tient pas compte de l'élément psychologique. « *Le critère vise une effectivité, qui est celle du moment* »⁹⁰⁰ ce qui induit, tout de même, la recherche d'une certaine stabilité. Principalement, constituée par un élément matériel, la résidence habituelle « *implique une présence physique suffisamment stable en un lieu [...] même si, par principe, cette durée de présence n'est pas quantifiée dans les textes* »⁹⁰¹. Néanmoins, tout élément intentionnel n'est pas à exclure. En effet, Monsieur le Professeur Philippe Malaurie a relevé que « *ce serait une illusion de croire [que la résidence] est une notion purement objective, faisant abstraction de tout élément intentionnel* »⁹⁰². En réalité, l'élément intentionnel « *ne sert alors qu'à révéler ou confirmer l'élément de stabilité qui est au cœur de la résidence. Il n'intervient qu'en cas de doute sur son effectivité et n'est pas constitutif en tant que tel de la notion* »⁹⁰³. L'objectif de ce rattachement est de viser le milieu d'intégration de l'individu ce qui entraîne « *le recul de la notion d'allégeance, liée à l'origine, au profit de considérations de simple proximité* »⁹⁰⁴. La résidence habituelle a pour avantage de « *trouver des solutions immédiates là où les problèmes se posent effectivement, et favoriser le milieu de vie par rapport à l'appartenance d'origine* »⁹⁰⁵. Il s'agit d'une notion plus factuelle que celle de domicile et donc plus facile à mettre en œuvre à l'échelle internationale⁹⁰⁶. Justement, « *le succès du concept [...] tient à n'en pas douter à la nébuleuse qui entoure sa*

⁸⁹⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 216, n° 226.

⁸⁹⁸ V. notamment : M. Farge, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, Thèse, L'Harmattan, 2003 ; A. Richez-Pons, « La notion de résidence », *Dr. et patri.*, n° 138, 1^{er} mai 2005 ; A. Richez-Pons, *La résidence habituelle en droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois)*, *op. cit.*

⁸⁹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 222, n° 232.

⁹⁰⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 197, n° 210.

⁹⁰¹ A. Richez-Pons, « La notion de résidence », art. préc.

⁹⁰² Ph. Malaurie, note sous Civ. 2^{ème}, 24 nov. 1964 et Civ. 2^{ème}, 24 juin 1965, *JDI*, 1966, p. 89 s., spéc. 90 cité par A. Richez-Pons, *La résidence habituelle en droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois)*, *op. cit.*, p. 178, n° 257.

⁹⁰³ A. Richez-Pons, « La notion de résidence », art. préc.

⁹⁰⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 198, n° 210.

⁹⁰⁵ I. Fadlallah, « Statut personnel », *op. cit.*, n° 19.

⁹⁰⁶ P. Hammje, « Domicile », préc., n° 49.

définition, nébuleuse savamment entretenue pour optimiser l'efficacité de ce critère qui est avant tout un critère factuel, non connoté juridiquement »⁹⁰⁷. En effet, la notion de résidence habituelle n'est pas définie par les textes communautaires qui y recourent. La jurisprudence s'est alors efforcée d'en préciser les contours. Trois solutions étaient envisageables : le recours à une notion autonome, le renvoi au droit international privé du juge saisi ou le renvoi au droit interne du juge saisi⁹⁰⁸. La première alternative est celle qui a été préférée. La méthode de l'interprétation autonome⁹⁰⁹ consiste à « conférer aux concepts "de droit interne" une signification commune, ce qui a pour conséquence de les transformer en concepts juridiques du droit communautaire »⁹¹⁰. L'utilisation de cette technique est guidée par la volonté de ne « pas maintenir l'interprétation de [...] concepts [juridiques connus en droit interne] sous l'empire des droits nationaux afin d'éviter la naissance de divergences d'interprétations entre les différents ordres juridiques des États membres »⁹¹¹. Autrement dit, il s'agit d'assurer « une unité et une cohérence d'ensemble permettant une approche et une application uniforme des dispositions au sein des divers États membres »⁹¹². La Cour de justice affirme qu'en considérant une notion comme autonome, l'idée directrice est de lui donner « un contenu matériel uniforme rattaché à l'ordre communautaire »⁹¹³. À plusieurs reprises, la Cour de justice des communautés européennes est venue définir la notion de résidence habituelle dans divers domaines tels que la sécurité sociale des travailleurs migrants⁹¹⁴, les litiges opposant l'Union européenne et ses fonctionnaires⁹¹⁵ ou l'harmonisation des dispositions fiscales⁹¹⁶. Ainsi, la notion est entendue comme « le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent de ses intérêts ». Plus récemment, la Cour de justice de l'Union européenne est venue apporter des précisions sur la résidence habituelle de l'enfant. Elle indique que cette dernière constitue une notion autonome de droit de l'Union, devant être

⁹⁰⁷ C. Pomart, « Enfin une définition pour la notion de résidence habituelle », *RLDC*, n° 30, 1^{er} sept. 2006.

⁹⁰⁸ C. Nourissat, « La notion de « notion » dans le règlement "Bruxelles II bis" », *Dr. et patri.*, n° 138, 1^{er} mai 2005.

⁹⁰⁹ V. sur la notion d'interprétation autonome : A. Marmisse, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, Thèse, PULIM, 2000, p. 62 et s., n°s 74 et s. ; A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, « Qualification et concepts autonomes dans l'élaboration d'un code européen de droit international privé », in M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, op. cit., p. 319 et s.

⁹¹⁰ F. Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *RCADI*, Tome 213, 1989, p. 55, n° 29.

⁹¹¹ M. Audit, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, n° 3, juill. 2004, doct. 100025, spéc. n° 2.

⁹¹² A. Marmisse, op. cit., p. 77, n° 105.

⁹¹³ CJCE, 21 juin 1978, *Bertrand c./ Ott*, aff. 150/77, *Rec.* 1978, p. 1431, point 16.

⁹¹⁴ CJCE, 12 juill. 1973, *Ets Angenieux c./ Hackenberg*, aff. 13/73, *Rec.* p. 935. Confirmé par : CJCE, 13 février 1977, *Di Paolo c./ Office national de l'emploi*, aff. 76-76, *Rec.* p. 315 ; CJCE, 25 février 1999, *Robin Swaddlind c./ Adjudication Officer*, aff. C-90/97, *Rec.* p. I-1075.

⁹¹⁵ CJCE, 9 oct. 1984, *Witte c./ Parlement européen*, aff. 188/83, *Rec.* p. 3465.

⁹¹⁶ CJCE, 23 avr. 1991, *Rigsadvokaten c./ Ryborg*, aff. C-297/89, *Rec.* p. I-1943.

interprétée au regard du contexte des dispositions mentionnant celle-ci et des objectifs du règlement, qui vise notamment à préserver l'intérêt supérieur de l'enfant⁹¹⁷. Afin de respecter au mieux ce dernier, la résidence habituelle doit correspondre au « *lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial [...] [et] doit être établi[e] par la juridiction nationale en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières de chaque cas d'espèce* »⁹¹⁸. Dans la lignée de cette jurisprudence, la Cour de justice a indiqué que la résidence habituelle est le « *lieu où se situe, dans les faits, le centre de sa vie* » qui doit être déterminé en s'attachant à « *des facteurs tels que la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour* »⁹¹⁹. Se fondant sur les éléments dégagés par la Cour de justice, la Cour de cassation considère que « *la résidence habituelle, notion autonome du droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts* »⁹²⁰. Si la définition retenue⁹²¹ « *se concilie mal avec la souplesse volontiers reconnue à la notion de résidence habituelle et qui justifie que ce critère se soit imposé au nom de la proximité du litige avec le for* »⁹²², elle semble, néanmoins, devoir être approuvée dans la mesure où il s'agit d' « *une notion de fait qui ne doit pas exclure une certaine rigueur dans son appréciation* »⁹²³.

221. Les notions de domicile et de résidence habituelle se distinguent, principalement, par le fait que la première est une notion de droit alors que la seconde est une notion factuelle. La détermination de la résidence habituelle est souvent décrite comme plus aisée que celle du domicile. En effet, en tant que notion de fait, « *la définition de la résidence habituelle ne dépend pas des conceptions nationales mais de la seule casuistique, tandis que le domicile, notion de droit, pourra être interprété différemment selon les systèmes juridiques* »⁹²⁴. De plus, la résidence habituelle est « *plus à même de remplir une fonction de localisation en termes de*

⁹¹⁷ CJUE, 2 avr. 2009, aff. C-523/07, *D.* 2010, p. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2009, p. 298 ; *AJ fam.* 2009, p. 294, étude A. Boiché ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 791, note E. Gallant ; *RTD civ.* 2009, p. 714, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2010, p. 421, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; *JCP* 2009, p. 316, note F. Boulanger ; *Europe* 2009, n° 265, obs. L. Idot ; *Procédures* 2009, n° 277, obs. C. Nourissat, points 34 et 35.

⁹¹⁸ CJUE, 22 déc. 2010, *Barbara Mercredi c./ Richard Chaffe*, aff. C-497/10, *D.* 2011, p. 248 ; *D.* 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD eur.* 2011, p. 481, obs. M. Douchy-Oudot, point 47.

⁹¹⁹ CJUE, 28 juin 2018, aff. C-512/17, *D.* 2018, p. 1391 ; *AJ fam.* 2018, p. 465, note A. Boiché ; *Europe* 2018, n° 345, note L. Idot, points 42 et 43.

⁹²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2005, n° 05-10.951, *D.* 2006, p. 12, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2006, p. 161, obs. S. David ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 55, p. 14, note Ph. Guez. La même définition avait été retenue dans l'arrêt, objet du pourvoi : CA Aix-en-Provence, 18 nov. 2004, *Gaz. Pal.* 14-15, janv. 2005, p. 20, note Ph. Guez ; *JDI* 2005, p. 801, note A. Richez-Pons.

⁹²¹ Sur l'opportunité d'une telle définition : M. Farge, « Était-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire ? À propos de Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2005 », *Dr. fam.*, n° 3, mars 2006, étude 17.

⁹²² P. Courbe et F. Jault-Seseke, « Droit international privé : panorama 2005 », *D.*, 2006, p. 1495.

⁹²³ I. Gallmeister, « Définition de la résidence habituelle », *D.*, 2006, p. 12.

⁹²⁴ E. Ralser, « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », préc., n° 51.

proximité »⁹²⁵ dans la mesure où elle « *correspond à un rattachement concret à un lieu, au centre de vie de l'intéressé, déterminé objectivement, et qui coïncide nécessairement avec la réalité* »⁹²⁶. À l'inverse, « *le domicile, obligatoire et imposé pour des raisons d'identification et de police civile, et déterminé subjectivement, correspond au rattachement en quelque sorte abstrait d'un individu à un territoire : c'est là où l'individu entend fixer le centre de ses intérêts, même s'il ne s'y trouve pas (et qu'il réside ailleurs)* »⁹²⁷.

222. En considération du fait que la cohabitation hors mariage fait l'objet, pour les besoins du droit international privé français, d'une qualification autonome au sein du statut personnel, il convient d'envisager les différents rattachements retenus traditionnellement en matière d'état et de capacité des personnes - loi nationale commune, domicile commun et résidence habituelle commune - à la lumière de cette institution.

B. L'adoption d'une règle de conflit aux critères hiérarchisés préconisée

223. La proposition d'une règle de conflit de lois propre à la cohabitation hors mariage est nécessairement guidée par différents objectifs généraux ou spécifiques au concubinage homosexuel. Ces derniers ont fait l'objet de travaux doctrinaux afin de déterminer le rattachement le plus approprié à la cohabitation hors mariage. Les auteurs insistent principalement sur la permanence du statut personnel⁹²⁸, le respect du principe de proximité et la lutte contre la discrimination⁹²⁹.

224. Le concubinage est un lien qui unit deux personnes auquel il convient d'appliquer une loi unique afin d'assurer la permanence du statut personnel. Ainsi, doit être assurée « *la continuité du lien de l'état de concubinage* »⁹³⁰. Le souci est d'éviter « *la formation de situations individuelles ou familiales boiteuses* »⁹³¹ dès que les frontières sont franchies. La règle de conflit et *a fortiori* le rattachement doivent assurer « *l'unité et la continuité de la vie juridique "privée" contre le morcellement et les ruptures* »⁹³² engendrées par le contexte international.

⁹²⁵ P. Hammje, « Domicile », préc., n° 18.

⁹²⁶ E. Ralsler, « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », préc., n° 51.

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ V. notamment : A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, *op. cit.*, p. 148 et s., n° 230 et s. ; G. Goldstein, « La cohabitation hors mariage en droit international privé », préc., p. 181 et s.

⁹²⁹ G. Goldstein, « La cohabitation hors mariage en droit international privé », préc., p. 202 et s.

⁹³⁰ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, *op. cit.*, p. 149, n° 231.

⁹³¹ *Ibid.*, p. 148, n° 230.

⁹³² P. Lavive, « Tendances et méthodes en droit international privé », *Cours général de droit international privé*, vol. 155, 1977, p. 37.

225. Le respect du principe de proximité semble également indispensable. Selon Monsieur le Professeur Paul Lagarde, il signifie « *qu'un rapport de droit doit être régi par la loi du pays avec lequel il entretient les liens les plus étroits et qu'un litige doit être rattaché, autant qu'il est possible, au for le plus proche* »⁹³³. Il convient alors de localiser de manière objective le lien unissant les concubins qui se matérialise au lieu de la cohabitation hors mariage⁹³⁴.

226. Malgré la diversité des droits internes concernant la cohabitation hors mariage, il apparaît que de manière générale, ces nouveaux droits sont fondés sur un principe de non-discrimination des couples selon leur orientation sexuelle. Pour les couples impliquant deux personnes de même sexe, l'objectif est donc la recherche « *d'égalité de statut avec les couples hétérosexuels* »⁹³⁵. Le développement grandissant des statuts légaux, voire du mariage au profit des couples homosexuels en est sans doute la plus grande illustration. Dans la recherche du rattachement applicable à la cohabitation hors mariage, il s'agit donc d'un élément à prendre en compte. En outre, de manière plus générale, se dégage également un principe de non-discrimination vis-à-vis des non-ressortissants de l'État cause. Le respect de ce principe impliquerait de soumettre « *toutes les personnes vivant en un même lieu à un statut identique afin d'éviter les troubles sociaux* »⁹³⁶.

227. À l'aune des trois principaux objectifs - permanence du statut personnel, respect du principe de proximité et lutte contre la discrimination - les facteurs classiques de rattachement du statut personnel présentent tous des intérêts qu'il convient de transposer à la cohabitation hors mariage.

228. La loi nationale commune des cohabitants hors mariage a pour mérite d'assurer avec certitude la permanence ou stabilité. Ce facteur de rattachement permet d'assurer l'état de concubinage au-delà des frontières, peu importe les déplacements des individus. Les droits internes règlementant le concubinage variant énormément d'un État à l'autre, notamment concernant l'exigence d'une durée minimale⁹³⁷, l'application de la loi nationale commune permet de garantir la prise en compte du concubinage, peu importe l'État de résidence des intéressés. Ainsi, il semble que la nationalité soit un facteur qui assure mieux la permanence que le domicile ou la résidence. En outre, le facteur de la nationalité « *est considéré comme plus*

⁹³³ P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, Tome 196, 1986, p. 27.

⁹³⁴ G. Goldstein, « La cohabitation hors mariage en droit international privé », préc., p. 182.

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 181.

⁹³⁶ *Ibid.*, p. 203.

⁹³⁷ Cf. *supra* n° 206.

apte à tenir compte du lien culturel d'une personne avec un certain droit qu'un rattachement local »⁹³⁸. Or, il est possible de penser que les cohabitants hors mariage qui conservent leur nationalité d'origine « *entendent maintenir leur relation sous l'empire de leur nationalité commune* »⁹³⁹. Cependant, le facteur de la nationalité ne semble pas respecter le principe de proximité « *dans la mesure où elle ne correspond plus à la loi du milieu social d'une personne* »⁹⁴⁰. Monsieur le Professeur Bernard Audit considère que la loi nationale n'est pas nécessairement apte à assurer l'application de la loi dont la personne est la plus proche en relevant que « *la nationalité [...] met l'accent sur un rattachement rétrospectif (la patrie d'origine) et affectif (l'attachement à celle-ci)* » alors que « *le domicile, fondé sur une situation objective (élément matériel) tourné vers l'avenir (élément intentionnel) se prête incontestablement mieux à cet objectif* »⁹⁴¹.

Le concubinage en droit français inclut les relations entre personnes de même sexe dans sa définition. Ainsi, il semble que la loi nationale commune française aurait tout intérêt à s'appliquer à un couple de Français résidant à l'étranger. En effet, si ces derniers s'établissent dans un pays où la cohabitation hors mariage concerne uniquement les relations hétérosexuelles, ils se voient confrontés au risque que leur relation ne soit pas reconnue dans ledit État. L'objectif de permanence du concubinage est alors tout à fait respecté. La solution n'étant jamais parfaite, il ressort de cette analyse que le facteur de la nationalité présente un inconvénient majeur en ne remplissant pas l'objectif de proximité. Néanmoins, eu égard à la cause homosexuelle, il serait apte à protéger les relations au-delà des frontières.

229. Pour autant, une difficulté se pose dans l'hypothèse où les membres du couple n'ont pas la même nationalité. Face à un couple mixte, le critère de la loi nationale commune se trouve inapplicable, il convient alors d'envisager celui du domicile commun. La loi du domicile commun a pour avantage de faciliter l'intégration et l'immersion des cohabitants étrangers dans leur nouveau milieu social. Il s'agit alors du meilleur moyen afin de respecter le principe de proximité. Néanmoins, il n'est pas certain que le critère du domicile préserve les intérêts privés d'un couple homosexuel. En effet, un couple de personnes de même sexe de nationalité commune française vivant successivement dans plusieurs États dont certains ne reconnaissent pas le concubinage homosexuel verra les lois de ces différents pays s'appliquer. Cependant, seules certaines d'entre elles reconnaîtront leur état de concubinage à tel point que

⁹³⁸ E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Cours général de droit international privé*, vol. 251, 1995, p. 253.

⁹³⁹ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, *op. cit.*, p. 171, n° 266.

⁹⁴⁰ G. Goldstein, « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *préc.*, p. 217.

⁹⁴¹ B. Audit, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, Tome 305, 2003, p. 205, n° 199.

la permanence du statut ne sera pas respectée. Dans cette hypothèse, *a contrario*, l'application de la loi nationale commune française, en vertu de l'article 515-8 du Code civil, permet d'assurer la stabilité recherchée.

Ainsi, il semble que le critère du domicile commun devrait s'appliquer uniquement lorsque les membres de la cohabitation hors mariage n'ont pas de nationalité commune⁹⁴². Utiliser un système hiérarchisé afin de déterminer la loi applicable à la cohabitation hors mariage semble être le meilleur moyen de préserver les intérêts des couples homosexuels⁹⁴³.

230. Quant à l'émergent critère de la résidence habituelle commune, il a pour principal avantage de « résoudre les difficultés d'interprétation du concept de domicile qui existaient entre les différents États membres de la Conférence de droit international privé »⁹⁴⁴. Fondée uniquement sur une localisation objective, la résidence habituelle ne permet pas de remplir l'objectif de stabilité du statut personnel. En effet, contrairement au domicile commun qui peut résister aux déplacements internationaux, la résidence habituelle est un critère qui manque de permanence. Un auteur a d'ailleurs dégagé l'idée selon laquelle le rattachement à la résidence habituelle commune « instituerait même une forme de mutabilité automatique de loi applicable en considération du seul déplacement du lieu de vie commune »⁹⁴⁵. Le critère de la résidence habituelle commune présenterait un intérêt majeur, mais subsidiaire lorsque les deux cohabitants n'ont pas de domicile commun. En effet, la cohabitation hors mariage semble entretenir « des liens plus étroits et plus significatifs avec la loi de résidence commune des concubins qu'avec la loi française du for »⁹⁴⁶.

231. Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier avait alors proposé de rattacher la cohabitation hors mariage à la loi nationale et, à défaut de nationalité commune, à la loi du domicile commun⁹⁴⁷. Monsieur Alain Devers retient la même solution en prenant en compte l'émergence du critère de la résidence habituelle commune et en s'inspirant de la solution retenue par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de loi applicable au divorce qui

⁹⁴² V. en ce sens : A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 173, n° 269.

⁹⁴³ Adopter une règle de conflit de lois alternative à l'image de celle prévue à l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil en matière de mariage (Cf. *infra* n° 373 et s.) ne semble pas adaptée à la formation de la cohabitation hors mariage. En effet, si le caractère libéral d'une telle règle ne fait pas de doute, les risques d'unions boiteuses qu'elle engendre ne sont pas aptes à assurer permanence, stabilité et sécurité juridique recherchées dans le cadre de cette étude.

⁹⁴⁴ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 173, n° 270.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 174, n° 271.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 178, n° 279.

⁹⁴⁷ P.-Y. Gautier, *L'union libre en droit international privé*, op. cit., p. 159 et s., n°s 160 et s.

a retenu un système hiérarchisé⁹⁴⁸. Dans ce domaine, la loi applicable est la nationale commune, à défaut de nationalité commune est appliquée la loi du domicile commun. Enfin, si les deux époux n'ont pas de domicile commun, autrement dit d'établissement effectif dans le même pays, la loi du for régulièrement saisi du divorce est applicable. Ainsi, la cohabitation hors mariage serait soumise à la loi nationale commune, loi la plus apte à assurer la permanence du statut personnel et dans une moindre mesure permettre la reconnaissance de la cohabitation entre deux personnes homosexuelles malgré leurs déplacements dans différents États. À défaut d'une telle nationalité commune, la loi du domicile commun devrait s'appliquer subsidiairement présentant une stabilité inférieure à la loi nationale, mais respectant le principe de proximité. Dans l'hypothèse où les cohabitants n'ont ni nationalité commune, ni établissement effectif dans un même pays, il est possible d'envisager la loi de résidence commune qui est la plus apte à localiser « *de manière prépondérante, leur relation dans un État* »⁹⁴⁹. À défaut, serait appliquée la loi du for, celle-ci ayant vocation à « *régir tous les rapports de droit privé* »⁹⁵⁰.

232. S'inspirant des rattachements classiques en droit international privé français retenus en matière de statut personnel, des objectifs guidant la forme de conjugalité qu'est la cohabitation hors mariage et les travaux doctrinaux en la matière, retenir un système hiérarchisé quant à la loi applicable à l'union libre semble être une solution envisageable⁹⁵¹. L'application de la loi nationale commune, à défaut d'une telle loi, celle du domicile commun, à défaut, la loi de la résidence habituelle commune et enfin, subsidiairement, la loi du for paraît être le meilleur compromis afin de respecter les principes généraux, mais également en faveur de la reconnaissance et de la libre circulation des couples de personnes de même sexe. Un aperçu des solutions retenues dans des États tiers permet de conforter cette idée.

⁹⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, *Rev. crit. DIP*, 1953, p. 412, note H. Batiffol ; *JDI* 1953, p. 860, note R. Plaisant ; *JCP G* 1953, II, 7863, note J. Buchet ; *Rabels Zeitschrift* 1955, p. 520, note Ph. Francescakis ; *GADIP*, n° 26 ; Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1955, *Lewandowski*, *Rev. crit. DIP*, 1955, p. 320, note H. Batiffol ; *JDI* 1956, p. 146, note B. Goldman ; *D.* 1955, p. 540, note M. Chavrier ; *JCP G* 1955, II, 8771, note A. Ponsard ; Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1961, *Tarwid*, *D.* 1961, p. 437, note G. Holleaux ; *Rev. crit. DIP* 1961, p. 547, note H. Batiffol ; *JDI* 1961, p. 734, note B. Goldman.

⁹⁴⁹ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, *op. cit.*, p. 178, n° 279.

⁹⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 62, note H. Batiffol ; *JDI* 1960, p. 810, note J.-B. Sialelli ; *D.* 1960, p. 610, note Ph. Malaurie ; *JCP G* 1960, II, 11733, note H. Motulsky ; *GADIP*, n° 32.

⁹⁵¹ V. cependant : G. Kessler, « Partenariat enregistré et union libre », *Répertoire de droit international Dalloz*, juill. 2019, n° 85. L'auteur insiste sur le rôle éventuel de l'autonomie de volonté. Selon lui, « *le consensualisme inhérent à l'union libre devrait en toute logique autoriser les partenaires à choisir la loi susceptible de gouverner leurs relations, sachant que celles-ci sont presque exclusivement patrimoniales* ». Si cette proposition peut séduire en matière patrimoniale, il en va différemment dans le domaine extra-patrimonial, sujet de la présente étude. V. dans le même sens : G. Escudey, *Le couple en droit international privé : contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple*, *op. cit.*, p. 378 et s., n^{os} 634 et s.

II. Les expériences du droit comparé : l'emploi d'un système hiérarchisé

233. Peu de législateurs ont adopté des règles de droit international privé en matière de conflit de lois applicables à la cohabitation hors mariage « *qui reste le parent pauvre du droit international privé de la famille alors même que le nombre de couples vivant en dehors de tout lien juridique, qu'il s'agisse du mariage ou du partenariat, ne cesse de croître partout dans le monde* »⁹⁵². Néanmoins, dans les droits internes de ceux qui ont procédé à l'adoption de telles règles, un système hiérarchisé est systématiquement mis en place faisant aléatoirement primer la loi nationale commune ou la loi de la résidence habituelle commune.

234. Certains législateurs étrangers ont adopté une règle de conflit de lois propre à la cohabitation hors mariage. La Slovénie accorde une place importante au concubinage qui peut produire les mêmes effets juridiques que le mariage sous certaines conditions⁹⁵³. Ainsi, la loi de droit international privé slovène contient des règles de conflit pour l'évaluation des relations patrimoniales du concubinage. La loi retenue est la loi nationale des concubins. À défaut de nationalité commune, est retenue la loi de l'État où les concubins ont leur domicile permanent⁹⁵⁴.

235. La place de l'union libre dans le droit serbe est similaire à celle prévue par le droit slovène. En effet, les effets pécuniaires de cette communauté de vie sont assimilés à ceux du mariage sous certaines conditions⁹⁵⁵. S'inspirant de la règle de conflit de lois adoptée en matière d'effets du mariage, la règle de conflit serbe retient la loi nationale commune comme critère de rattachement. À défaut, sera applicable la loi du domicile commun⁹⁵⁶. La loi croate de 1992 retient la même solution⁹⁵⁷. Dans la mesure où les législateurs serbe et croate considèrent que l'union libre ne peut pas exister sans domicile commun, aucun critère subsidiaire n'est prévu⁹⁵⁸. Des auteurs ont alors suggéré de rattacher la cohabitation hors mariage à la loi du dernier domicile commun lorsque les individus n'en possèdent plus lors de l'introduction de la

⁹⁵² A. Devers, « Couple non marié », préc., n° 76.

⁹⁵³ K. Zupancic et B. Novak, « Introduction au droit de la famille, au droit successoral et au droit international slovène », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. unique : Slovénie, 31 janv. 2002, n° 173.

⁹⁵⁴ Slovénie, L. du 30 juin 1999 sur le droit international privé et la procédure, *JO République slovène*, n° 56/99, art. 41, §§ 1 et 2.

⁹⁵⁵ T. Rajcevic, « Serbie », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. unique : Serbie, 15 avr. 2011, n° 239.

⁹⁵⁶ Serbie, L. du 15 juill. 1982 sur les solutions des conflits de lois avec les dispositions des autres États dans le domaine de certains rapports, art. 39.

⁹⁵⁷ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 180, n° 282.

⁹⁵⁸ T. Rajcevic, « Serbie », préc., n° 240.

demande⁹⁵⁹. À défaut de dernier domicile commun, il a été recommandé de donner compétence à la loi du for⁹⁶⁰.

236. Il apparaît ainsi la grande place laissée à la loi nationale conformément aux traditions en matière de statut personnel. *A contrario*, d'autres législateurs n'ont pas du tout tenu compte de cette dernière. Le Code civil de Macao, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1999, règlemente plusieurs aspects civils de la cohabitation hors mariage et contient des règles de conflit de lois propres au couple non marié en son article 58. Ainsi, en vertu de ce texte, la loi applicable aux conditions et effets de la cohabitation hors mariage est la résidence habituelle commune des intéressés. S'il n'existe pas de résidence habituelle commune, est applicable la loi du lieu avec lequel la cohabitation hors mariage est la plus étroitement liée⁹⁶¹. Contrairement aux solutions retenues par les droits serbe, slovène et croate, le Code civil de Macao ne prend pas en compte la loi nationale commune et la loi du for.

237. Il ressort de ces précédents que la détermination de la loi applicable à la cohabitation hors mariage impliquant les classiques étapes de qualification et de détermination du ou des facteurs de rattachement n'est pas aisée à la vue du peu d'implication tant des instances législatives que des problématiques ayant pu se rencontrer en jurisprudence. Pour autant, une règle de conflit de lois a pu être envisagée. Elle repose sur des critères de rattachement hiérarchisés afin de respecter au mieux la circulation au-delà des frontières du couple homosexuel et la reconnaissance de ce dernier. Il convient d'envisager la potentielle règle de conflit de lois eu égard à la formation de la cohabitation hors mariage.

Sous-section 2. La délicate mise en œuvre de la règle de conflit de lois

238. À l'échelle internationale, plusieurs ordres juridiques sont nécessairement en concurrence. Une règle de conflit bilatérale reposant sur des critères de rattachement hiérarchisés a été dégagée comme potentiellement applicable à la formation de la cohabitation hors mariage en droit international privé. Selon la loi applicable - loi française ou loi étrangère - les conséquences seront nécessairement différentes au vu de la diversité des droits nationaux (Paragraphe 1). Afin que la méthode du conflit de lois aboutisse, il convient d'envisager après

⁹⁵⁹ P. Sarcevic, « The new Yugoslav private international law Act », *Am. J. Comp. L.*, 1985, vol. 33, p. 283 et s. ; « Cohabitation without marriage : the Yugoslavian experience », *Am. J. Comp. L.*, 1981, vol. 29, p. 315 et s., cité par A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 180, n° 282.

⁹⁶⁰ S. Gigol, *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 375 et s., cité par A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 180, n° 282.

⁹⁶¹ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 180, n° 283.

la détermination de la loi applicable, l'éventuelle influence des mécanismes perturbateurs de droit international privé (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'application de la loi à la formation de la cohabitation hors mariage

239. La règle de conflit de lois applicable à la cohabitation hors mariage posée reposant sur un système de critères de rattachement hiérarchisés, il convient de s'intéresser à la loi compétente selon la situation en cause et les éléments d'extranéité en présence. Le principe repose sur la compétence de la loi de la cohabitation hors mariage à la formation de cette dernière. Cependant, compte tenu du caractère informel de la cohabitation hors mariage et *a fortiori* du peu de conditions exigées pour sa formation, le domaine de la loi applicable s'en trouve limité (I). Après détermination de ladite loi, il ressort une importante variabilité selon les législations internes appliquées à la cohabitation (II).

I. Le domaine limité de la loi applicable

240. Faute de dispositions légales en droit international privé, la règle de conflit de lois déterminée précédemment va être utilisée afin de déterminer la loi applicable à la formation de la cohabitation hors mariage. Classiquement, deux types de conditions doivent être étudiées : d'une part, les conditions de forme et d'autre part, les conditions de fond.

241. La cohabitation hors mariage a pour principale caractéristique de constituer une relation informelle. Il s'agit d'une « *réunion sans formes particulières ni sacramentelles* »⁹⁶². Ainsi, il n'apparaît pas opportun de rechercher la loi applicable aux conditions de forme de sa formation. La cohabitation hors mariage est marquée par l'absence de formalités attachées à sa formation. Cette absence implique d'envisager la cohabitation hors mariage quant aux conditions de forme de formation « *comme un fait juridique de statut personnel* »⁹⁶³. La diversité des formes de cohabitation hors mariage soulève des questions en droit international privé ; si les conditions de forme appellent peu de remarques, les conditions de fond peuvent présenter plus de difficultés.

242. Si l'on s'en tient au droit positif et au postulat qu'aucune règle de conflit de lois n'a été expressément consacrée ni par le législateur, ni par la jurisprudence, les conditions de fond de la cohabitation hors mariage « *ne peuvent malheureusement être appréhendées que par*

⁹⁶² P.-Y. Gautier, *L'union libre en droit international privé*, op. cit., p. 187, n° 181.

⁹⁶³ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 230, n° 369.

la loi qui régit l'effet envisagé »⁹⁶⁴. Ainsi, « la question préalable est [...], en quelque sorte, "absorbée" par la question principale »⁹⁶⁵. Monsieur Alain Devers illustre parfaitement ces propos. Il suffit d'imaginer qu'un couple de cohabitants a acquis « un immeuble au Mexique, il conviendrait de vérifier si les cohabitants répondent à la définition prévue par la loi du lieu de situation du bien pour déterminer si le partage doit être réalisé selon le régime légal, qui ne s'applique qu'aux individus justifiant d'une durée de vie commune de plus de 5 ans ». Si ce même couple possède, également, une résidence en Croatie, « la durée exigée ne sera plus que de 3 ans ainsi que le prévoit la loi croate »⁹⁶⁶. Il apparaît alors la nécessité d'adopter une règle de conflit de lois spécifique à la formation de la cohabitation hors mariage afin de lutter contre cette hétérogénéité de définitions. Les couples s'en trouvent nécessairement lésés puisque d'un État à l'autre, leur relation ne sera pas appréhendée de la même manière et le bénéfice des dispositions légales prévues par l'État en cause en sera d'autant différent.

243. Il convient d'envisager ces conditions en fonction de l'éventuelle règle de conflit de lois dégagée précédemment, soit l'application de loi nationale commune, à défaut du domicile commun, à défaut de la résidence habituelle et enfin, à défaut, la loi du for⁹⁶⁷. Cette hypothétique règle de conflit de lois peut mener tant à l'application de la loi française que d'une loi étrangère. Les principales conditions de fond nécessaires à la formation de la cohabitation hors mariage résideront dans l'exigence d'une durée minimale afin que la relation soit qualifiée d'union de fait⁹⁶⁸. La cohabitation emporte deux conséquences : « non seulement, [elle] porte l'union, mais en constitue encore pour la société le signe extérieur, qui matérialise de façon tangible son existence »⁹⁶⁹. Aussi, même si la tendance est en recul, une exigence tenant à la différence de sexe entre les deux membres de l'union libre peut être imposée⁹⁷⁰. Par exemple, plusieurs États d'Amérique latine prévoient expressément que la cohabitation hors mariage ne peut être formée que par des personnes de sexe différent tels que le Pérou⁹⁷¹, le Venezuela⁹⁷² et la Bolivie⁹⁷³. Plus rares, certains droits internes prévoient des empêchements liés notamment à la parenté ou à l'alliance faisant échec à une possible cohabitation hors mariage. En Croatie, la

⁹⁶⁴ A. Devers, « Couple non marié », préc., n° 81.

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ *Ibid.*

⁹⁶⁷ Cf. *supra* n° 223 et s.

⁹⁶⁸ Cf. *supra* n° 204.

⁹⁶⁹ P.-Y. Gautier, *L'union libre en droit international privé*, op. cit., p. 188, n° 182.

⁹⁷⁰ V. pour une liste détaillée : HCCH, *Notes sur les développements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés*, Document préliminaire n° 11, mars 2008, p. 11.

⁹⁷¹ Pérou, Code civil, art. 326.

⁹⁷² Venezuela, Code civil, art 767.

⁹⁷³ Bolivie, Code de la famille, art. 158.

cohabitation hors mariage est prohibée entre parents en ligne directe⁹⁷⁴. Au Portugal, elle ne peut exister entre parents en ligne directe, en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré et entre alliés en ligne directe⁹⁷⁵. Encore, il est parfois imposé un âge minimal afin de pouvoir envisager une cohabitation hors mariage entre les intéressés. À ce titre, l'article 217 du Code civil paraguayen exige que les cohabitants aient la capacité de contracter mariage ce qui implique un âge minimal⁹⁷⁶. De même, la loi portugaise du 11 mai 2001 sur les unions de fait exige que les cohabitants aient au moins 16 ans⁹⁷⁷. Il s'agit de conditions de fond qui seront envisagées à l'aune de la loi applicable désignée par la règle de conflit de lois.

244. La diversité des législations nationales quant aux conditions nécessaires à la qualification de cohabitation hors mariage de la relation en cause va nécessairement avoir des conséquences importantes sur l'application de la loi issue de la règle de conflit déterminée. En effet, d'un État à l'autre, les conditions peuvent passer de quasiment inexistantes à des conditions se rapprochant de celles imposées pour la célébration d'un mariage. Ainsi, l'application de la loi française ou d'une loi étrangère entraînera nécessairement un caractère plutôt permissif ou au contraire bien plus rigoureux.

II. Les répercussions variables de la loi applicable

245. Le législateur français a adopté une définition du concubinage à l'article 515-8 du Code civil instaurant par ce biais les éléments caractéristiques de la cohabitation hors mariage au sens du droit français. Le droit français a adopté une position relativement libérale quant aux conditions nécessaires à la constitution de la situation de concubinage (A). *A contrario*, certains législateurs adoptent des positions bien plus sévères quant aux conditions de reconnaissance, notamment quant à la condition tenant à la différence de sexe (B).

A. L'application de la loi française : une perspective libérale

246. En vertu de l'analyse précédente, la loi applicable proposée à la cohabitation hors mariage est la loi nationale commune, à défaut la loi du domicile commun, à défaut celle de la résidence habituelle et enfin, à défaut, la loi du for. Ainsi, le droit interne français sera compétent en présence d'un couple impliquant deux Français ou en présence d'un couple mixte

⁹⁷⁴ Croatie, L. du 14 juill. 2003 sur la cohabitation, § 3.

⁹⁷⁵ Portugal, L. n° 7/2001 du 11 mai 2001, art. 2 d).

⁹⁷⁶ Cité par : HCCH, *Notes sur les développements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés*, préc., p. 12.

⁹⁷⁷ Portugal, L. n° 7/2001 du 11 mai 2001, art. 2 a) citée par HCCH, *Notes sur les développements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés*, préc., p. 12.

ayant leur domicile commun en France, à défaut leur résidence habituelle sur le territoire français ou en l'absence de l'un et l'autre.

247. Selon l'article 515-8 du Code civil français, une relation sera considérée comme un concubinage dès lors qu'il s'agit d'une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. Ainsi, lorsque la loi interne française sera compétente en vertu de la règle de conflit de lois posée, la relation devra présenter ces caractéristiques afin que l'union libre soit qualifiée de cohabitation hors mariage. Peu importe donc que la nationale de l'un ou des membres du couple mixte exige des conditions supplémentaires afin de caractériser l'union de cohabitation hors mariage. En effet, « *la définition libérale de la loi française s'impose à l'exclusion des conceptions plus restrictives que retiendraient les lois personnelles des concubins* »⁹⁷⁸. Par exemple, la relation stable et continue entre un Slovène et un Serbe, dont les lois nationales respectives excluent les couples de personnes de même sexe du bénéfice du concubinage⁹⁷⁹, ayant leur domicile commun en France serait qualifiée de cohabitation hors mariage en vertu de la loi française et ce peu importe que les dispositions des lois nationales en présence soient plus restrictives. De même, il est possible d'imaginer le cas d'un couple impliquant deux Françaises ayant établi leur résidence habituelle en Slovénie, faute de domicile commun dans un même État. En vertu du droit slovène, leur relation ne peut bénéficier de la qualification de cohabitation hors mariage, ce dernier excluant de cette dernière les couples homosexuels⁹⁸⁰. Or, selon la règle de conflit proposée, la loi nationale commune des intéressées sera compétente afin de régir la formation du concubinage. En vertu de la loi française, la relation entre les deux femmes pourra revêtir la qualification de concubinage.

248. La règle de conflit de lois menant à l'application de la loi française tant par le biais de la nationalité commune, que par celui du domicile commun ou de la résidence habituelle commune induit une reconnaissance accrue de la cohabitation hors mariage entre personnes de même sexe. D'une part, elle permet que cette dernière soit retenue au profit de Français résidant à l'étranger et d'autre part, des étrangers résidant en France pourront également bénéficier des dispositions libérales adoptées par le législateur français. La solution peut être diamétralement différente lorsqu'une loi étrangère plus restrictive est désignée compétente en vertu de la règle de conflit de lois.

⁹⁷⁸ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 233, n° 374.

⁹⁷⁹ Serbie, L. sur la famille, *JO République de Serbie*, n° 18/05, art. 4 ; Slovénie, L. n° 15 du 26 mai 1976 sur le mariage et les relations familiales, *JO République slovène*, n° 14/1989, art. 12.

⁹⁸⁰ Slovénie, L. n° 15 du 26 mai 1976 sur le mariage et les relations familiales, *JO République slovène*, n° 14/1989, art. 12.

B. L'application d'une loi étrangère : le risque de sévérité

249. La règle de conflit de lois proposée donne compétence à la loi étrangère concernant la formation de la cohabitation hors mariage lorsque les intéressés possèdent une nationalité étrangère commune, qu'ils ont leur domicile commun et à défaut, leur résidence habituelle commune sur le territoire d'un État étranger. Ainsi, afin que la relation soit qualifiée de cohabitation hors mariage, elle devra remplir les conditions nécessaires prévues par ladite loi.

Par exemple, un couple de même sexe mixte impliquant un Français et un Suédois ayant fixé leur domicile commun en Serbie ne pourrait voir sa relation qualifiée de cohabitation hors mariage. En vertu de la règle de conflit posée, la loi du domicile commun sera retenue à défaut de nationalité commune. Or, la loi serbe exclut les couples homosexuels du bénéfice de la cohabitation hors mariage⁹⁸¹. Il apparaît, ainsi, que ladite loi est bien plus restrictive que les deux lois nationales en présence. En effet, tant la loi française en vertu des dispositions de l'article 515-8 du Code civil que la loi suédoise⁹⁸² reconnaissent la cohabitation hors mariage aux couples de personnes de même sexe. Pour autant, les deux lois nationales en présence n'auront pas d'impact sur la solution adoptée.

250. Même si souvent la définition retenue par le droit étranger sera plus restrictive que celle adoptée par le législateur français à l'article 515-8 du Code civil, il conviendra d'en respecter la teneur et de l'appliquer. En effet, « *il serait difficile de prétendre que l'article 515-8 défend un principe fondamental du for français qui imposerait l'éviction d'un droit étranger qui s'avèrerait plus sévère* »⁹⁸³. Cette affirmation mérite probablement, à l'heure actuelle, d'être mise en balance au vu des récentes évolutions du droit français en matière de couples impliquant deux personnes de même sexe⁹⁸⁴.

251. La dernière étape dans la mise en œuvre de la règle de conflit de lois n'est pas des plus aisées. En effet, du fait du caractère international de la situation, des mécanismes particuliers interviennent en droit international privé afin d'assurer les objectifs de la matière. Ainsi, il convient d'envisager les différents mécanismes perturbateurs du droit international privé⁹⁸⁵ pouvant interférer dans la détermination de la loi applicable à la formation de la cohabitation hors mariage.

⁹⁸¹ Serbie, L. sur la famille, *JO République de Serbie*, n° 18/05, art. 4.

⁹⁸² Suède, L. n° 813 du 18 juin 1987 sur les cohabitants homosexuels. V. pour sa version modifiée : L. n° 376 de 2003 sur la cohabitation.

⁹⁸³ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 234, n° 375.

⁹⁸⁴ Cf. *infra* n° 420 et s.

⁹⁸⁵ L'étude des lois de police ne sera pas envisagée étant donné qu'aucune n'existe, à l'heure actuelle, en droit international privé français en matière de concubinage.

Paragraphe 2. L'encadrement nécessaire des mécanismes perturbateurs

252. Alors que la règle de conflit de lois est posée, sa mise en œuvre peut engendrer un certain nombre de difficultés. S'agissant de rapports internationaux, il est impossible d'ignorer l'existence et la particularité des autres systèmes juridiques concernés. Le déplacement des individus nécessite un travail de coordination (I) qui peut être mis à mal par l'éviction de la loi étrangère normalement compétente (II).

I. Le souci des règles de coordination

253. À l'occasion de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois, plusieurs facteurs de complication sont susceptibles d'intervenir dans le raisonnement du juge postérieurement aux étapes de qualification internationale et d'identification de la règle de conflit de lois. La situation présentant nécessairement une dimension internationale, il convient que soit assurée une coordination. Cette dernière se retrouve notamment avec les rattachements étrangers à travers la question du renvoi qui dans un souci de bonne application de la règle de conflit de lois se doit d'être *a priori* exclu (A). Également, une coordination dans le temps est indispensable. Elle a trait à la question du conflit mobile qui nécessite un contrôle en matière de formation de la cohabitation hors mariage (B).

A. La nécessaire exclusion du renvoi

254. Mécanisme des « *plus controversées* » et des « *plus sophistiquées* »⁹⁸⁶, « *le renvoi constitue un outil de coordination des différents systèmes nationaux de droit international privé en conflit pour connaître de la question de droit* »⁹⁸⁷. Source de nombreux travaux doctrinaux prônant tant en sa faveur qu'en sa défaveur, le mécanisme du renvoi est admis en son principe par la jurisprudence française (1). Néanmoins, la cohabitation hors mariage présente la particularité principale d'être peu ou pas encadrée par des règles de droit international privé. Ainsi, admettre le renvoi en la matière ne paraît pas opportun dans la mesure où cela constituerait un frein à la formation de la cohabitation hors mariage entre personnes de même sexe (2).

⁹⁸⁶ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 257, n° 343.

⁹⁸⁷ H. Batiffol, « Principes de droit international privé », *préc.*, p. 467.

1. L'admission de principe du renvoi en droit positif

255. Le renvoi concerne l'hypothèse où « dans un cas donné, chacune des règles de conflit attribue compétence, non à sa propre loi interne mais à une loi étrangère »⁹⁸⁸. Autrement dit, « notre droit international privé propose la compétence à une loi étrangère et le droit international privé étranger décline l'offre qui lui est faite »⁹⁸⁹. L'hypothèse du renvoi se pose lorsque « l'État étranger dont la loi est désignée par la règle de conflit donne compétence à une autre loi » qui peut être loi du for ou une loi tierce⁹⁹⁰. Il s'agit alors d'un conflit négatif où « chaque règle de rattachement attribue compétence à l'autre loi en présence »⁹⁹¹ résultant de « la diversité des règles de droit international privé et du particularisme des solutions nationales ou régionales »⁹⁹². Convient-il d'appliquer la loi étrangère dans ses règles matérielles ou dans ses règles conflictuelles ? Si la seconde alternative conduit à admettre le renvoi, la première entraîne son refus.

256. À l'origine, la doctrine française raisonnait en termes de conflit de souverainetés et était majoritairement hostile au renvoi. Adoptant une « approche dogmatique » dont l'influence revient principalement à Bartin⁹⁹³, il était inconcevable d'« abandonner à la règle de conflit étrangère le soin de déterminer la loi applicable » dans la mesure où cela impliquerait d'« abdiquer notre souveraineté »⁹⁹⁴. La conséquence est la suivante : « une fois que le juge du for a désigné la loi applicable, le conflit est résolu et il n'y a pas lieu de poursuivre la recherche de la loi applicable »⁹⁹⁵.

257. Néanmoins, les auteurs se sont efforcés d'apporter des explications⁹⁹⁶ afin de justifier l'opportunité du renvoi et, ainsi, « ne pas consacrer un divorce avec la jurisprudence »⁹⁹⁷ qui a admis le mécanisme dès 1878⁹⁹⁸. La première théorie défendue par la doctrine est celle du renvoi-délégation selon laquelle « lorsque la règle de conflit française attribue compétence à la loi étrangère, elle confie au législateur étranger une délégation de

⁹⁸⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 273, n° 285.

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 163, n° 223.

⁹⁹¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 491, n° 299.

⁹⁹² O. Cachard, *Droit international privé*, Bruylant, 8^{ème} éd., 2020, p. 316, n° 580.

⁹⁹³ E. Bartin, *Principes de droit international privé*, Tome I, Domat-Montchrestien, 1930 cité par Y. Lequette, « Renvoi », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 1998 (mise à jour : mars 2009), n° 19.

⁹⁹⁴ Y. Lequette, « Renvoi », *préc.*, n° 19.

⁹⁹⁵ J. Guillaumé, « Renvoi – Mécanisme du renvoi », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 532-10, 2 févr. 2013, n° 85.

⁹⁹⁶ V. pour une analyse complète : Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Thèse, Sirey, 1958 ; G. P. Romano, *Le dilemme du renvoi en droit international privé, la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, LGDJ, Genève, 2014.

⁹⁹⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 254, n° 280.

⁹⁹⁸ Cf. *infra* n° 259.

compétence qui recouvre à la fois la loi interne étrangère et le droit international privé étranger qui sont indissociables à raison de l'indivisibilité existant entre eux »⁹⁹⁹. Cette conception classique repose sur « *l'indivisibilité du droit étranger déclaré compétent* »¹⁰⁰⁰. Deux principales critiques ont été adressées à la thèse du renvoi-délégation. D'une part, l'objection du « *cercle vicieux* » a été dénoncée étant donné que « *si le droit étranger renvoie au droit du for, celui-ci lui retourne, par hypothèse, la compétence et il se produit ainsi un mouvement continu de va-et-vient* »¹⁰⁰¹. D'autre part, le caractère indivisible du droit étranger a été contesté dans la mesure où « *le droit matériel d'un système juridique donné a un domaine distinct de celui de ses règles de droit international privé* »¹⁰⁰². Il est mis en avant le fait que « *dans tous les États le droit des conflits est essentiellement formé par des règles bilatérales [...] [donc] les règles de conflit ne déterminent pas seulement le champ d'application des lois internes du pays qui les édicte, elles comportent des limitations identiques pour toutes les lois étrangères* »¹⁰⁰³.

258. À cette conception classique, de nombreuses justifications modernes se sont succédé. Il convient d'en citer principalement trois : celles de Lerebours-Pigeonnière, de Niboyet et de Batiffol. En premier lieu, la théorie du renvoi-règlement subsidiaire a été défendue par Lerebours-Pigeonnière¹⁰⁰⁴. L'idée est la suivante : lorsque « *le droit international privé étranger rend sa loi matérielle inapplicable au cas envisagé ; il se désiste en refusant la compétence qui lui est accordée [...]. Dès lors [...], il faut que le droit du for fournisse une nouvelle solution ; à la place de sa règle de conflit normale qui ne peut jouer, il proposera une règle de conflit subsidiaire* »¹⁰⁰⁵. Si cette thèse présente l'avantage de concourir à l'harmonisation des règles de conflit « *puisque la recherche d'un règlement subsidiaire a précisément pour objet de remédier au défaut de communauté, donc d'harmonie, existant entre la règle de conflit étrangère et la nôtre* »¹⁰⁰⁶, elle présente de nombreux inconvénients. Le premier réside dans l'absence de généralisation de la théorie du renvoi-règlement subsidiaire. En effet, l'auteur a développé son analyse dans seulement deux matières qui sont la condition des personnes et la succession mobilière « *où il propose la substitution éventuelle de la loi du domicile à la loi nationale* »¹⁰⁰⁷. Il a, « *pourtant [...], donné à sa thèse une portée*

⁹⁹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 285, n° 300.

¹⁰⁰⁰ J. Derruppé, « Etude théorique du renvoi », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 532-1, 1^{er} nov. 1993, n° 19.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, n° 25.

¹⁰⁰² J. Guillaumé, « Renvoi – Mécanisme du renvoi », *préc.*, n° 81.

¹⁰⁰³ J. Derruppé, « Etude théorique du renvoi », *préc.*, n° 24.

¹⁰⁰⁴ P. Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », *JDI*, 1924, p. 877.

¹⁰⁰⁵ J. Derruppé, « Etude théorique du renvoi », *préc.*, n° 50.

¹⁰⁰⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 287, n° 302.

¹⁰⁰⁷ J. Derruppé, « Etude théorique du renvoi », *préc.*, n° 55.

générale »¹⁰⁰⁸. De plus, la thèse a été présentée comme résolvant la problématique du « *cercle vicieux* ». Or, il en va, en réalité, différemment car « *le problème est simplement déplacé [...]. En effet, dans l'hypothèse où la loi désignée par le critère de rattachement subsidiaire [...] ne se reconnaît pas compétente, on est face à un nouveau désistement. Il faut donc prévoir une règle subsidiaire à la règle subsidiaire* »¹⁰⁰⁹. Cet inconvénient a été résolu par Niboyet¹⁰¹⁰ qui jugeait inutile de faire appel à une règle subsidiaire. Il a développé une thèse dont le point de départ est identique à celle de Lerebours-Pigeonnière ; la règle de conflit de lois française désigne un droit étranger qui peut refuser sa compétence. Pour l'auteur, lorsque la loi étrangère désignée par la règle de conflit française refuse de s'appliquer au cas envisagé, « *notre compétence doit s'y étendre en vertu de l'ordre public parce qu'il n'est pas possible qu'une situation juridique possédant quelque attache avec la France demeure sans réglementation* »¹⁰¹¹. Autrement dit, « *l'ordre public s'opposant à ce qu'un rapport de droit soit apatride commande donc le retour systématique à la *lex fori** »¹⁰¹². Même si la thèse développée par Niboyet présente un avantage certain de simplicité, les inconvénients qui s'y rattachent ne permettent pas d'y adhérer. Principalement, le « *risque de faire régir une relation juridique par la loi d'un pays qui n'a avec celle-ci que les liens parfois ténus qui fondent la compétence juridictionnelle* »¹⁰¹³ est omniprésent. Conduisant à « *un résultat d'une extrême brutalité* », cette théorie entraîne « *par le jeu d'un raisonnement abstrait, la compétence immédiate et systématique de la *lex fori** »¹⁰¹⁴. En outre, la conception de Niboyet ne permet pas d'assurer l'harmonisation des solutions qui ne serait réalisée que dans l'hypothèse où « *la règle de conflit étrangère désigne la loi du for* »¹⁰¹⁵. Pour ces différentes raisons, Batiffol « *soucieux de parvenir à l'harmonisation des différents systèmes de droit international privé* »¹⁰¹⁶ a défendu la thèse du renvoi-coordination. L'auteur constate, tout d'abord, que « *le législateur, édictant lui-même la règle de conflit, prévoit, au moins dans certains cas, une coordination éventuelle de sa règle avec la règle de conflit étrangère* »¹⁰¹⁷. Dès lors, il ne s'agit pas d'un « *abandon* [de la règle de conflit française au profit de la règle étrangère] *parce que la règle étrangère n'entre pas en jeu par miracle, mais par la désignation de notre règle de conflit* »¹⁰¹⁸. De là, l'auteur

¹⁰⁰⁸ J. Derruppé, « Etude théorique du renvoi », préc., n° 55.

¹⁰⁰⁹ J. Guillaumé, « Renvoi – Mécanisme du renvoi », préc., n° 99.

¹⁰¹⁰ J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Tome III, Sirey, 1944, p. 476, n° 1016.

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 289, n° 304.

¹⁰¹³ Y. Lequette, « Renvoi », préc., n° 25.

¹⁰¹⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 287, n° 302.

¹⁰¹⁵ J. Guillaumé, « Renvoi – Mécanisme du renvoi », préc., n° 101.

¹⁰¹⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 290, n° 305.

¹⁰¹⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome I, *op. cit.*, p. 497, n° 304.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

considère que « *la règle de conflit française désigne d'abord le droit interne étranger et ensuite la règle de conflit étrangère en vue de sa possible articulation avec le système français* »¹⁰¹⁹. Ainsi, le renvoi est envisagé « *comme un mécanisme de "perfectionnement"* »¹⁰²⁰ en vue d' « *une coordination des règles de conflit [si elle] est praticable et souhaitable* »¹⁰²¹. La théorie du renvoi-coordination est celle qui doit l'emporter dans la mesure où une étude de la jurisprudence française montre que « *plusieurs des choix techniques opérés par les tribunaux* »¹⁰²² ne peuvent se justifier que par application de celle-ci. En définitive, « *seule la théorie du renvoi coordination rend compte du droit positif tout en lui donnant un fondement cohérent* »¹⁰²³.

259. En effet, le domaine d'application du renvoi a été au fil des années délimité par la jurisprudence française¹⁰²⁴ avec l'idée qu'il n'est pas « *logiquement nécessaire [...]. C'est une question d'opportunité* »¹⁰²⁵. Au préalable, deux situations sont encore à distinguer. D'une part, le droit international privé de la loi désignée par la règle de conflit de lois française peut donner compétence à la loi française, il s'agit alors d'un renvoi au premier degré. D'autre part, la loi désignée par la règle de conflit de lois française peut désigner une loi tierce, il est alors question d'un renvoi au second degré impliquant trois ordres juridiques distincts.

Le renvoi au premier degré a été admis par la jurisprudence française, pour la première fois, à la faveur de l'arrêt *Forgo*¹⁰²⁶ en matière de successions mobilières. Néanmoins, ce n'est qu'à l'occasion de l'arrêt *Soulié*¹⁰²⁷ rendu le 9 mars 1910 que la Cour en apporte une justification. Elle a précisé que « *la loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international privé ; qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé, et à ce que la loi française régitte d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire* ». Dès lors, cette solution a été réaffirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation, notamment, en matière de divorce¹⁰²⁸ et de capacité¹⁰²⁹. En 1938, la Cour de cassation est allée plus loin et a

¹⁰¹⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 497, n° 304.

¹⁰²⁰ J. Guillaumé, « Renvoi – Mécanisme du renvoi », *préc.*, n° 119.

¹⁰²¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 498, n° 304.

¹⁰²² Y. Lequette, « Renvoi », *préc.*, n° 24.

¹⁰²³ *Ibid.*, n° 25.

¹⁰²⁴ V. pour une présentation exhaustive : J. Derrupé et E. Agostini, « Le renvoi dans la jurisprudence française », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 532-2, 1^{er} mai 1994.

¹⁰²⁵ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 166, n° 228.

¹⁰²⁶ Cass. civ., 24 juin 1878, *Forgo*, S. 1878, 1, p. 429, note J.-E. Labbé ; *GADIP*, n° 7.

¹⁰²⁷ Cass. req., 9 mars 1910, *Soulié*, *DP* 1912. 1. p. 262, rapp. Denis ; S. 1913. 1. 105, note E.A. ; *JDI* 1910, p. 888, *Rev. crit. DIP* 1910, p. 870.

¹⁰²⁸ Cass. req., 7 nov. 1939, *Birchall*, S. 1942, 1, p. 73, note J.-P. Niboyet ; *JDI* 1940-1945, p. 107.

¹⁰²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 21 sept. 2005, n° 04-10.217, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 100, obs. H. Muir-Watt ; *D.* 2006, p. 1726, note F.-X. Morisset.

admis le principe du renvoi au second degré dans une espèce concernant un renvoi au premier degré en déclarant que « *le renvoi fait par le droit international privé étranger à la loi d'un autre État pouvant être le cas échéant la législation française revêt un caractère en principe obligatoire* »¹⁰³⁰. Finalement, le renvoi au second degré n'a été effectivement appliqué qu'à l'occasion de l'affaire *Zagha*¹⁰³¹ en date du 15 juin 1982 dans une affaire concernant la validité en la forme d'un mariage. Depuis, le renvoi au second degré a, notamment, été appliqué en matière de statut des sociétés¹⁰³². Enfin, tant le renvoi au premier degré qu'au second degré a été admis en matière de successions immobilières à la faveur de l'arrêt *Ballestrero*¹⁰³³ rendu le 21 mars 2000. Cependant, la Cour de cassation a postérieurement limité l'application du renvoi dans les situations où il permet de garantir l'unité successorale¹⁰³⁴. À l'inverse, dans certaines matières, le renvoi a été exclu par la Cour de cassation. Cette solution se vérifie notamment en matière de régimes matrimoniaux¹⁰³⁵ dans la mesure où la volonté des intéressés est consacrée par la règle de conflit de lois. Or, « *lorsqu'elle est prise pour critère de rattachement, [elle] n'a pu raisonnablement porter que sur une loi de fond et non sur une règle de conflit qui désignerait une autre loi ; ce serait donc méconnaître la signification de la règle que de tenir compte d'un renvoi opéré par le système étranger* »¹⁰³⁶.

260. En définitive, la position du droit positif français est la suivante : « *le renvoi [est] admis à titre de principe sauf à être écarté au cas où il se révélerait impraticable ou inopportun* »¹⁰³⁷. Ainsi, il convient de se demander si l'admission du renvoi en matière de formation de la cohabitation hors mariage paraît opportune.

¹⁰³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1938, *De marchi della Costa*, *Rev. crit. DIP* 1938, p. 472, note H. Batiffol ; *GADIP*, n° 16.

¹⁰³¹ Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1982, *Zagha*, n° 81-12.611, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 300, note J.-M. Bischoff ; *JDI* 1983, p. 595, note R. Lehmann ; *D.* 1982, p. 151, obs. B. Audit ; *D.* 1983, p. 431, note E. Agostini.

¹⁰³² CA Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane*, *JDI* 1966, p. 118, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 85, note P. Lagarde ; *RTD com.* 1967, p. 332, note Y. Loussouarn.

¹⁰³³ Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2000, *Ballestrero*, n° 98-15.650, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 399, note B. Ancel ; *D.* 2000, p. 539, note F. Boulanger ; *JCP G* 2000, II, 10443, note T. Vignal ; *JDI* 2001, p. 505, note M. Revillard ; *Dr. fam.* 2000, comm. 70, note E. Fongaro.

¹⁰³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 2009, *Riley*, n° 06-12.140, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 512, note B. Ancel ; *JDI* 2009, p. 567, note H. Péroz ; *D.* 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; *JCP* 2009, II, 10048, note F. Boulanger ; *Defrénois* 2009, p. 1380, note M. Revillard.

¹⁰³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 1969, *Lardans*, *D.* 1969, p. 294 ; *Rev. crit. DIP* 1969, p. 710, note J. Derrupé ; *JDI* 1969, p. 644, note A. Ponsard ; *JCP* 1970, II, 710, note J. Foyer ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 1972, *Gouthertz*, n° 70-11.953, *Rev. crit. DIP* 1972, p. 644, note G. Wiederkehr ; *JDI* 1972, p. 594, note Ph. Kahn ; *JCP* 1972, II, 17096, concl. M. Gégout ; *Defrénois* 1972, p. 1033, note Ph. Malaurie ; *GADIP*, n° 51.

¹⁰³⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 257, n° 288.

¹⁰³⁷ Y. Lequette, « Renvoi », préc., n° 29. V. pour une analyse similaire : J. Derrupé, « Etude théorique du renvoi », préc., n° 131 et s.

2. *Le renvoi comme frein à la cohabitation hors mariage entre personnes de même sexe*

261. En premier lieu, il convient de préciser qu'au vu du peu de législations ayant adopté une règle de conflit de lois en matière de cohabitation hors mariage, la question du renvoi sera en pratique très rare. À ce propos, lorsque la législation étrangère ne prévoit pas de règles de conflit de lois en la matière, « *le renvoi supposant une contradiction entre la règle de conflit du for et la solution que donne sur le même point le droit international privé du droit étranger déclaré compétent, son application peut se heurter à l'ignorance ou à l'absence de ladite solution* »¹⁰³⁸. Ainsi, « *il n'y aura plus d'obstacle au jeu de la règle de conflit du for et à l'application du droit matériel de l'État reconnu compétent* »¹⁰³⁹. De manière générale, Monsieur le Professeur Yves Lequette relève que l'indétermination des catégories de rattachement de droit international privé entraîne une exclusion du renvoi¹⁰⁴⁰. Ainsi, ce constat incite à exclure le renvoi en matière de loi applicable à la formation de la cohabitation hors mariage¹⁰⁴¹.

262. Ensuite, lorsque la loi étrangère comporte des règles de droit international privé relatives à la cohabitation hors mariage, mais retient un ou des facteurs de rattachement différents de ceux retenus par la règle de droit international privé français, il est possible d'être face à un renvoi au premier ou second degré. Il s'agira d'un renvoi au premier degré, lorsque la règle de conflit de lois étrangère désigne la loi française et d'un renvoi au second degré, lorsqu'elle désigne une loi tierce. Monsieur Alain Devers souligne les difficultés pouvant surgir lorsque la règle de conflit étrangère ne retient pas un rattachement à une loi unique, « *mais donne compétence, par exemple, à la loi nationale de chacun des concubins [...] pour déterminer les conditions de formation de la relation* »¹⁰⁴². Ainsi, il serait nécessaire de combiner plusieurs lois étrangères en adoptant une application cumulative, distributive ou alternative. Le système cumulatif arrive nécessairement à l'application de « *la loi la plus rigoureuse, la plus restrictive* »¹⁰⁴³. Or, retenir la loi la plus rigoureuse impliquera nécessairement un inconvénient dans la formation de la cohabitation hors mariage impliquant un couple de personnes de même sexe. En effet, alors que l'une des deux lois en présence aurait permis de reconnaître la relation comme telle, l'application cumulative de celles-ci entraînera

¹⁰³⁸ J. Derruppé et E. Agostini, « Le renvoi dans la jurisprudence française », préc., n° 87.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, n° 91.

¹⁰⁴⁰ Y. Lequette, « Renvoi », préc., n° 54 et s.

¹⁰⁴¹ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 231, n° 371.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 231, n° 372.

¹⁰⁴³ H. Valladao, « Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage », *RCADI*, Tome 105, 1962, p. 145.

la solution inverse. Quant à eux, les systèmes distributif et alternatif « *ne tiennent pas compte du fait qu'il s'agit d'une question de statut personnel exprimant un lien qui unit les deux personnes* »¹⁰⁴⁴. En effet, « *une relation familiale ne [...] [peut] se réduire à une simple juxtaposition de situations individuelles [...] [et doit] être régies par un statut unique* »¹⁰⁴⁵.

263. Au vu des inconvénients présentés, « *il paraît préférable d'exclure le mécanisme du renvoi dans le jeu de la règle de conflit, s'agissant de la formation de la cohabitation hors mariage* »¹⁰⁴⁶. Un second souci de coordination des règles de droit international privé intervient au vu de la dimension internationale des situations en cause, il s'agit de la question du conflit mobile.

B. Le contrôle du conflit mobile

264. La règle de conflit de lois proposée pour la cohabitation hors mariage fondée sur des critères de rattachement hiérarchisés implique de s'interroger sur la résolution d'un éventuel conflit mobile. Il s'agit de « *la figure du conflit de lois dans le temps qui résulte de la modification affectant l'élément de la situation sur lequel repose la détermination de la loi applicable et déplaçant ainsi la désignation d'un ordre juridique à un autre* »¹⁰⁴⁷. Le contrôle du conflit mobile a fait l'objet de nombreux travaux doctrinaux mettant en avant la problématique qu'il pose et tentant d'y apporter la solution la plus adéquate (1). En matière de cohabitation hors mariage, un tel conflit peut se poser en cas de changement de nationalité, de domicile ou de résidence habituelle de l'un ou des cohabitants. Ainsi, il convient de tenter de résoudre la question à l'aune des objectifs ayant présidé l'adoption de la règle de conflit de lois. L'application des règles de droit transitoire interne semble conseillée afin de protéger au mieux la cohabitation hors mariage entre personnes de même sexe (2).

1. La problématique du conflit mobile

265. Le conflit mobile se définit comme « *tout conflit consécutif à la succession de deux statuts compétents dans l'espace, en vertu du même système de conflit* »¹⁰⁴⁸. Autrement dit, il y a « *conflit mobile quand, par le changement d'un élément de rattachement, une situation donnée est successivement soumise à deux systèmes différents* »¹⁰⁴⁹ ou encore « *lorsque l'élément de la*

¹⁰⁴⁴ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé, op. cit.*, p. 232, n° 372.

¹⁰⁴⁵ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 106

¹⁰⁴⁶ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé, op. cit.*, p. 232, n° 372.

¹⁰⁴⁷ B. Ancel, « Conflits de lois dans le temps », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 2000 (mise à jour : oct. 2013), n° 53.

¹⁰⁴⁸ M. Fahmy, *Le conflit mobile de lois en droit international privé*, Thèse, Université Paris, 1951, p. 1.

¹⁰⁴⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 517, n° 318.

situation, reconnu comme localisateur par la règle de conflit de lois dans l'espace, a connu une ou plusieurs modifications dans le temps »¹⁰⁵⁰. Afin de délimiter le domaine du conflit mobile, il convient de préciser les facteurs de rattachement susceptibles d'en être à l'origine. Lewald a proposé de distinguer les éléments de rattachement constants de ceux qui sont variables¹⁰⁵¹. Ainsi, seuls les seconds que sont « *la situation d'un bien mobilier, la nationalité, le domicile, la résidence d'une personne* »¹⁰⁵² peuvent donner lieu à un conflit mobile. Alors, que les premiers, au titre desquels l'auteur cite « *le lieu de conclusion d'un contrat, le lieu où le fait illicite a été commis* » et « *la situation d'un immeuble* »¹⁰⁵³, sont des facteurs immuables qui ne peuvent pas être à l'origine d'un conflit mobile. Pour d'autres, « *le domaine du conflit mobile se réduit aux seuls cas du changement de statut personnel des individus, du déplacement des meubles corporels d'un territoire à l'autre, et enfin, au regard des créances du changement de domicile du débiteur* »¹⁰⁵⁴. En réalité, les auteurs ne s'accordent pas précisément sur le domaine du conflit mobile, mais un élément indicateur est mis en avant : la présence d'une manifestation de volonté. Les rattachements précités « *ont ceci de commun qu'ils impliquent tous un acte de volonté de la part du titulaire du droit* »¹⁰⁵⁵.

266. La problématique du conflit mobile se pose au moment de l'application de la règle de conflit, le juge doit choisir entre deux lois successivement applicables pour une même situation juridique. Doit-on continuer à appliquer la loi ancienne ou celle-ci doit-elle céder la place à la loi nouvelle ? Deux principaux courants doctrinaux se sont opposés afin de répondre à cette question.

Le premier, développé par Pillet, repose sur la notion de droits acquis. Afin de résoudre le conflit mobile, l'auteur considère que « *tout droit régulièrement acquis dans un pays doit être respecté dans les autres* »¹⁰⁵⁶. Ainsi, une situation « *demeure soumise pour l'avenir à la loi en conformité de laquelle elle a été créée* »¹⁰⁵⁷. Pillet justifiait cette position en considérant que « *la situation formée sous l'autorité d'un État doit développer tous ses effets sous la même autorité ; elle doit lui rester soumise malgré le changement* »¹⁰⁵⁸ du facteur de rattachement.

¹⁰⁵⁰ M. Souleau-Bertrand, *Le conflit mobile*, Thèse, Dalloz, 2005, p. 2, n° 3.

¹⁰⁵¹ H. Lewald, « Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé », *RCADI*, Tome 69, 1939, p. 39 et s., n°s 20 et s. V. également : F. Rigaux, « Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI*, Tome 117, 1966, p. 359 et s., n°s 35 et s.

¹⁰⁵² H. Lewald, *op. cit.*, p. 40, n° 20.

¹⁰⁵³ *Ibid.*

¹⁰⁵⁴ M. Fahmy, *op. cit.*, p. 46, n° 52.

¹⁰⁵⁵ J. Foyer et P. Courbe, « Conflits mobiles », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 533-2, 19 févr. 2015, n° 15.

¹⁰⁵⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 517, n° 318-1.

¹⁰⁵⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 309, n° 331.

¹⁰⁵⁸ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, n° 49.

Cette thèse présente, certes, l'avantage d'assurer « *la stabilité des droits ou institutions dans l'ordre international* »¹⁰⁵⁹, mais « *le souci de la stabilité des relations juridiques conduit en réalité à transformer le conflit mobile en conflit immobile, ce qui est exagérément conservateur* »¹⁰⁶⁰. En effet, cette solution conduit à « *figer les situations en les maintenant [...] sous l'empire d'une loi avec laquelle elles ont perdu tout lien significatif* »¹⁰⁶¹. Bartin a défendu une conception aux résultats similaires en insistant sur « *le maintien de la stabilité des institutions dans les relations internationales* »¹⁰⁶². À l'image de Pillet, il préconisait de maintenir chaque situation sous l'emprise de la loi de formation, mais « *tranchait le conflit [...] après analyse de l'institution en tenant compte du plus ou moins grand besoin d'unité entre la situation originaire et les effets à venir de celle-ci* »¹⁰⁶³. Les arguments avancés par Bartin ne peuvent convaincre dans la mesure où, si la stabilité des institutions est un objectif louable, la volonté des individus doit nécessairement être prise en compte dans la résolution du conflit mobile. Or, « *écarter l'emprise immédiate de la loi nouvelle dépasserait le but poursuivi* »¹⁰⁶⁴.

267. Face à l'échec des thèses défendues par Pillet et Bartin, la doctrine a développé une théorie reposant sur l'application aux conflits mobiles des règles du droit transitoire interne. Aujourd'hui, « *la plus couramment admise en doctrine* »¹⁰⁶⁵, cette thèse a été mise en avant par Batiffol. L'auteur relève que « *le conflit mobile constitue un conflit dans le temps dont la différence avec le conflit transitoire interne ne paraît pas devoir emporter de différences de divergences dans le régime d'ensemble* »¹⁰⁶⁶. Entre les deux, « *la différence consiste en ce que dans le conflit transitoire interne les deux lois qui se succèdent émanent du même législateur, la seconde abrogeant la première, tandis que dans le conflit mobile les deux lois qui régissent successivement la situation émanent de législateurs différents et demeurent simultanément en vigueur sur leurs territoires respectifs* »¹⁰⁶⁷. Par conséquent, « *ce qui a été accompli sous l'empire de la loi d'origine sera reconnu ; mais la situation sera désormais régie par la loi que désigne actuellement la règle de conflit* »¹⁰⁶⁸. Il s'agit simplement de l'application des principes de non-rétroactivité de la loi ancienne et d'application immédiate de la loi nouvelle. En droit transitoire interne, ce dernier est justifié par le souci « *d'assurer, d'une part, l'unité de la*

¹⁰⁵⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 263, n° 294.

¹⁰⁶⁰ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, n° 53.

¹⁰⁶¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 264, n° 294.

¹⁰⁶² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 310, n° 331.

¹⁰⁶³ *Ibid.*

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 311, n° 332.

¹⁰⁶⁵ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, n° 42.

¹⁰⁶⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 519, n° 320.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

¹⁰⁶⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 264, n° 295.

législation interne, d'autre part, la sécurité juridique »¹⁰⁶⁹. Or, ces mêmes préoccupations se retrouvent en droit international privé où elles « *imposent l'emprise de la loi de l'État actuellement compétente sur les effets à venir d'une situation formée sous l'autorité de la loi d'un autre État* »¹⁰⁷⁰. En appliquant la théorie de la transposition, tant l'unité de législation dans la mesure où « *l'État qui a cessé d'être compétent n'a aucune aptitude à régir les effets futurs d'une situation qui échappe désormais à son autorité* »¹⁰⁷¹ que « *l'impératif de sécurité du commerce juridique de l'État dans lequel vient s'intégrer une situation formée au-dehors* »¹⁰⁷² sont assurés. Cependant, la principale critique adressée à cette théorie est de ne pas tenir compte de la spécificité du conflit mobile. En effet, le conflit mobile et le conflit transitoire peuvent être rapprochés, mais « *ne sont pas entièrement assimilables* »¹⁰⁷³. La principale différence tient au fait que les deux lois en présence n'émanent pas du même législateur « *décidant de remplacer une règle par une autre estimée préférable ; il s'agit d'un conflit dans l'espace provoqué par une initiative des personnes concernées* »¹⁰⁷⁴. En adoptant « *l'attitude générale qui est la sienne face aux autres conflits de lois dans le temps* », le droit international privé positif français « *fait abstraction de la source du conflit et repousse toute prémisse formaliste pour aborder la difficulté prioritairement du point de vue des intérêts privés en cause* »¹⁰⁷⁵.

268. Qualifié de « *conflit original, dont le caractère international ne doit pas être occulté* »¹⁰⁷⁶, le conflit mobile a fait l'objet de doctrines modernes fondées sur ce postulat. Il a été proposé de résoudre le conflit mobile par une interprétation de la règle de conflit elle-même en recherchant « *la solution [...] qu'appellent les considérations ayant présidé au choix de la règle de conflit* »¹⁰⁷⁷. Autrement dit, « *le conflit mobile doit être considéré comme un problème d'application de la règle de conflit de lois [...]. C'est donc à cette règle de préciser dans chaque cas d'espèce le moment caractéristique de la circonstance de rattachement* »¹⁰⁷⁸. Les auteurs se sont efforcés d'apporter des propositions afin de déterminer ce moment caractéristique. Selon Fahmy, il convient de « *prendre en compte les considérations d'opportunité et de technicité qui viennent à la base de la règle de conflit lors de son élaboration* »¹⁰⁷⁹. Pour Graulich, il doit

¹⁰⁶⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 312, n° 334.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ *Ibid.*

¹⁰⁷² *Ibid.*

¹⁰⁷³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 264, n° 295.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ B. Ancel, « Conflits de lois dans le temps », préc., n° 60.

¹⁰⁷⁶ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, n° 77.

¹⁰⁷⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 265, n° 296.

¹⁰⁷⁸ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, n° 86.

¹⁰⁷⁹ M. Souleau-Bertrand, *op. cit.*, p. 164, n° 318.

« essentiellement [être choisi] en fonction des objectifs poursuivis par la règle de conflit »¹⁰⁸⁰. Plus récemment, dans sa thèse consacrée au conflit mobile, Madame Mathilde Souleau-Bertrand a proposé « une analyse finaliste fondée sur les objectifs du droit international privé, en fonction des quatre fondements de la règle de conflit de lois, c'est-à-dire les principes de proximité et d'autonomie de la volonté [...], les règles de conflit à finalité matérielle et le principe de souveraineté »¹⁰⁸¹. La démonstration est honorable dans la mesure où elle « permet de réduire à quatre les cas de conflits mobiles et les principes leur étant applicables »¹⁰⁸². Cependant, « elle n'évite pas l'impasse où l'on est poussé chaque fois que le fondement de la règle de conflit est lui-même pluriel [...] laissant à l'interprète un trop-plein de solutions pour son conflit mobile »¹⁰⁸³.

269. En réalité, le problème du conflit mobile « traduit une lacune dans l'énoncé [...] [de la règle de conflit dans la mesure où] si le rattachement spatial adopté est susceptible de variations dans le temps et ne parvient donc pas à remplir sa fonction, il faut lui adjoindre une précision temporelle »¹⁰⁸⁴. Ainsi, il appartiendrait au législateur de résoudre lui-même le conflit mobile au sein de la règle de conflit en y indiquant un critère de rattachement spatio-temporel. Le législateur français a d'ailleurs, parfois, procédé ainsi dans des domaines tels que les successions mobilières ou l'établissement de la filiation¹⁰⁸⁵.

270. En l'état du droit positif, le principe le plus largement admis est celui de la transposition des solutions de conflits de lois dans le temps du droit interne. Cependant, une étude approfondie de la jurisprudence française démontre que l'application immédiate de la loi nouvelle est loin d'être dominante¹⁰⁸⁶. En définitive, « la solution du conflit mobile emprunte tantôt au souci de respect des droits acquis, tantôt à celui d'efficacité de la loi actuelle, en fonction des objectifs particuliers à la matière, tels qu'ils s'expriment dans le rattachement retenu pour la règle de conflit »¹⁰⁸⁷. Ainsi, en matière de formation de la cohabitation hors mariage, il convient d'envisager une solution à la résolution du conflit mobile qui est susceptible de se poser en cas de modification de l'un des facteurs de rattachement retenu.

¹⁰⁸⁰ P. Graulich, *Introduction au droit international privé*, Tome 1, 1987, p. 253, n° 371 cité par J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, n° 87.

¹⁰⁸¹ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, n° 92.

¹⁰⁸² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 315, n° 335.

¹⁰⁸³ *Ibid.*

¹⁰⁸⁴ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 182, n° 261.

¹⁰⁸⁵ Cf. *infra* n° 272.

¹⁰⁸⁶ F. Rigaux, « Le conflit mobile en droit international privé », *op. cit.*, p. 390 et s., n°s 74 et s.

¹⁰⁸⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 266, n° 296.

2. *L'application des règles de droit transitoire interne conseillée*

271. Le conflit mobile se rencontre notamment en matière de statut personnel lorsqu'un individu change de nationalité, de domicile ou encore de résidence. Or, ces trois facteurs de rattachement sont justement ceux retenus en matière de loi applicable à la formation de la cohabitation hors mariage. Ainsi, il convient de se demander si la loi ancienne doit céder sa place à la loi nouvelle. La question se doit d'être tranchée eu égard aux objectifs ayant régné sur l'adoption de la règle de conflit de lois, c'est-à-dire la permanence du statut personnel, le principe de proximité et la lutte contre les discriminations. Quant à la permanence du statut personnel, elle « *milite à première vue pour le maintien de la loi sous l'empire de laquelle des droits ont été constitués* »¹⁰⁸⁸. Néanmoins, « *la permanence ne signifie pas l'intangibilité* »¹⁰⁸⁹, il convient de tenir compte de la circulation des personnes afin de respecter *a minima* le principe de proximité. Ce principe implique de prendre en compte un changement effectif de nationalité, domicile ou résidence. Quant à la lutte contre la non-discrimination, il ne semble pas exister de solutions emportant approbation. Admettre le conflit mobile peut être bénéfique ou non selon les législations internes en cause.

272. Le législateur français a, dans certains domaines, permis « *d'éviter ou de résoudre par anticipation les difficultés* »¹⁰⁹⁰. À titre d'exemple, la règle de conflit de lois adoptée par le législateur français à l'article 311-14 du Code civil prévoit l'application de la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Ou encore, en matière de successions mobilières, il est prévu l'application de la loi du dernier domicile du défunt. De même, plusieurs conventions internationales et règlements européens visent expressément l'hypothèse du conflit mobile et y apportent une solution¹⁰⁹¹. Le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires prévoit, en son article 3, qu'« *en cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu* ». Le règlement du 4 juillet 2012 relatif aux successions¹⁰⁹² indique, en son article 21, que « *la loi applicable [...] est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès* ». Pour autant, une telle solution semble difficilement transposable à la cohabitation hors mariage qui « *se prête*

¹⁰⁸⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 265, n° 296.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 278, n° 377.

¹⁰⁹¹ V. pour une présentation détaillée : J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, n°s 93 et s.

¹⁰⁹² Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance des décisions et des actes authentiques en matière de succession, *JOUE*, n° L 201, 27 juill. 2012, p. 107.

mal à une pétrification du rapport de droit »¹⁰⁹³. L'absence de conditions de forme propre à la cohabitation hors mariage qui se concrétise seulement par le maintien prolongé de la relation rend difficile la prise en compte d'un élément fixe afin de déterminer la loi applicable.

273. Monsieur Alain Devers a proposé une application successive des lois en présence de sorte que la loi ancienne serait applicable jusqu'au jour du changement de l'élément de rattachement et la loi nouvelle s'appliquerait à compter de ce changement¹⁰⁹⁴. Il exclut la rétroactivité de la loi nouvelle afin que cette dernière ne puisse pas remettre en cause l'état acquis sous l'empire de la loi ancienne. Cette solution a été adoptée par la jurisprudence concernant les effets du mariage dans la célèbre affaire *Chemouni*¹⁰⁹⁵ où la Cour de cassation retient l'application immédiate de la loi du nouveau rattachement. Toutefois, concernant les conditions de formation du mariage, il convient d'appliquer la loi applicable au jour de sa conclusion¹⁰⁹⁶. La coïncidence entre d'une part, le principe d'application immédiate de la loi nouvelle aux effets futurs des situations déjà constituées et d'autre part, le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle pour apprécier la constitution ou l'extinction d'un rapport est alors parfaitement remplie¹⁰⁹⁷.

274. Le système retenu en matière de mariage transposé à la cohabitation hors mariage permet de protéger au mieux la relation de cohabitation qui existerait entre deux personnes de même sexe. En effet, il serait dommageable que le seul franchissement d'une frontière éteigne la relation de cohabitation hors mariage qui était caractérisée selon la loi de l'État d'origine. Ainsi, il semblerait qu'une application du principe de non-rétroactivité pour maintenir la relation malgré la dimension internationale conviendrait au mieux à l'objectif de permanence. De plus, un couple de même sexe ne remplissant pas les conditions posées par la législation d'un État afin que soit constituée une situation de cohabitation hors mariage fixant sa résidence habituelle dans un nouvel État se verrait appliquer la loi de ce deuxième État puisqu'aucun état de relation informelle n'était caractérisé auparavant. Si ce dernier se trouve être plus permissif que le premier, la constitution de la situation de cohabitation hors mariage se fera selon cette loi et, ainsi, le respect du principe de proximité et de non-discrimination sera acquis. Qu'il s'agisse de la loi ancienne ou de la nouvelle, celle-ci ne pourra produire effet qu'à la condition

¹⁰⁹³ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 178, n° 280.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

¹⁰⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 19 févr. 1953, *Chemouni*, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 559, note D. Holleaux ; *JDI* 1963, p. 986, note A. Ponsard ; *Rec. Gén. Lois* 1963, p. 315, note G. Droz ; *GADIP*, n° 30-31.

¹⁰⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 1982, *Baaziz*, n° 80-17.113, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 275, note Y. Lequette.

¹⁰⁹⁷ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, op. cit., p. 279, n° 378.

de ne pas être manifestement incompatible avec l'ordre public international français ou ne pas être entachée de fraude à la loi.

II. Les dérogations aux règles de coordination

275. L'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois adoptée en matière de formation de la cohabitation hors mariage peut se trouver écartée par l'un des mécanismes perturbateurs du droit international privé. Selon la matière en cause et les facteurs de rattachement adoptés, ces derniers n'interviendront pas nécessairement avec la même intensité et la même vigueur. Après avoir envisagé la prise en compte de l'ordre public international français (A), il conviendra de s'intéresser à l'inopportunité de la fraude à la loi (B).

A. La permissivité de l'ordre public international

276. Le caractère bilatéral de la règle de conflit de lois retenue en matière de cohabitation hors mariage « conduit à faire un "saut dans l'inconnu" puisqu'on ignore le contenu de la loi étrangère susceptible d'être désignée »¹⁰⁹⁸. Les dispositions de ladite loi peuvent être incompatibles avec les principes fondamentaux du droit français à tel point que « le juge français [...] [sera] allergique au résultat en découlant »¹⁰⁹⁹. Avant d'envisager la potentielle réaction de l'ordre public international français face à une loi étrangère réservant la cohabitation hors mariage aux seuls couples hétérosexuels (2), il convient d'apporter des précisions sur ladite notion (1).

1. La notion d'ordre public international

277. Notion complexe, il est difficile de donner une définition précise de l'ordre public international. Selon les termes du célèbre arrêt *Lautour*¹¹⁰⁰, il s'agit des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». La formule consacrée « associe la double dimension internationale et nationale de l'exception d'ordre public »¹¹⁰¹. En effet, « les "principes de justice universelle" [...] s'entendent des droits naturels, qui trouvent leur consécration juridique dans les droits fondamentaux »¹¹⁰². Cependant, « ces droits de source internationale ne seront intégrés dans l'ordre public

¹⁰⁹⁸ J. Guillaumé, « Ordre public international. – Notion d'ordre public international », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 534-10, 2 mai 2018, n° 3.

¹⁰⁹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 354, n° 374.

¹¹⁰⁰ Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *S.* 1949. 1. 21, note J.-P. Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note H. Batiffol ; *JCP* 1948, II, 4532, note M. Vasseur ; *GADIP*, n° 19.

¹¹⁰¹ J. Guillaumé, « Ordre public international. – Notion d'ordre public international », *préc.*, n° 51.

¹¹⁰² *Ibid.*

*international que s'ils sont considérés comme essentiels "dans l'opinion française" »¹¹⁰³. Dans un arrêt en date du 8 juillet 2010¹¹⁰⁴, la Cour de cassation est venue apporter une nouvelle définition de l'ordre public international, car « *les principes de justice universelle* » consacrés dans l'arrêt *Lautour* étaient devenus inadaptés à l'état de notre droit¹¹⁰⁵. Ainsi, la Cour de cassation affirme que la norme étrangère est rejetée si elle est contraire aux « *principes essentiels du droit français* ». Selon le rapport de la Cour de cassation de 2013 consacré à l'ordre public, les principes essentiels « *découle[nt] d'exigences impératives du droit interne, qu'il convient aussi de sauvegarder à l'international* »¹¹⁰⁶. La doctrine s'est intéressée à cette notion qui pourrait évoquer « *plus largement des valeurs qui, même non fondamentales [...] façonnent néanmoins l'ordre juridique français* »¹¹⁰⁷ ou encore la « *défense des grands principes à portée universelle et sauvegarde d'une politique législative française* »¹¹⁰⁸.*

278. En réalité, la définition donnée par l'arrêt *Lautour* n'a pas perdu de son importance. Les deux définitions jurisprudentielles semblent complémentaires : « *les principes essentiels du droit français coexistent avec d'autres types de droits dotés d'une impérativité internationale* »¹¹⁰⁹. L'ordre public international est une « *notion indéterminée quant à son contenu substantiel [...] [qui] cependant [...] comprend, de par sa finalité, un ensemble de valeurs fondamentales ou essentielles de l'ordre juridique du for* »¹¹¹⁰. En définitive, l'ordre public international s'apprécie « *au cas par cas* »¹¹¹¹ ce qui conduit à « *l'impossibilité de toute énumération, de toute délimitation précise* »¹¹¹². Comme l'a affirmé Monsieur le Professeur Paul Lagarde, « *tout ce qu'[un juriste] peut faire, c'est de dresser le catalogue des cas d'ordre*

¹¹⁰³ J. Guillaumé, « Ordre public international. – Notion d'ordre public international », préc., n° 51.

¹¹⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21.740, D. 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister ; D. 2011, Pan. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 385, obs. A. Mirkovic et B. Haftel ; *RDSS* 2010, p. 1128, note C. Neirinck ; *RTD. civ.* 2010, p. 547, obs. J. Hauser ; *JCP* 2010, II, 1173, note H. Fulchiron ; *JCP* 2010, II, 809, note A. Devers ; *JCP* 2010, II, 911, note J. Rubellin-Devichi ; *JDI* 2011, p. 119, note S. Bollée ; *Deffrénois* 2011, p. 833, obs. J. Massip ; *RJPF* 2010-10/30, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2010, n° 156, obs. M. Farge ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. Hammje.

¹¹⁰⁵ Rapport annuel de la Cour de cassation sur l'ordre public, 2013, spéc. p. 199. Disponible sur : https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_de_cassation_rapport_2013.pdf.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*

¹¹⁰⁷ P. Hammje, « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 747.

¹¹⁰⁸ M. Farge, « L'adoption simple de l'enfant de même sexe n'est pas contraire à l'ordre public international français », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2010, comm. 156.

¹¹⁰⁹ J. Guillaumé, « Ordre public international. – Notion d'ordre public international », préc., n° 53.

¹¹¹⁰ A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, Tome 239, 1993, p. 25, n° 5.

¹¹¹¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 362, n° 382.

¹¹¹² *Ibid.*, p. 366, n° 383.

public, tâche ingrate et peu brillante qui seule permet une relative prévisibilité des réactions des tribunaux »¹¹¹³.

279. L'absence de définition de la notion d'ordre public international se justifie, notamment, par deux raisons principales. Premièrement, l'ordre public international est variable dans le temps. En effet, « *étant fondé sur l'existence d'une opposition fondamentale entre la loi étrangère normalement compétente et la loi du for, tout changement de l'un ou l'autre des termes de comparaison [...] est de nature à modifier les données du problème* »¹¹¹⁴. Autrement dit, la notion d'ordre public international présente un caractère évolutif dans le temps ce qui implique de déterminer le moment de son appréciation. Il convient d'appliquer le principe d'actualité de l'ordre public international unanimement admis en doctrine : « *la loi du for prise comme ordre de référence est la loi dans sa teneur au moment où le juge statue* »¹¹¹⁵. La jurisprudence a également opté pour une telle position en affirmant que l'ordre public international « *dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France* »¹¹¹⁶. En définitive, « *la relativité temporelle des valeurs essentielles d'un ordre juridique donné, dont le contenu est évolutif* »¹¹¹⁷ implique pour le juge de tenir compte de l'ordre public international dans son état actuel au moment du procès. Deuxièmement, l'ordre public international est caractérisé par sa variabilité. Son intervention « *dépend moins de la teneur même de la loi étrangère que de l'importance de la perturbation que son application en France est de nature à engendrer* »¹¹¹⁸. Autrement dit, « *la conformité de la loi étrangère aux valeurs essentielles du for s'apprécie in concreto : le juge doit procéder à la mise en œuvre virtuelle de la loi étrangère afin de déterminer le résultat auquel elle conduirait si elle était appliquée* »¹¹¹⁹. En d'autres termes, « *la seule teneur du droit étranger ne justifie pas qu'il soit repoussé lorsque son application ne consacre pas ce qu'elle peut avoir de choquant* »¹¹²⁰. L'appréciation *in concreto* « *se rattache à l'idée de protection de l'ordre juridique du for, ou de protection de la société du for* »¹¹²¹.

¹¹¹³ P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Thèse, LGDJ, 1959, p. 174, n° 149.

¹¹¹⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 366, n° 384.

¹¹¹⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 585, n° 364.

¹¹¹⁶ Cass. civ., 22 mars 1944, D.C. 1944, p. 145, rapport et note P. Lerebours-Pigeonnière.

¹¹¹⁷ J. Guillaumé, « Ordre public international. – Notion d'ordre public international », *préc.*, n° 57.

¹¹¹⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 368, n° 386.

¹¹¹⁹ J. Guillaumé, « Ordre public international. – Intervention de l'ordre public international », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 534-20, 30 mai 2018, n° 33.

¹¹²⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 329, n° 367.

¹¹²¹ B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Thèse, Dalloz, 2008, p. 335, n° 633.

280. L'ordre public international a pour effet d'évincer la loi étrangère normalement compétente. Cependant, cette « éviction est limitée au strict nécessaire car ce n'est pas le droit étranger qui est rejeté dans son ensemble mais uniquement la norme étrangère incompatible avec les valeurs essentielles françaises »¹¹²². Il s'agit de l'effet négatif de l'ordre public, mais celui-ci n'est pas suffisant. Le juge doit nécessairement se prononcer en référant à une règle juridique à substituer à la loi étrangère évincée. Il est alors question de l'effet positif. En droit français, l'ordre public international entraîne une substitution de la loi du for. *Bartin* affirmait que « c'est invariablement à sa propre loi que le juge emprunte les dispositions qu'il entend faire prévaloir, à ce titre, dans la solution du litige : ces dispositions ne dépendant jamais que de la *lex fori* : c'est là fait universel et constant »¹¹²³. Auparavant, cette solution se justifiait « par l'idée de la territorialité [...]. Chaque État étant souverain sur son territoire, l'application d'une loi étrangère sur ce territoire a un caractère exceptionnel et, en cas d'éviction de cette loi [...], il y a lieu de revenir à la règle générale, c'est-à-dire à l'application de la loi du for »¹¹²⁴. Aujourd'hui, la solution s'explique plus aisément en constatant que « par hypothèse, la situation présente un lien suffisant l'ordre juridique du for pour qu'elle soit soumise à ses autorités »¹¹²⁵.

281. Dans le cadre de cette étude, il convient alors de se demander si une loi étrangère réservant la cohabitation hors mariage aux seuls couples hétérosexuels serait contraire à l'ordre public international français.

2. *L'ordre public international français au service de la cohabitation hors mariage entre personnes de même sexe*

282. Envisager la réaction de l'ordre public international français face à une loi étrangère, désignée par la règle de conflit, restreignant la cohabitation hors mariage aux seuls couples formés de deux personnes de sexe différent peut s'appuyer sur la récente ouverture du mariage aux personnes de même sexe par la loi du 17 mai 2013¹¹²⁶. Avant l'entrée en vigueur de ladite loi, la différence de sexe était une condition de fond du mariage érigée au rang de valeurs fondamentales du droit français. En effet, un officier de l'état civil n'aurait pas accepté

¹¹²² J. Guillaumé, « Ordre public international. – Intervention de l'ordre public international », préc., n° 61.

¹¹²³ E. *Bartin*, *Principes de droit international privé*, Tome I, *op. cit.*, p. 252, n° 94 cité par P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, p. 202, n° 173.

¹¹²⁴ P. Lagarde, « Ordre public », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 1998 (mise à jour : mai 2020), n° 67.

¹¹²⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 340, n° 377.

¹¹²⁶ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

de célébrer une union entre personnes de même sexe sur le territoire français. Or, le nouvel article 202-1, alinéa 2 du Code civil permet d'écarter la loi nationale prohibitive ne permettant pas de célébrer un mariage homosexuel dès lors que l'un des futurs époux est lié à un État qui autorise une telle union, du fait de sa nationalité, de son domicile ou même de sa résidence. La Cour de cassation, par un arrêt en date du 28 janvier 2015¹¹²⁷, a illustré le caractère évolutif de l'ordre public international considérant que ce dernier s'oppose à une loi étrangère qui n'accepte pas le mariage entre personnes de même sexe¹¹²⁸. Ainsi, il est possible d'en conclure que « *le mariage entre personnes de même sexe passe d'un statut d'ordre public prohibitif, qui aurait jadis conduit au rejet de la loi personnelle permissive, à un statut d'ordre public permissif, qui conduit désormais à écarter la loi personnelle prohibitive* »¹¹²⁹.

283. Le concubinage précisément et la cohabitation hors mariage généralement constituent une forme de conjugalité restreinte par rapport à l'institution qu'est le mariage. Néanmoins, il est possible de penser que si la question de l'éviction d'une loi étrangère prohibitive - excluant les couples de personnes de même sexe du bénéfice de la cohabitation hors mariage - désignée par la règle de conflit de lois française au nom de l'ordre public international français se posait en jurisprudence, la réponse ne serait pas nécessairement négative. Le mariage entre personnes de même sexe a été érigé en valeur fondamentale du for en peu de temps¹¹³⁰. Cette variabilité dénote chez le législateur français un réel attachement aux nouvelles dispositions consacrées par la loi du 17 mai 2013¹¹³¹. Il ne paraît donc pas exclu que le même souci puisse être transposé aux relations de cohabitation hors mariage. Cette position mérite, cependant, d'être nuancée dans la mesure où la cohabitation hors mariage n'est pas le mariage. En effet, l'institution qu'est le mariage mérite certainement une protection particulière dans la mesure où cette dernière est encadrée et protégée par la loi. Le concubinage est encore envisagé comme « *une union de substitution du mariage, voire du [pacte civil de solidarité], tant ces deux unions sont étroitement encadrées dans leur formation par le législateur, et ce contrairement au concubinage qui n'exige nulle forme, nulle condition pour se constituer* »¹¹³². Si « *le législateur a [...] défini trois régimes de vie de couple qui soumettent les personnes à*

¹¹²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, *D.* 2015, p. 464, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron ; *D.* 2015, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2015, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2015, p. 172, obs. A. Boiché ; *AJ fam.* 2015, p. 71, point de vue B. Haftel ; *RTD civ.* 2015, p. 91, obs. P. Puig ; *RTD civ.* 2015, p. 343, obs. L. Usunier ; *RTD civ.* 2015, p. 359, obs. J. Hauser.

¹¹²⁸ Cf. *infra* n° 492 et s.

¹¹²⁹ J. Guillaumé, « Ordre public international. – Notion d'ordre public international », préc., n° 57.

¹¹³⁰ Cf. *infra* n° 502 et s.

¹¹³¹ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹¹³² S. Ben Hadj Yahia, « Concubinage », préc., n° 8.

des droits et obligations différents »¹¹³³, il est concevable de penser que l'un et l'autre de ces régimes ne seraient pas traités de la même manière par la jurisprudence. Ainsi, affirmer que l'ordre public international français s'opposerait à l'application d'une loi étrangère fermant l'accès à la cohabitation hors mariage aux couples homosexuels ne va pas nécessairement de soi.

284. La question de la cohabitation hors mariage et, plus généralement, les problématiques relevant du statut personnel semblent être le terrain d'élection de l'ordre public international. La remarque ne vaut pas nécessairement pour la fraude à la loi qui paraît bien plus difficile à mettre en place en la matière.

B. Le recours inopportun à la fraude à la loi

285. La fraude à la loi en droit international privé consiste « à modifier volontairement un rapport de droit dans le seul but de la soustraire à la loi normalement compétente »¹¹³⁴. Le droit international privé constitue « le domaine d'élection de la fraude » induit par « la multiplicité des systèmes juridiques »¹¹³⁵ ce qui implique d'en préciser les contours (1). Les facteurs de rattachement retenus en matière de loi applicable à la formation de la cohabitation hors mariage sont, classiquement, de ceux pouvant conduire à une éventuelle fraude à la loi. Cependant, eu égard à la particularité de ce mode de conjugalité, la cohabitation hors mariage ne semble pas être propice à de telles manœuvres (2).

1. Les contours de la fraude à la loi

286. La fraude à la loi s'observe lorsque « les parties, ou du moins l'une d'elles, cherchent à tirer profit de la diversité des systèmes de droit, en manipulant les règles de compétence législative du for envisagé »¹¹³⁶. Or, il est inconcevable que « les individus puissent utiliser les règles de conflit aux fins de soustraire aux dispositions légales de fond normalement applicables »¹¹³⁷. Afin de condamner un tel comportement, le juge utilise l'exception de fraude à la loi permettant de sanctionner les manœuvres répréhensibles en recourant à l'inopposabilité. Le mécanisme de la fraude à la loi a été parfaitement illustré à l'occasion de la célèbre affaire *Princesse de Bauffremont*¹¹³⁸ rendue par la Cour de cassation le 18 mars 1878. Il s'agissait

¹¹³³ Cons. const. 29 juill. 2011, n° 2011-155 QPC, *AJDA* 2011, p. 1591 ; *D.* 2012, p. 971, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJDA* 2011, p. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2011, p. 436, obs. W. Jean-Baptiste ; *RTD civ.* 2011, p. 748, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2011, n° 143, note V. Larribau-Terneyre.

¹¹³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 1983, *Lafarge*, n° 82-11.290, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 346, note B. Ancel.

¹¹³⁵ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 191, n° 276.

¹¹³⁶ *Ibid.*, p. 192, n° 277.

¹¹³⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 391, n° 411.

¹¹³⁸ Cass. civ., 19 mars 1978, *Princesse de Bauffremont*, *S.* 1878, 1, p. 193, note M. Labbé ; *GADIP*, n° 6.

d'une ressortissante française ayant obtenu la nationalité du duché de la Saxe-Altenburg afin d'échapper à la loi française prohibant, à l'époque, le divorce. Ainsi, par application du droit de cet État allemand, la séparation de corps entre le Prince de Bauffremont et son épouse a été convertie en divorce, conformément à l'article 3, alinéa 3 du Code civil soumettant le statut personnel à la loi nationale permettant à la Princesse de se marier avec le Prince Bibesco. La Cour de cassation a considéré que la naturalisation était intervenue en fraude à la loi française dans la mesure où la nouvelle nationalité avait été obtenue 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. Ainsi, le changement de nationalité étant sans effet en France, tant le divorce que le second mariage n'ont pas été valides en France.

287. Plusieurs éléments sont nécessaires afin qu'une fraude à la loi soit caractérisée : l'élément matériel, l'élément intentionnel et l'élément légal. L'élément matériel, en premier lieu, consiste à modifier le facteur de rattachement retenu par la règle de conflit. À cette fin, plusieurs voies sont envisageables, il est possible d'agir « *soit sur l'élément localisateur du rapport de droit, soit sur sa qualification, soit encore sur les éléments déclenchant la compétence du système de droit international privé quant à ce rapport de droit* »¹¹³⁹. De manière générale, « *l'élément matériel ne peut porter que sur une étape du raisonnement conflictuel qui dépend, de près ou de loin, de la volonté des parties* »¹¹⁴⁰. Ainsi, « *la fraude est pratiquement impossible lorsque la volonté de l'individu n'intervient normalement pas dans la détermination du rattachement* »¹¹⁴¹.

Ensuite, l'élément intentionnel ou moral implique la volonté d'échapper à la loi normalement applicable. En effet, le seul fait de changer de nationalité ou de déplacer la localisation de son domicile est en soi licite. Il est nécessaire de rechercher une intention frauduleuse qui correspond pour l'individu au fait d'utiliser « *les règles de conflit "dans le seul but" de se soustraire à la loi normalement compétente* »¹¹⁴². Autrement dit, il convient que « *la modification de l'élément de rattachement [...] n'ait été guidée que par le but exclusif de parvenir à l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement applicable* »¹¹⁴³. En définitive, l'intention n'est frauduleuse que « *si celui qu'elle anime modifie les données de*

¹¹³⁹ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 1998 (mise à jour : mars 2009), n° 32.

¹¹⁴⁰ E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi, Etude de droit international privé de la famille*, Thèse, Defrénois, 2006, p. 41, n° 57.

¹¹⁴¹ B. Audit, « Fraude à la loi », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 535, 5 sept. 2016, n° 9.

¹¹⁴² H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 596, n° 372.

¹¹⁴³ E. Cornut, *op. cit.*, p. 42, n° 60.

fait afin d'obtenir l'application d'une certaine loi »¹¹⁴⁴, « sans accepter les conséquences plus essentielles normalement attachées à ce changement »¹¹⁴⁵. La preuve de l'intention frauduleuse est parfois difficile à apporter, c'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine est hostile à cette condition. En effet, il est vrai que « l'intention ne peut être découverte que si l'on scrute les mobiles des agissements du fraudeur, ce qui est un facteur d'insécurité juridique à raison de la part d'arbitraire que les recherches d'intention comportent nécessairement »¹¹⁴⁶. Cependant, cet argument ne convainc pas dans la mesure où la jurisprudence s'efforce de démontrer « l'intention de l'intéressé [...] à partir d'éléments objectifs »¹¹⁴⁷. Ainsi, les juges « attache[nt] une importance particulière à certains indices tirés de l'attitude du plaideur soupçonné de fraude »¹¹⁴⁸.

Enfin, l'élément légal implique logiquement la présence d'une règle de droit applicable à laquelle l'intéressé veut se soustraire. L'exception de fraude à la loi réagira à l'encontre de la loi désignée « qu'à la condition que l'autorité d'une loi ait été atteinte par la fraude et que cette autorité soit elle-même protégée par l'ordre juridique français »¹¹⁴⁹. À ce stade, il convient de préciser si l'exception de fraude à la loi peut intervenir à l'encontre d'une loi étrangère. Auparavant, l'opinion était la suivante : « l'exception de fraude à la loi ne joue pas normalement en faveur d'une loi étrangère »¹¹⁵⁰. Cette conception était fondée sur le fait que « l'ordre juridique français n'avait pas à réparer une atteinte à l'autorité d'une loi étrangère »¹¹⁵¹. Une telle position semblait avoir été admise par la Cour de cassation dans l'arrêt *Manicini*¹¹⁵² présentant des faits similaires à ceux de l'affaire *Princesse de Bauffremont* où la Cour de cassation a confirmé la décision rendue par les juges du fond « d'avoir refusé de retenir l'allégation de fraude à la loi italienne qu'une Italienne séparée de corps, dirigeait contre la conversion en divorce que son mari, italien d'origine, avait obtenue par application de la loi française, après sa naturalisation »¹¹⁵³. En réalité, « le motif de cette décision fut qu'il n'appartenait pas au juge de critiquer l'acte administratif français qu'est la naturalisation »¹¹⁵⁴.

¹¹⁴⁴ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », préc., n° 54.

¹¹⁴⁵ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 193, n° 278.

¹¹⁴⁶ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », préc., n° 54 citant J. Perroud, « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI*, 1926, p. 23 et 24.

¹¹⁴⁷ B. Audit, « Fraude à la loi », préc., n° 11.

¹¹⁴⁸ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », préc., n° 57. L'auteur cite de nombreux exemples jurisprudentiels illustrant ce propos.

¹¹⁴⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 395, n° 415.

¹¹⁵⁰ B. Audit, *La fraude à la loi*, Thèse, Dalloz, 1974, p. 10, n° 11.

¹¹⁵¹ B. Audit, « Fraude à la loi », préc., n° 16.

¹¹⁵² Cass. civ., 5 févr. 1929, *Manicini*, S. 1930, 1, p. 181, note Audinet.

¹¹⁵³ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 53.

¹¹⁵⁴ B. Audit, « Fraude à la loi », préc., n° 16.

Néanmoins, « dans un système de droit international privé qui, comme le système français, s'exprime au premier chef sous forme de règles de conflit bilatérales, il serait peu cohérent de rester indifférent devant la violation délibérée des lois étrangères »¹¹⁵⁵. Les auteurs préconisent la prise en considération de la fraude à la loi étrangère « dans l'optique d'un aménagement harmonieux des relations internationales »¹¹⁵⁶. C'est d'ailleurs l'opinion que semble partager la jurisprudence française qui semble accueillir l'exception de fraude à la loi étrangère¹¹⁵⁷. À l'occasion de l'arrêt *Lafarge*¹¹⁵⁸ en date du 17 mai 1983, la Cour de cassation propose une définition de la fraude à la loi en utilisant le terme « loi normalement compétente », et ce sans distinguer l'origine de cette dernière. Ainsi, il semble que l'exception de fraude à la loi puisse protéger tant la loi française, qu'une loi étrangère.

288. Quant à la réaction à l'encontre d'une fraude à la loi, certains auteurs préconisent que les actes frauduleux soient frappés de nullité¹¹⁵⁹. Cependant, « en droit international privé, la sanction ne peut être aussi complète [...], il ne dépend pas de l'État français de décider si l'acte est valable dans le pays étranger où il a été accompli »¹¹⁶⁰. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence utilise l'exception de fraude à la loi afin de sanctionner la manœuvre par l'inopposabilité de l'acte frauduleux. Dès lors, « la situation sera examinée par le juge en l'état dans lequel elle se serait trouvée si la manœuvre n'avait pas eu lieu »¹¹⁶¹. Concernant l'étendue de l'inopposabilité, les auteurs sont divisés. Certains se prononcent en faveur d'une restriction à la conséquence que l'individu cherchait à obtenir¹¹⁶². Il « est ainsi prôné la restriction du rayon d'action de l'exception de fraude, au motif que cette arme, dont l'objectif n'est que de contrecarrer la fraude, n'aurait pas à influencer sur les conséquences de la manœuvre non recherchées par le fraudeur »¹¹⁶³. D'autres, au contraire, estiment que la sanction frappe l'ensemble de l'acte frauduleux qui ne peut produire aucun effet¹¹⁶⁴. Cette solution, « qui permet d'éviter une trop grande relativité des statuts juridiques, n'est pas illogique : la fraude porte atteinte à la régularité de l'acte lui-même et non pas à celle de certains de ses effets »¹¹⁶⁵. Pour certains, il est difficile d'apporter une réponse parfaite quant à l'étendue de

¹¹⁵⁵ B. Audit, « Fraude à la loi », préc., n° 16.

¹¹⁵⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 395, n° 415.

¹¹⁵⁷ CA Paris, 18 juin 1964, *Gunzbourg*, *JDI* 1964, p. 810, note J.-D. Bredin ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note Déprez

¹¹⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 1983, *Lafarge*, n° 82-11.290, préc.

¹¹⁵⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 596, n° 375.

¹¹⁶⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 397, n° 416.

¹¹⁶¹ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », préc., n° 64.

¹¹⁶² P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 195, n° 283.

¹¹⁶³ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », préc., n° 68.

¹¹⁶⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 397, n° 416.

¹¹⁶⁵ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », préc., n° 68.

l'inopposabilité dans la mesure où « *la jurisprudence en la matière est [...] trop rare pour qu'on puisse dégager des lignes de force* »¹¹⁶⁶ sur cette controverse doctrinale. La jurisprudence française n'a pas tranché la question, elle semble se rapprocher de l'une ou l'autre des doctrines selon la décision en cause¹¹⁶⁷. Néanmoins, une partie de la doctrine considère, semble-t-il à juste titre qu'au contraire, la jurisprudence française a opté pour la nullité de l'ensemble de l'acte frauduleux¹¹⁶⁸. En effet, lors de l'affaire *Princesse de Bauffremont*¹¹⁶⁹, la Cour de cassation n'a point tenu compte du changement de nationalité et a considéré que l'intéressé demeurait de nationalité française.

289. Malgré les quelques hésitations doctrinales quant à l'étendue de sa sanction, l'admission de l'exception de fraude à la loi en droit positif ne fait pas de doute. Or, le droit international privé de la famille est l'un des pans les plus propices à la fraude à la loi « *en raison de l'attraction frauduleuse de la matière* »¹¹⁷⁰. Cette matière « *est, plus que toute autre matière, le reflet des antagonismes entre les civilisations* »¹¹⁷¹. Ainsi, « *le grief de fraude à la loi française a été principalement invoqué en matière de statut personnel, à la suite de changement de nationalité ou de domicile* »¹¹⁷² auxquels il convient, désormais, de rajouter de résidence habituelle. En matière de loi applicable à la cohabitation hors mariage, les facteurs de rattachement retenus - nationalité, domicile ou résidence - peuvent facilement être modifiés afin de désigner l'ordre juridique opportun pour les intéressés. Pour autant, une fraude à la loi par deux individus homosexuels souhaitant bénéficier d'une cohabitation hors mariage paraît peu envisageable.

2. *La cohabitation hors mariage peu propice à la fraude à la loi*

290. Les facteurs retenus en matière de loi applicable à la formation de la cohabitation hors mariage sont de ceux pouvant conduire à une éventuelle fraude. En effet, « *en changeant de nationalité ou de domicile [ou de résidence habituelle], un individu peut [...] se placer sous l'empire de celle des lois sur les relations de famille qui est la plus apte à favoriser ses intérêts* »¹¹⁷³. Dans sa thèse consacrée à la fraude à la loi, Monsieur le Professeur Bernard Audit

¹¹⁶⁶ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 305, n° 410. V. dans le même sens : P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », préc., n° 68.

¹¹⁶⁷ V. les exemples cités par P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », préc., n° 68.

¹¹⁶⁸ V. en ce sens : Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 398, n° 416.

¹¹⁶⁹ Cass. civ., 19 mars 1978, *Princesse de Bauffremont*, préc.

¹¹⁷⁰ E. Cornut, *op. cit.*, p. 13, n° 25.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, p. 14, n° 25.

¹¹⁷² B. Audit, « Fraude à la loi », préc., n° 24.

¹¹⁷³ D. J. L. Davies, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, Tome 62, 1937, p. 532, n° 5.

affirme que « *la fraude à la loi par utilisation de la règle de conflit [...] [est] possible en matière de statut personnel, car il dépend de la volonté des parties de changer de nationalité, ou de domicile* »¹¹⁷⁴. Plus exactement, l'auteur précise qu'une telle fraude « *n'est possible que lorsque l'élément de rattachement prend en considération une déclaration de volonté* »¹¹⁷⁵ « *laquelle peut ne pas correspondre à une effectivité* »¹¹⁷⁶. Il est, traditionnellement, enseigné que la nationalité, le domicile et la résidence habituelle se prêtent facilement au changement, mais ce constat mérite d'être nuancé. En effet, « *l'acquisition d'une nouvelle nationalité ne déplace véritablement le rattachement et, partant, la loi applicable que si, selon la loi évincée, l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère fait perdre la nationalité du for* »¹¹⁷⁷. Dans le cas contraire, « *la solution du conflit de nationalités en faveur de celle du for [...] suffira à réaffirmer la compétence de la loi évincée et à priver d'effet une éventuelle fraude* »¹¹⁷⁸. De même, lorsque le statut personnel est soumis à la loi du domicile, l'exception de fraude n'intervient qu'en « *fonction de l'effet que l'on attache dans le ressort de la loi évincée à la déclaration d'acquisition d'un domicile à l'étranger [...], elle n'a dans le ressort du domicile d'origine que la portée que les autorités voudront bien lui prêter* »¹¹⁷⁹. Le même raisonnement peut être appliqué à la résidence habituelle : « *un changement de résidence [...], s'il est interprété par la suite comme opéré en vue de faire appliquer la loi de l'État correspondant, pourrait [...] être privé d'effet sans avoir à recourir à l'exception de fraude mais par la seule constatation objective que la nouvelle résidence ne répond pas aux exigences* »¹¹⁸⁰ du for.

291. De plus, une limite d'ordre pratique intervient face à la caractérisation d'une fraude à la loi lors de la formation de la cohabitation hors mariage. En effet, cette dernière nécessite une certaine durée et stabilité afin d'être constituée. Or, la fraude à la loi est constituée lorsque les individus ont pour seule intention de modifier l'élément de rattachement afin d'aboutir à leurs fins. Pour qu'une fraude à la loi soit caractérisée en matière de formation de la cohabitation hors mariage, deux personnes de même sexe ayant modifié le lieu de leur domicile ou de leur résidence habituelle dans un nouvel État afin d'échapper à la loi de leur État d'origine devraient y résider seulement pour obtenir ce qu'ils ne peuvent avoir ailleurs, soit le statut de cohabitant hors mariage. Néanmoins, l'exigence d'une relation stable et durable propre aux relations

¹¹⁷⁴ B. Audit, *La fraude à la loi*, op. cit., p. 122, n° 159.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 122, n° 160.

¹¹⁷⁶ B. Audit, « Fraude à la loi », préc., n° 9.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ *Ibid.* Face à un conflit de nationalités, la solution de principe est la suivante : lorsque l'une des nationalités en cause est celle de l'autorité saisie, elle prévaut sur les autres. V. Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 1968, *Kasapyan*, Bull. civ. I, n° 176 ; *Rev. crit. DIP* 1969, p. 59, note H. Battifol ; *GADIP*, n° 46.

¹¹⁷⁹ B. Audit et L. d'Avout, op. cit., p. 269, n° 300.

¹¹⁸⁰ B. Audit, « Fraude à la loi », préc., n° 60.

informelles laisse à penser qu'il s'agirait d'un cas d'école. En effet, comment apporter la preuve de l'élément intentionnel de la fraude à la loi après plusieurs années de résidence au sein d'un État ? L'absence de formalités propre à la formation de la cohabitation hors mariage semble être le facteur rendant peu probable la consécration d'une fraude à la loi en la matière.

292. Union de fait, la cohabitation hors mariage appelle peu d'interventions du législateur même si l'évolution sociétale en amènera potentiellement de nouvelles. Il semblait tout de même opportun de s'interroger sur l'éventuelle application des mécanismes de droit international privé sur ces dernières à l'aune de la particularité que constituent les couples homosexuels à l'échelle internationale. Le postulat est différent concernant les partenariats enregistrés - relation de droit - qui méritent une intervention législative afin de fixer les règles de droit international privé.

Section 2. Les partenariats enregistrés : une relation formelle

293. Contrairement à l'union libre, qualifiée de relation informelle, le partenariat enregistré est une relation formelle. Il n'a cessé de se développer au niveau européen et de manière plus générale au niveau mondial offrant pour certains un mode alternatif de conjugalité et pour d'autres un moyen nouveau leur offrant l'opportunité de voir leur relation de couple reconnue juridiquement. L'augmentation des couples mixtes et le développement de la mobilité internationale n'ont cessé d'internationaliser les relations formelles démontrant l'importance grandissante pour le législateur français de régler les questions de droit international privé s'y rattachant. Après d'importants travaux doctrinaux et une intervention du législateur assez tardive, une règle de conflit applicable aux partenariats enregistrés a vu le jour. Afin de suivre une démarche classique en droit international privé, il convient de déterminer la loi applicable aux partenariats enregistrés (Sous-section 1) avant d'en délimiter le domaine (Sous-section 2).

Sous-section 1. La détermination de la loi applicable aux partenariats enregistrés

294. La diversité des partenariats enregistrés d'un État à l'autre a entraîné d'innombrables difficultés dans la détermination de la loi applicable à ces derniers. Si le législateur est intervenu par le biais de la loi du 15 novembre 1999¹¹⁸¹ en créant le pacte civil de solidarité, il est resté muet quant au domaine du droit international privé. Dix ans plus tard,

¹¹⁸¹ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

la loi du 12 mai 2009¹¹⁸² est finalement venue introduire une règle de conflit de lois propre aux partenariats enregistrés¹¹⁸³. Ce laps de temps a été l'occasion pour la doctrine de s'interroger tant sur la qualification que sur le rattachement de cette institution nouvelle qui a nécessairement comporté des éléments d'extranéité. Classiquement, après avoir envisagé la question de la qualification (Paragraphe 1), il conviendra d'aborder celle du rattachement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La délicate qualification : la variété des partenariats enregistrés

295. Le partenariat enregistré est un statut ayant vu le jour en droit interne au fil des réformes et selon l'évolution sociétale au sein de chaque État indépendamment. Ce mode de conjugalité a été adopté afin de remplir différents objectifs qui diffèrent selon l'État en cause. Ainsi, il convient d'envisager l'hétérogénéité de la notion (I). Les quelques illustrations de ce caractère permettent de justifier la nécessité d'une création d'une catégorie propre aux partenariats enregistrés en droit international privé (II).

I. L'hétérogénéité de la notion de partenariat enregistré

296. La notion de partenariat enregistré est une notion qualifiée d'hétérogène, car la création de ce mode de conjugalité trouve son « *origine dans les différents buts sociaux* »¹¹⁸⁴ que les législateurs des États en cause ont cherché à remplir. Ainsi, l'hétérogénéité de cette notion se retrouve eu égard d'une part, aux bénéficiaires des partenariats enregistrés (A) et d'autre part, au régime de ces derniers (B).

A. Une différence fondée sur les bénéficiaires du partenariat enregistré

297. L'hétérogénéité des partenariats enregistrés se vérifie en s'intéressant aux bénéficiaires de ces derniers. Alors que certains sont ouverts tant aux couples homosexuels qu'hétérosexuels, d'autres sont réservés aux couples de personnes de même sexe.

¹¹⁸² L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF*, n° 0110, 13 mai 2009, p. 7920.

¹¹⁸³ Le 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 ne s'applique qu'aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Les questions relatives à l'existence, la validité et la reconnaissance des partenariats enregistrés sont exclues en son article 1^{er}, paragraphe 2.

¹¹⁸⁴ H. U. Jessurun d'Oliveira, « Le partenariat enregistré et le droit international privé », *TCFDIP*, 2000-2002, p. 81 et s., spéc. p. 83.

298. Les États ayant ouvert les partenariats enregistrés tant aux couples de personnes de même sexe, qu'aux couples de personnes de sexe opposé permettent à ces derniers de choisir la forme de conjugalité correspondant à leurs attentes. L'idée directrice de l'ouverture de ce nouveau statut à tous les couples peu importe leur orientation sexuelle semble être le fait que « *la consécration juridique de couple homosexuel relevait de l'évolution sociale au même titre que la reconnaissance du couple hétérosexuel non marié* »¹¹⁸⁵. Le partenariat enregistré est envisagé comme « *une institution nouvelle, dénuée d'histoire et inspirée d'une nouvelle idéologie* »¹¹⁸⁶ qui a pour intention de séduire les individus réfractaires à l'institution du mariage.

Le droit français en est la première illustration avec la création du pacte civil de solidarité par la loi du 15 novembre 1999¹¹⁸⁷. L'article 515-1 du Code civil définit le pacte civil de solidarité comme « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ». Ainsi, ce mode de conjugalité est ouvert à tous les couples indépendamment de leur orientation sexuelle et profite notamment aux couples qui ne souhaitent pas se marier. Les Pays-Bas, également, ont adopté le *geregistreerd partnerschap* avec une loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998¹¹⁸⁸ qui ouvre le partenariat sans limiter son bénéficiaire aux seuls couples de même sexe. Dans la même idée, le législateur belge a instauré la cohabitation légale par la loi du 23 novembre 1998¹¹⁸⁹ destinée à officialiser et encadrer juridiquement les relations de cohabitation des individus hétérosexuels et homosexuels. La même solution a été adoptée dans plusieurs provinces espagnoles autonomes ouvrant le partenariat sans distinction du sexe des cohabitants notamment la Catalogne en 1998¹¹⁹⁰, l'Aragon en 1999¹¹⁹¹, la Navarre en 2000¹¹⁹² et enfin la Provence de Valence en 2001¹¹⁹³.

299. À l'inverse, les États ayant adopté des partenariats enregistrés ouverts aux seuls couples impliquant deux personnes de même sexe ont légiféré afin de répondre aux revendications homosexuelles. Les réformes législatives ont pour intention d'offrir un cadre

¹¹⁸⁵ G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Thèse, LGDJ, 2005, p. 24, n° 31.

¹¹⁸⁶ H. U. Jessurun d'Oliveira, « *Le partenariat enregistré et le droit international privé* », art. préc., p. 81 et s., spéc. p. 84.

¹¹⁸⁷ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

¹¹⁸⁸ Pays-Bas, L. du 4 juill. 1997 portant modification du Livre I du Code civil et du Code de procédure civile, *Staatsblad* 1997 nr. 324.

¹¹⁸⁹ Belgique, L. du 23 nov. 1998 instaurant la cohabitation légale, Mon. b., 12 janv. 1999.

¹¹⁹⁰ Catalogne, L. n° 10/1998 du 15 juill. 1998, publiée au JO du 19 août 1998 modifiée par la loi n° 3/2005 du 8 avr. 2005.

¹¹⁹¹ Aragon, L. n° 6/1999 du 26 mars 1999, publiée au JO du 22 avr. 1999.

¹¹⁹² Navarre, L. n° 6/2000 du 3 juill. 2000 sur l'égalité juridique des couples stables, publiée au JO du 6 sept. 2000.

¹¹⁹³ Valence, L. n° 1/2001 du 6 avril 2001 sur les couples non mariés, publiée au JO du 10 mai 2001.

légal aux cohabitations homosexuelles, faute de pouvoir leur ouvrir le mariage. Il ne s'agit pas d'un mode de conjugalité optionnel dont peuvent bénéficier les couples hétérosexuels qui ne souhaiteraient pas s'unir par les liens du mariage. Ces États ont été guidés par le principe de non-discrimination. « *Les homosexuels ne pouvant se marier, il était nécessaire de leur donner un statut conférant les mêmes droits que le mariage* »¹¹⁹⁴.

Le souci de « *mettre les couples homosexuels sur un pied d'égalité avec les couples hétérosexuels* »¹¹⁹⁵ a été pour la première fois révélé par le législateur danois. En effet, le Danemark a été l'État pionnier en la matière avec la loi 7 juin 1989¹¹⁹⁶ ouvrant le partenariat enregistré aux seuls couples homosexuels. De même, la loi norvégienne du 30 avril 1993¹¹⁹⁷ a mis en place le partenariat déclaré au profit des couples de personnes de même sexe offrant des droits similaires à ceux découlant du mariage¹¹⁹⁸. Le législateur suédois, souhaitant faciliter la cohabitation homosexuelle, a mis en place un partenariat enregistré à l'occasion de l'adoption de la loi du 23 juin 1994¹¹⁹⁹. Réservé aux couples de personnes de même sexe, ce mode de conjugalité est « *susceptible de créer une communauté économique comparable à celle des couples mariés* »¹²⁰⁰. Une solution similaire a été adoptée en Islande par le biais de la loi du 4 juin 1996¹²⁰¹. L'Allemagne a suivi l'exemple des pays scandinaves en introduisant, par le biais d'une loi du 16 février 2001¹²⁰², la *Eingetragene Lebenspartnerschaft* ouverte seulement aux personnes de même sexe.

300. L'idée directrice - choix quant au mode de conjugalité proposé aux couples ou principe de non-discrimination à l'égard des couples homosexuels - ayant présidé l'adoption des différents partenariats enregistrés dans les dispositions internes a donc influé sur les bénéficiaires de ces derniers. Également, l'hétérogénéité de la notion de partenariat enregistré se vérifie quant au régime de cette forme de conjugalité.

¹¹⁹⁴ G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, op. cit., p. 24, n° 31.

¹¹⁹⁵ H. U. Jessurun d'Oliveira, « Le partenariat enregistré et le droit international privé », art. préc. p. 81 et s., spéc. p. 83.

¹¹⁹⁶ Danemark, L. n° 372 relative au partenariat enregistré (*registreret partner-skab*) du 7 juin 1989, entrée en vigueur le 1^{er} oct. 1989.

¹¹⁹⁷ Norvège, L. n° 40 du 30 avril 1993, entrée en vigueur le 1^{er} août 1993.

¹¹⁹⁸ V. Lange et L. Marius Heggberget, « Norvège », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. unique, 1^{er} juill. 2000 (mise à jour : 21 mai 2008), n° 54.

¹¹⁹⁹ Suède, L. n° 1117 du 23 juin 1994, entrée en vigueur le 1^{er} août 1995.

¹²⁰⁰ B. Linden, « Suède », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. unique, 1^{er} sept. 1997, n° 70.

¹²⁰¹ Islande, L. du 4 juin 1996, entrée en vigueur le 27 juin 1996.

¹²⁰² Allemagne, L. du 16 févr. 2001 sur le partenariat de vie enregistré, entrée en vigueur le 1^{er} août 2001.

B. Une différence fondée sur le régime du partenariat enregistré

301. Le régime des partenariats enregistrés est dicté par l'objectif du législateur de l'instauration de ces derniers en droit interne. Si certains ont eu pour soucis de conférer des droits similaires à ceux du mariage, à quelques exceptions près, en créant des partenariats de type institutionnel, d'autres ont souhaité que ce nouveau mode de conjugalité laisse une part de liberté plus importante aux intéressés en usant de partenariats de type contractuel.

302. Les partenariats de type institutionnel ou partenariats institutions « *s'inscrivent dans une logique anti discriminatoire* »¹²⁰³. Il s'agit de modes de conjugalité créés afin de conférer aux couples de personnes de même sexe des droits similaires à ceux des époux, faute de pouvoir leur accorder le droit de se marier dans le souci de ne pas « *remettre en cause le fondement anthropologique du mariage* »¹²⁰⁴. Les États concernés ont procédé de manière différente dans le but de créer ces nouvelles institutions. Certains ont procédé par simple référence aux règles du mariage en posant cependant certaines exceptions alors que d'autres « *ont choisi la voie de l'énumération* »¹²⁰⁵ en instituant un texte spécial se rapprochant du mariage¹²⁰⁶.

Concernant la première hypothèse, les pays scandinaves en constituent la meilleure illustration. Le législateur danois a été le précurseur en la matière puisque dès 1989¹²⁰⁷, les règles applicables aux époux ont été transposées aux partenaires. Des exceptions subsistent tout de même notamment concernant les règles relatives à la filiation et sur la solidarité. Les législateurs norvégiens et suédois ont suivi le même chemin respectivement en 1993¹²⁰⁸ et 1994¹²⁰⁹. Enfin, l'Islande et la Finlande ont également utilisé la voie de la référence aux règles de mariage en 1996¹²¹⁰ et 2001¹²¹¹.

Concernant la seconde hypothèse, le partenariat de vie créé par le législateur allemand en 2001¹²¹² en est le premier exemple. Il a été institué dans le cadre d'une loi sur la cessation

¹²⁰³ G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, op. cit., p. 25, n° 33.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ V. H. Fulchiron, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », art. préc.

¹²⁰⁷ Danemark, L. n° 372 relative au partenariat enregistré (*registreret partner-skab*) du 7 juin 1989, entrée en vigueur le 1^{er} oct. 1989.

¹²⁰⁸ Norvège, L. n° 40 du 30 avril 1993, entrée en vigueur le 1^{er} août 1993.

¹²⁰⁹ Suède, L. n° 1117 du 23 juin 1994, entrée en vigueur le 1^{er} août 1995.

¹²¹⁰ Islande, L. du 4 juin 1996, entrée en vigueur le 27 juin 1996.

¹²¹¹ Finlande, L. n° 950/2001 du 9 nov. 2001, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002.

¹²¹² Allemagne, L. du 16 févr. 2001 sur le partenariat de vie enregistré, entrée en vigueur le 1^{er} août 2001.

de la discrimination à l'égard des homosexuels¹²¹³. Le législateur allemand a légiféré avec l'intention « *d'accorder aux couples homosexuels des droits équivalents à ceux des époux sans remettre en question la primauté du mariage* »¹²¹⁴. Ainsi, des rapprochements avec le mariage sont utilisés tout en rédigeant un texte spécifique au partenariat de vie. Le législateur suisse a mis en place un partenariat enregistré entre personnes de même sexe pour permettre à ces dernières de donner un cadre juridique à leur relation¹²¹⁵. Comme le législateur allemand, la Suisse a pris le parti de mettre en place des textes en tenant compte des particularités du partenariat tout en se rapprochant du mariage afin de ne pas dénaturer l'institution qu'est le mariage. Aussi, les Pays-Bas ont procédé à la création d'un partenariat enregistré en énumérant les dispositions lui étant applicables par analogie à celles du mariage¹²¹⁶.

303. Les partenariats de type contractuel sont ceux « *qui produisent un certain nombre d'effets impératifs tout en laissant une part importante de liberté aux partenaires et qui sont le plus souvent ouverts à tous les couples indépendamment de leur orientation sexuelle* »¹²¹⁷. À titre d'exemple, outre le Pacte civil de solidarité français, il est possible de citer la cohabitation légale belge qui a été créée par une loi du 23 novembre 1998¹²¹⁸. Contrairement au pacte civil de solidarité français, elle a été insérée dans le Livre III du Code civil belge aux articles 1475 à 1479 « *ce qui en fait une union s'inscrivant dans la logique de l'union des biens plutôt que de celle des personnes* »¹²¹⁹. Elle est ouverte à toute personne indépendamment de son sexe, mais également de son lien de parenté. Elle est soumise à une procédure d'enregistrement, mais ne produit que très peu d'effets contrairement au mariage. Plusieurs communautés autonomes espagnoles ont légiféré en mettant en place des unions stables de ce type¹²²⁰. De même, le partenariat luxembourgeois ouvert depuis le 1^{er} novembre 2004¹²²¹ relève de cette catégorie.

304. Il est aisé de se rendre compte que l'hétérogénéité de la notion de partenariat enregistré se vérifie à plusieurs égards. C'est, ainsi, qu'en droit international privé, la tâche s'est avérée complexe afin de déterminer la loi applicable à la formation d'un tel statut. En effet, le mécanisme conflictuel nécessite de passer par l'étape de la qualification. Aucune des catégories

¹²¹³ G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, op. cit., p. 31, n° 42.

¹²¹⁴ *Ibid.*, p. 32, n° 43.

¹²¹⁵ Suisse, L. fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart) du 18 juin 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2007.

¹²¹⁶ Pays-Bas, L. du 4 juill. 1997, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 1998.

¹²¹⁷ G. Kessler, « Partenariat enregistré et union libre », préc., n° 2.

¹²¹⁸ Belgique, L. du 23 nov. 1998, *Moniteur belge*, 12 janv. 1999, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2000.

¹²¹⁹ G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, op. cit., p. 38, n° 53.

¹²²⁰ Cf. les références citées *supra* n° 298.

¹²²¹ Luxembourg, L. du 1^{er} nov. 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, entrée en vigueur le 9 juill. 2004.

préexistantes en droit international privé n'ayant eu la faveur législative, une catégorie propre au partenariat enregistré a alors vu le jour.

II. La création d'une catégorie partenariat enregistré

305. La recherche de la qualification des partenariats enregistrés s'est heurtée à l'insuffisance des catégories de droit international privé existantes. Ainsi, face à l'inaptitude des catégories contrat et statut personnel, le législateur français a opté pour une qualification autonome au sein du statut personnel (A). Il convient, néanmoins, de préciser les contours de cette sous-catégorie. Il apparaît que le critère principal permettant de retenir cette qualification réside dans l'enregistrement par une autorité publique (B).

A. Une qualification autonome au sein du statut personnel

306. Eu égard à la diversité des partenariats enregistrés existants quant à leurs conditions de formation et leurs effets, l'étape de la qualification en droit international privé a divisé la doctrine. Les débats se sont portés sur le fait de savoir si les unions légales entrent dans la catégorie des contrats (1) ou dans celle du mariage (2). En vertu du principe de qualification *lege fori*¹²²², les partenariats enregistrés doivent être qualifiés en fonction des concepts du droit français. Ainsi, le pacte civil de solidarité français doit être utilisé « *comme base de réflexion, avant de déterminer dans quelle mesure la catégorie choisie peut être étendue aux partenariats étrangers* »¹²²³.

1. L'impossible qualification contractuelle : la nécessaire prise en compte de vie de couple

307. Le pacte civil de solidarité est, selon l'article 515-1 du Code civil, « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ». Plusieurs auteurs s'inspirant de cette définition ont considéré que le pacte civil de solidarité devait intégrer la catégorie de droit international privé contrat¹²²⁴. En outre, ce point de vue a pu être conforté par la décision du 9 novembre 1999¹²²⁵ rendue par le Conseil Constitutionnel. Les juges ont rappelé que le pacte civil de solidarité est « *un contrat*

¹²²² Cf. *supra* n° 183 et s.

¹²²³ G. Kessler, « Partenariat enregistré et union libre », préc., n° 6.

¹²²⁴ V. en ce sens : 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 J. Rubellin-Devichi*, op. cit., p. 579 et s., spéc. p. 588.

¹²²⁵ Cons. Const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, préc.

étranger au mariage »¹²²⁶ auquel « *les dispositions générales du Code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront par ailleurs vocation à s'appliquer [...]; qu'en particulier, les articles 1109 et suivants du Code civil, relatifs au consentement, sont applicables* »¹²²⁷.

308. Néanmoins, cette thèse ne peut emporter approbation pour plusieurs raisons. Principalement, même si le pacte civil de solidarité est défini comme un contrat, il est impossible d'occulter le fait qu'il a un but particulier, organiser la vie commune d'un couple. Ce seul constat empêche de l'envisager comme « *un contrat ordinaire* »¹²²⁸. Comme le relève, Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, le pacte civil de solidarité est un contrat en tant qu'*instrumentum* « *mais par son objet, il constitue un mode légalement encadré d'une vie de couple* »¹²²⁹. En outre, une qualification au sein de la catégorie contrat entraînerait des conséquences inappropriées à la situation quant à la loi applicable. En effet, le pacte civil de solidarité serait soumis au Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹²³⁰ qui consacre la compétence de la loi d'autonomie. Or, « *appliquer [...] des règles prévues pour les acteurs du commerce international serait un véritable contresens* »¹²³¹.

309. Ainsi, il apparaît sans hésitation que l'intégration de ce nouveau mode de conjugalité dans la catégorie contrat de droit international privé doit être écartée. La définition posée par le Code civil n'est qu'« *un artifice employé par le législateur pour tenter de dissimuler sa volonté de créer une imitation du mariage ouverte aux couples de même sexe* »¹²³². L'intégration du partenariat enregistré au sein du statut personnel est, en réalité, la thèse qui convainc.

2. *L'intégration au sein du statut personnel : la prise en compte des spécificités*

310. La majorité des auteurs considère que le pacte civil de solidarité doit rejoindre la catégorie statut personnel de droit international privé. En effet, celle-ci englobe « *l'ensemble des qualités juridiques qui caractérisent la personne dans la société civile* »¹²³³. Or, la

¹²²⁶ Cons. Const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, préc., consid. 67.

¹²²⁷ Cons. Const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, préc., consid. 28.

¹²²⁸ H. Fulchiron, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé, art. préc.

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *JOUE*, n° L177/6, 4 juill. 2008.

¹²³¹ G. Kessler, « Partenariat enregistré et union libre », préc., n° 7.

¹²³² *Ibid.*, n° 8.

¹²³³ B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) », préc., p. 279.

conclusion d'un pacte civil de solidarité influence nécessairement l'état des personnes étant donné que les intéressés sont désormais considérés comme des partenaires. De plus, la mention en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire de la déclaration du pacte civil de solidarité avec indication de l'identité de l'autre personne prévue depuis la réforme de 2006¹²³⁴ ne fait que conforter le rattachement au statut personnel. En outre, la modification du statut personnel se retrouve dans le fait qu'il est interdit de conclure un nouveau pacte civil de solidarité tant que le précédent n'est pas dissous¹²³⁵. Il est intéressant de noter la place ambiguë réservée aux dispositions relatives au pacte civil de solidarité dans le Code civil qui sont intégrées dans le livre I « *Des personnes* »¹²³⁶. Ainsi, il semble que le pacte civil de solidarité mérite d'être intégré dans la catégorie statut personnel.

311. Démontrer que le pacte civil de solidarité appartient à la catégorie statut personnel ne suffit pas, il convient de déterminer la place de ce dernier au sein de cette catégorie. Deux solutions étaient envisageables : un élargissement de la catégorie mariage ou la création d'une catégorie autonome au sein du statut personnel.

Certains auteurs ont défendu la première option en relevant que le pacte civil de solidarité, « *s'il est bien différent du mariage [...], ne lui est pas totalement "étranger". Il se présente comme un contrat du même type, c'est-à-dire reposant sur un échange des consentements de ses auteurs en vue d'organiser leur vie commune* »¹²³⁷. Ainsi, ce constat invite « *à rejeter la qualification contractuelle du Pacs en droit international privé et à insérer le Pacs dans la catégorie de rattachement qui lui est la plus proche : celle du mariage* »¹²³⁸. La comparaison avec la solution retenue en matière de mariage polygamique a également été défendue afin de justifier un éventuel élargissement de la catégorie du for. Cependant, la thèse de l'élargissement de la catégorie mariage paraît critiquable pour une raison principale. En effet, le pacte civil de solidarité n'est un mariage « *ni dans le droit du pays d'accueil, ni dans celui du pays où est née l'union* »¹²³⁹. L'assimilation du partenariat au mariage serait alors un « *contresens au regard des législations en cause* »¹²⁴⁰.

¹²³⁴ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF*, n° 145, 24 juin 2006, p. 9513.

¹²³⁵ G. Kessler, « Partenariat enregistré et union libre », préc., n° 9.

¹²³⁶ H. Fulchiron, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », art. préc.

¹²³⁷ H. Chanteloup, « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », art. préc.

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ H. Fulchiron, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », art. préc., spéc. p. 901.

¹²⁴⁰ H. Fulchiron, « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », *RID comp.*, 2006/2, p. 409 et s., spéc. p. 416.

La différence de nature entre le mariage et le partenariat implique de s'intéresser à la seconde option, soit la création d'une catégorie autonome au sein du statut personnel distincte du mariage. Cette sous-catégorie regrouperait l'ensemble des partenariats enregistrés. Cette théorie a été confirmée par le législateur lors de l'adoption de la loi en date du 12 mai 2009¹²⁴¹ de laquelle est issu l'article 515-7-1 du Code civil introduisant une nouvelle catégorie en droit international privé français : celle du partenariat enregistré. Le Code civil ne précisant pas ce qu'il faut entendre par la notion de partenariat enregistré, il convient de s'interroger au contenu de cette sous-catégorie.

B. Une qualification subordonnée à l'enregistrement par une autorité publique

312. L'article 515-7-1 du Code civil a introduit en droit international privé une nouvelle catégorie propre aux partenariats enregistrés. Néanmoins, le législateur n'a pas apporté de précision concernant l'étendue de la notion. Il est possible de se référer aux travaux parlementaires selon lesquels ledit article « *vise à reconnaître dans le Code civil les unions civiles et autres partenariats comparables au PACS conclus à l'étranger* »¹²⁴². Ainsi, le critère déterminant semble être l'enregistrement par une autorité publique spécialement habilitée. Ce dernier est le « *critère de distinction entre, d'un côté, le partenariat enregistré et, de l'autre, la cohabitation hors mariage* »¹²⁴³. La circulaire du 26 mai 2009 confirme l'analyse précédente en ce qu'elle indique que la règle de conflit issue de l'article 515-7-1 du Code civil « *n'a vocation à s'appliquer qu'aux partenariats enregistrés et non aux unions libres ou au mariage homosexuel* »¹²⁴⁴. La catégorie partenariat enregistré de droit international privé accueille donc toutes les relations enregistrées devant une autorité publique entre des personnes de même sexe ou de sexe différent « *qui ne sont pas des mariages* »¹²⁴⁵.

313. En définitive, la catégorie des partenariats enregistrés regrouperait « *l'ensemble des statuts alternatifs du couple, depuis les partenariats copiés sur le mariage jusqu'à cet objet juridique un peu étrange qui constitue le Pacs* »¹²⁴⁶. En d'autres termes y sont inclus « *tous les*

¹²⁴¹ L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, préc.

¹²⁴² M. le député de Rugy, 2^{ème} séance, 28 avr. 2009 : JO 29 avr. 2009, p. 3711.

¹²⁴³ A. Devers, « Couple non marié », préc., n° 17.

¹²⁴⁴ Circ. DACS 08-09 du 26 mai 2009 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, *BOMJ*, 30 août 2009.

¹²⁴⁵ H. Péroz, « La loi applicable aux partenariats enregistrés », *JDI*, n° 2, avr. 2010, doctr. 6, spéc. n° 11.

¹²⁴⁶ H. Fulchiron, « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », art. préc., spéc. p. 416.

nouveaux types de contrats ou institutions dont la fonction est d'organiser une vie commune sans être des mariages »¹²⁴⁷ et ce peu importe la terminologie utilisée. Classiquement en droit international privé, à la suite de l'étape de la qualification, il reste à déterminer le rattachement adéquat.

Paragraphe 2. Un rattachement adapté : les spécificités du partenariat enregistré

314. Face à la qualification autonome retenue par le législateur français, le choix du rattachement¹²⁴⁸ adéquat à cette nouvelle sous-catégorie s'est nécessairement posé. Après avoir exposé et démontré les inconvénients des rattachements classiques de droit international privé, la solution à cette problématique a été celle du choix d'un rattachement autonome (I) dont les justifications ont été essentiellement pratiques (II).

I. Le choix d'un rattachement autonome

315. Lors de l'introduction du pacte civil de solidarité en droit français par la loi du 15 novembre 1999¹²⁴⁹, le législateur n'a pas pris le soin d'y introduire des dispositions de droit international privé. Rapidement, sous l'influence des relations internationales, la question de la loi applicable aux partenariats enregistrés s'est posée. La doctrine s'est montrée très divisée quant au rattachement propice. Certains y ont vu l'occasion d'utiliser les rattachements des catégories de droit international privé mariage et contrat, mais ce sans résultat (A). Alors que d'autres prênaient en faveur d'un facteur de rattachement spécifique à cette nouvelle institution : celui de l'autorité d'enregistrement (B).

A. Le rejet des rattachements classiques du statut personnel et des contrats

316. Le débat quant au choix d'un rattachement en matière de partenariats enregistrés s'est naturellement porté sur les rattachements classiques retenus dans les domaines du statut personnel et des contrats. En effet, la création d'une catégorie propre aux partenariats enregistrés au sein du statut personnel d'une part et l'aspect contractuel de l'institution d'autre part laissaient à penser que l'un des rattachements propres à ces catégories aurait pu être retenu.

¹²⁴⁷ P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », *Defrénois*, 30 sept. 2009, n° 16, p. 1662.

¹²⁴⁸ Cf. *supra* n° 213 et s.

¹²⁴⁹ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

Néanmoins, ni le rattachement à la loi personnelle, ni le rattachement à la loi d'autonomie n'apportent une solution convenable.

317. La création d'une catégorie autonome partenariat enregistré au sein du statut personnel aurait pu conduire à retenir les rattachements adoptés en matière de formation du mariage. Une partie de la doctrine considérant que le partenariat enregistré est une union de personnes, tout comme le mariage même si des différences subsistent, elle en déduit que le premier doit nécessairement recevoir un traitement identique au second¹²⁵⁰. Des auteurs ont d'ailleurs indiqué qu'« *il n'est pas douteux que la raison d'être des rattachements respectivement adoptés en matière de contrats et de statut personnel, qui commande la délimitation des catégories en droit international privé, oblige à soumettre ces partenariats aux règles qui gouvernent, non les premiers, mais le second* »¹²⁵¹. En outre, Monsieur le Professeur Georges Khairallah insiste sur « *le lien qui unit la catégorie au rattachement, permettant de définir le contenu de la première à partir de l'examen du second* »¹²⁵². Ainsi, il en déduit qu'« *il apparaît raisonnable que, pour une question comme l'union homosexuelle, application soit faite de la loi nationale des intéressés puisque la permanence du statut personnel, qui préside à ce rattachement, veut qu'une personne dont la loi nationale interdit la conclusion d'une pareille union ne puisse pas franchir la frontière pour pouvoir en conclure une* »¹²⁵³.

Cependant, malgré l'adaptation apparente du rattachement à la loi personnelle, de nombreux inconvénients font échec à cette thèse. Monsieur Guillaume Kessler a notamment relevé qu'« *en limitant strictement le PACS aux étrangers dont la loi nationale connaît l'institution, on risquerait de remettre en cause la validité d'un grand nombre de PACS déjà enregistrés* »¹²⁵⁴. La loi du 15 novembre 1999¹²⁵⁵ vient d'ailleurs confirmer ce point en n'ayant pas mis en place de condition de nationalité, la loi personnelle des intéressés n'est donc pas prise en compte lors de l'enregistrement du pacte civil de solidarité. En outre, un second inconvénient réside dans la différence de nature entre le pacte civil de solidarité et le mariage. Le mariage est une institution universelle alors que le partenariat enregistré n'est connu que par

¹²⁵⁰ M. Mignot, « Le partenariat enregistré en droit international privé », *RID comp.*, 2001, p. 601 et s., spéc. p. 626.

¹²⁵¹ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 418, n° 547. V. dans le même sens : G. Khairallah, « Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999) », art. préc. ; M. Josselin-Gall, « Pacte civil de solidarité - Quelques éléments de droit international privé », *JCP N*, 2000, p. 491 ; H. Chanteloup, « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », art. préc. ; M. Mignot, « Le partenariat enregistré en droit international privé », art. préc.

¹²⁵² G. Khairallah, « Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999) », art. préc.

¹²⁵³ *Ibid.*

¹²⁵⁴ G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, *op. cit.*, p. 112, n° 188.

¹²⁵⁵ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

certaines États et présente des différences majeures selon les législations en cause. Ainsi, cette différence essentielle impose la recherche d'une règle de conflit distincte¹²⁵⁶. En définitive, le rattachement à la loi personnelle est inadapté aux partenariats enregistrés.

318. L'utilisation des rattachements traditionnels des contrats a été envisagée « *compte tenu de la nouveauté de l'institution, de la place plus ou moins importante faite aux volontés individuelles et de la faveur contemporaine pour les optio juris* »¹²⁵⁷. Le recours à loi d'autonomie de volonté aurait l'avantage de « *laisser les partenaires décider eux-mêmes de la teneur exacte de leur lien* »¹²⁵⁸. Eu égard à la diversité des partenariats enregistrés, la loi d'autonomie de volonté permettrait aux partenaires de choisir une législation plus ou moins contraignante selon leur envie personnelle. Contrairement au rattachement à la loi personnelle, le recours à la loi d'autonomie de volonté présente l'avantage d'assurer la continuité du statut et ainsi éviter les conflits mobiles¹²⁵⁹.

Néanmoins, les limites de ce système sont supérieures aux avantages en étant issus. En effet, les partenariats étant des statuts « *dont une partie, plus ou moins importante, est impérative* »¹²⁶⁰, soumettre, par exemple, un pacte civil de solidarité à une loi étrangère est impossible. Tous les partenariats enregistrés étant différents, ils ne peuvent exister qu'en tant que tels. « *La finalité d'un rapport purement contractuel est très différente de la nature d'une communauté de vie en couple, même non maritale, et l'on conçoit mal comment l'on pourrait voir s'appliquer des critères tels que la prestation caractéristique ou le lieu d'exécution* »¹²⁶¹. En outre, le recours à la loi d'autonomie de volonté « *ne pourrait être envisagé que [...] dans l'optique d'une harmonisation progressive des droits internes* »¹²⁶². En effet, comme le relève Monsieur Guillaume Kessler, l'instance chargée d'enregistrer le partenariat en France ne peut pas procéder à l'enregistrement d'une autre institution que le pacte civil de solidarité pour laquelle le droit français lui donne compétence¹²⁶³.

¹²⁵⁶ G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, op. cit., p. 114, n° 189.

¹²⁵⁷ H. Fulchiron, « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », art. préc., spéc. p. 417.

¹²⁵⁸ G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, op. cit., p. 117, n° 193.

¹²⁵⁹ *Ibid.*

¹²⁶⁰ H. Fulchiron, « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », art. préc., spéc. p. 417.

¹²⁶¹ A. Bucher, « La famille en droit international privé », préc., p. 9, spéc. p. 119.

¹²⁶² G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, op. cit., p. 119, n° 197.

¹²⁶³ *Ibid.*

319. Face à l'inadaptabilité des rattachements retenus traditionnellement en matière de statut personnel et en matière de contrats, le législateur est finalement intervenu afin de mettre en place une règle de conflit de lois propre aux partenariats enregistrés.

B. Le rattachement à la loi de l'autorité d'enregistrement

320. Le législateur a adopté une règle de conflit de lois propre aux partenariats enregistrés en insérant dans le Code civil l'article 515-1-7 par l'article 1^{er} de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures¹²⁶⁴. En vertu de ce nouvel article, la loi de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement du partenariat est compétente. La règle posée par le législateur français constitue une règle de conflit de lois bilatérale (1) corrigée par une exclusion du renvoi prévue expressément par la loi (2).

1. L'adhésion à la méthode conflictuelle bilatérale

321. L'article 515-7-1 du Code civil dispose que « *les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré, ainsi que les causes et les effets de sa dissolution, sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement* ». Si un partenariat est enregistré par une autorité consulaire, la loi de l'autorité consulaire sera retenue et non celle de l'autorité locale. Il s'agit d'une règle de conflit bilatérale désignant indistinctement la loi française ou la loi étrangère selon le lieu d'enregistrement. Ainsi, si un partenariat est enregistré en France, la loi française sera applicable, s'il l'est en Suède, la loi suédoise sera applicable et ce peu importe la loi nationale des intéressés. En outre, « *si un Français et un Belge souscrivent un partenariat au consulat de Belgique à Londres, c'est la loi belge et non les lois française ou britannique qui sera applicable* »¹²⁶⁵. Le législateur français a opté pour une loi unique applicable tant aux partenariats enregistrés en France qu'à l'étranger dans un souci de simplicité. D'un caractère « *extrêmement libéral* »¹²⁶⁶, la règle de conflit adoptée évince tout rattachement à la nationalité, le domicile ou même la résidence des intéressés.

322. Contrairement au législateur français qui a retenu la méthode conflictuelle bilatérale, la majorité de la doctrine¹²⁶⁷ avait préalablement recommandé la méthode de la

¹²⁶⁴ L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, préc.

¹²⁶⁵ AN, *Rapport n° 1578 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi n° 1554, modifiée par le Sénat, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, par E. Blanc, 1^{er} avr. 2009.

¹²⁶⁶ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome II, PUF, 4^{ème} éd., 2017, p. 141, n° 738.

¹²⁶⁷ V. en ce sens : P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547 et s., spéc. p. 568 et s. ; P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi », in

reconnaissance¹²⁶⁸ « *qui consiste à reconnaître une situation juridique en application des seules règles de l'ordre juridique dont elle est issue* »¹²⁶⁹. En effet, il semble que « *la nouveauté de l'institution appelait le renouvellement corrélatif des techniques du droit international privé, rendu nécessaire par le caractère atypique de l'institution* »¹²⁷⁰. La méthode la reconnaissance avait pour principal avantage de remplir au mieux l'objectif visé, soit celui de faciliter la reconnaissance de partenariats enregistrés à l'étranger et ainsi « *assurer la circulation internationale des partenariats* »¹²⁷¹. Ladite méthode a notamment été préconisée par le Groupe européen de droit international privé¹²⁷² et par la Commission internationale de l'état civil¹²⁷³. Elle a également été adoptée par le législateur néerlandais à l'occasion de la loi du 6 juillet 2004 portant règlement des conflits de lois en matière de partenariat enregistré¹²⁷⁴. En effet, il est prévu en son article 2 que « *le partenariat enregistré qui a été valablement conclu selon la loi de l'État de la conclusion, ou qui est devenu ultérieurement valable, est considéré comme tel* ». La méthode de la reconnaissance des situations aurait évité « *le flottement auquel aboutit la règle de conflit bilatérale particulariste en face d'une figure juridique dépourvue d'homogénéité en droit comparé* »¹²⁷⁵ et ainsi permis « *la réception en France du partenariat conclu sous l'empire d'une loi étrangère tel qu'il existe en pratique dans l'ordre juridique étranger en question* »¹²⁷⁶.

323. L'article 515-1-7 du Code civil retient donc une règle de conflit bilatérale donnant compétence à la loi de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement du partenariat enregistré. Pour autant, le législateur français a pris le soin d'exclure expressément le renvoi.

Mélanges H. Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, p. 479 et s., spéc. p. 492 ; Ch. Pamboukis, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 513 ; G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, *op. cit.*, p. 197 et s., n° 347 et s.

¹²⁶⁸ Cf. *infra* n° 634 et s.

¹²⁶⁹ H. Péroz, « La loi applicable aux partenariats enregistrés », art. préc., spéc. n° 7.

¹²⁷⁰ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome II, *op. cit.*, p. 139, n° 737.

¹²⁷¹ P. Hammje, « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil (Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, article 1^{er}) », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 483.

¹²⁷² GEDIP, Compte-rendu des séances de travail, Ténérife, 17-19 septembre 2004. Disponible sur : <https://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-14t-fr.html>.

¹²⁷³ Convention CIEC n° 32 du 5 septembre 2007 relative à la reconnaissance des partenariats, adoptée à Munich le 5 sept. 2007.

¹²⁷⁴ Pays-Bas, L. du 6 juill. 2004 portant règlement des conflits de lois en matière de partenariat enregistré, art. 2, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 538.

¹²⁷⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 433, n° 449.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

2. L'utilisation d'un correctif par l'exclusion du renvoi

324. L'article 515-7-1 du Code civil aboutit « à une désignation directe de la loi matérielle de l'État d'enregistrement »¹²⁷⁷. En effet, la règle de conflit exclut expressément le renvoi¹²⁷⁸ en faisant référence « aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement ». Par conséquent, si un partenariat a été enregistré devant les autorités belges, les dispositions internes du droit belge s'appliqueront et non les règles de droit international privé belge. Cette solution présente l'avantage de créer « une grande prévisibilité sur les dispositions matérielles applicables et évite le renvoi à une loi qui ignore l'institution »¹²⁷⁹. L'objectif de l'exclusion du renvoi prévu par l'article 515-7-1 du Code civil est « de donner compétence à une loi dont il est certain qu'elle régleme l'institution en cause »¹²⁸⁰.

325. À l'inverse, Monsieur Guillaume Kessler défend l'admission du renvoi pour une raison principale. Il fonde son analyse sur le fait que certains États retiennent l'application de la loi personnelle aux partenariats. Il considère que « le rattachement à la loi de l'enregistrement conduisant à ancrer le partenariat dans le système juridique auquel appartient l'autorité qui a procédé à l'enregistrement, il serait assez logique d'apprécier sa validité en tenant compte de l'intégralité de ses règles, y compris ses règles de conflit »¹²⁸¹. Il insiste sur le fait que la validité du partenariat « ne dépend pas seulement de la volonté des parties, mais également de celle de l'État dont dépend l'autorité publique »¹²⁸². Ainsi, si les règles de conflit d'un État « conduisent à désigner une loi qui refuse de reconnaître la validité du statut, c'est qu'il n'a pas la volonté de le régir »¹²⁸³. Selon cette théorie, « l'admission du renvoi permettra ainsi d'éviter la multiplication des situations boiteuses »¹²⁸⁴ et d'assurer, *a minima*, la coordination des États qui connaissent l'institution.

326. Cependant, l'admission du renvoi ne convainc pas dans la mesure où elle pourrait « conduire à des solutions fâcheuses »¹²⁸⁵. En effet, la loi de l'enregistrement détermine également la nature du partenariat. Or, l'admission du renvoi ne respecterait pas les prévisions

¹²⁷⁷ P. Hammje, « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil (Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, article 1^{er}) », art. préc.

¹²⁷⁸ Cf. *supra* n° 255 et s.

¹²⁷⁹ N. Joubert et B. Morel, « Les partenariats enregistrés en droit international privé depuis la loi du 12 mai 2009 », *JCP N*, n° 41, 9 oct. 2009, p. 1285.

¹²⁸⁰ A. Devers, « Couple non marié », préc., n° 19.

¹²⁸¹ G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, op. cit., p. 139, n° 234.

¹²⁸² *Ibid.*, p. 140, n° 234.

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ *Ibid.*

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 140, n° 235.

et attentes des parties. Des partenaires pourraient croire être liés par tel partenariat, alors, qu'en réalité, ils le seraient par un autre. Or, au vu de l'importante différence entre les statuts de partenariats enregistrés plus ou moins protecteurs, plus ou moins contraignants, il s'agirait d'un véritable gouffre pour les intéressés. Ainsi, malgré l'avantage indéniable de respecter le souci de coordination des systèmes, il semble que c'est à bon escient que le renvoi est exclu quant à la loi applicable aux partenariats enregistrés.

327. Loi d'autonomie de volonté et loi personnelle, retenues traditionnellement en droit international privé, ont été évincées par le législateur français au profit d'un rattachement original, mais nécessaire à la nouvelle institution qu'est le partenariat enregistré. Les arguments en faveur de ce rattachement autonome sont nombreux.

II. Les justifications pratiques d'un rattachement autonome

328. Le législateur français a opté pour la loi de l'autorité d'enregistrement pour deux raisons principales : le respect des prévisions des parties et la détermination de la nature du partenariat.

329. En premier lieu, le système adopté par le législateur a pour principal atout de se fonder sur « *un critère purement objectif : le lieu d'enregistrement* »¹²⁸⁶. Ainsi, « *le droit sous l'empire duquel les partenaires se sont eux-mêmes placés* »¹²⁸⁷ est appliqué permettant « *une analyse objective et neutre de l'institution en cause* »¹²⁸⁸ et le respect des prévisions légitimes des intéressés. En réalité, le rattachement à la loi de l'autorité d'enregistrement consacre indirectement une large autonomie de volonté aux futurs partenaires. En effet, « *la règle de conflit laisse pratiquement aux futurs partenaires le choix du régime juridique sous l'empire duquel ils placeront leur union* »¹²⁸⁹ étant donné qu' « *en choisissant le lieu, ils choisissent la loi* »¹²⁹⁰. À l'égard des partenaires, le second bénéfice de la règle de conflit prévue à l'article 515-1-7 du Code civil réside dans la liberté de circulation des personnes au sein de l'Union européenne. Il est possible de soutenir « *par analogie avec les solutions rendues en matière de nom patronymique*¹²⁹¹, que le fait de ne pas admettre dans un État la validité d'un partenariat valablement conclu dans un autre État de l'Union européenne constitue une entrave à la liberté

¹²⁸⁶ H. Fulchiron, « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », art. préc., spéc. p. 419.

¹²⁸⁷ *Ibid.*

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 431, n° 448.

¹²⁹⁰ *Ibid.*

¹²⁹¹ CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, préc. ; CJCE, gr. ch., 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, préc.

de circulation »¹²⁹². Il importe, désormais, qu'un citoyen européen puisse demander à bénéficier, dans chaque État membre, du statut personnel reconnu dans un autre État membre¹²⁹³. Or, en retenant la loi de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement du partenariat, « *le risque de considérer comme non valable un partenariat régulièrement enregistré à l'étranger est donc, si ce n'est supprimé, considérablement réduit* »¹²⁹⁴.

330. Cependant, ce système ne présente pas que des avantages. En effet, la règle de conflit posée par le législateur français permet la conclusion entre deux individus d'un partenariat enregistré alors que l'une des lois nationales en présence, voire les deux ne permettent pas une telle institution. À ce propos, Monsieur le Professeur Pierre Mayer avait émis la proposition suivante : exiger que la loi personnelle de chaque partenaire autorise une relation similaire au partenariat¹²⁹⁵. Il en résultera nécessairement « *des rapports boiteux, car sauf au sein de l'Union européenne où pourra être invoqué le droit à la libre circulation, la validité du partenariat a peu de chances d'être reconnue dans l'État de la nationalité du partenaire qui ne connaît pas une telle institution* »¹²⁹⁶. En réalité, cet inconvénient mérite d'être atténué dans la mesure où les « *considérations politiques volontaristes [...] ne sauraient être ignorées* »¹²⁹⁷. En effet, qualifiés d'« *institutions militantes* »¹²⁹⁸, les partenariats enregistrés avaient, à l'époque, de leur mise en œuvre pour principal objectif d'offrir un statut légal aux couples de personnes de même sexe. Or, retenir la loi de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement permettait de ne pas tenir compte des lois personnelles hostiles à l'homosexualité. En effet, il paraissait difficile d'interdire aux ressortissants de tels États de conclure des partenariats alors qu'ils avaient « *de toute façon rompu avec les valeurs de leur État d'origine par leur orientation sexuelle* »¹²⁹⁹. Certes, cette situation crée des rapports boiteux, mais « *les partenaires se douteront le plus souvent que leur statut ne sera pas reconnu dans leur État d'origine* »¹³⁰⁰.

331. En second lieu, il convient que la loi applicable à la formation du partenariat permette de déterminer la nature de celui-ci. Au vu de la nature hétérogène des différents

¹²⁹² P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », art. préc.

¹²⁹³ V. en ce sens : P. Lagarde, « La reconnaissance mode d'emploi », in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon, op. cit.*, p. 479 et s., spéc. p. 488.

¹²⁹⁴ P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », art. préc.

¹²⁹⁵ P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges P. Lagarde, op. cit.*, p. 547 et s., spéc. p. 568.

¹²⁹⁶ P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », art. préc.

¹²⁹⁷ G. Kessler, « Partenariat enregistré et union libre », préc., n° 24.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ *Ibid.*

¹³⁰⁰ *Ibid.*

partenariats¹³⁰¹, il paraît impossible qu'une autorité puisse « *procéder à l'enregistrement d'une institution différente de celle que connaît la lex auctoris* »¹³⁰². L'article 515-3 du Code civil prévoit que les futurs partenaires font une déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil afin de conclure un pacte civil de solidarité¹³⁰³. Une autorité étrangère ne pourrait donc pas enregistrer un pacte civil de solidarité français. *A contrario*, l'officier de l'état civil français est incompétent quant à la conclusion d'un partenariat enregistré étranger tel que, par exemple, la cohabitation légale belge. Il en ressort que « *la procédure suivie traduit la nature de l'institution* »¹³⁰⁴.

332. La loi applicable aux partenariats enregistrés de manière générale et à leur formation de manière spécifique est donc la loi de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement. Malgré la réforme du législateur français afin d'éclairer la situation en droit international privé, le domaine d'application de ladite loi n'est pas nécessairement bien défini.

Sous-section 2. La délimitation du domaine de la loi applicable aux partenariats enregistrés

333. L'article 515-7-1 du Code civil dispose que « *les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État qui a procédé à son enregistrement* ». Il s'agit donc d'un « *rattachement global* »¹³⁰⁵ à la loi de l'autorité enregistrante. Néanmoins, des tempéraments ont, à plusieurs reprises, été apportés à ce postulat. Notamment, un rapport de l'Assemblée nationale a pu préciser que « *s'agissant d'une règle de conflit de lois de portée générale, inscrite dans le Code civil, celle-ci ne trouvera pas à s'appliquer dans les matières soumises à des règles de conflit spéciales, comme par exemple en matière de succession, d'obligation alimentaire ou de filiation* »¹³⁰⁶. Encore, la circulaire du 26 mai 2009 indique que la « *règle de conflit de lois, de portée générale, ne s'applique toutefois pas aux conditions ou aux effets soumis à des règles de droit international privé spécifiques conventionnelles ou non* »¹³⁰⁷. Enfin, une réponse ministérielle souligne que l'article en question « *fixe une règle générale de*

¹³⁰¹ Cf. *supra* n° 296 et s.

¹³⁰² G. Kessler, « Partenariat enregistré et union libre », préc., n° 21.

¹³⁰³ Cf. *infra* n° 355.

¹³⁰⁴ G. Kessler, « Partenariat enregistré et union libre », préc., n° 21.

¹³⁰⁵ A. Devers, « Couple non marié », préc., n° 29.

¹³⁰⁶ AN, *Rapport n° 1578 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi n° 1554, modifiée par le Sénat, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, préc.

¹³⁰⁷ Circ. DACS 08-09 du 26 mai 2009 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, préc.

droit international privé [...]. En revanche, il y est dérogé s'il existe une règle spéciale de *conflit de lois* »¹³⁰⁸. L'objet de cette étude ne s'intéressant qu'à la formation du partenariat enregistré, il convient d'envisager l'application de la loi de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement aux conditions de fond (Paragraphe 1) et aux conditions de forme (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les conditions de fond de formation du partenariat enregistré

334. En vertu de l'article 515-7-1 du Code civil, la loi de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement régit l'ensemble des conditions de fond de formation du partenariat enregistré (I). Cependant, l'application de la loi de l'autorité enregistrante peut être écartée en utilisant un mécanisme classique de droit international privé, celui de l'ordre public international français (II).

I. L'application globale de la loi de l'institution

335. La solution posée par le législateur français est « *simplificatrice* »¹³⁰⁹ si l'on compare la formation du partenariat enregistré à celle du mariage. La loi de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement a vocation à s'appliquer à l'ensemble des conditions de fond. Il suffit alors de se référer aux dispositions prévues par l'État en cause afin d'apprécier la validité d'un partenariat enregistré. Ainsi, le rattachement global à la loi de l'autorité enregistrante n'implique pas, *a priori*, de distinguer les conditions personnelles et les empêchements bilatéraux¹³¹⁰. Cependant, des interrogations demeurent. Il convient, alors, pour la clarté de cette étude d'envisager les conditions personnelles aux partenaires (A) puis les empêchements bilatéraux liant ces derniers (B).

A. Les conditions personnelles aux partenaires : l'intervention de la loi nationale

336. Une hésitation subsiste quant aux conditions de capacité et de majorité. Convient-il d'appliquer la loi de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement ou prendre en compte la loi nationale de l'intéressé ? Autrement dit, « *la loi de l'institution est-elle applicable à la fois pour poser la condition de capacité ou de majorité et apprécier si l'intéressé est capable ou majeur ?* »

¹³⁰⁸ Rép. min. n° 13480, *JO Sénat Q*, 23 sept. 2010, p. 2509, *RLDC* 2010, n° 4008, obs. G. Chauchat-Rozier.

¹³⁰⁹ M. Revillard, « Partenariats enregistrés », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 546-70, 30 juin 2015, n° 34.

¹³¹⁰ A. Devers, « Couple non marié », préc., n° 29.

Ou doit-on, pour l'appréciation de la condition, en revenir à la loi nationale de l'intéressé conformément à l'article 3 du Code civil »¹³¹¹ ? La circulaire du 26 mai 2009¹³¹² ne permet pas d'obtenir de réponse certaine à cette question en affirmant seulement de manière ambiguë que la règle de l'article 515-7-1 du Code civil ne s'applique pas aux conditions ou aux effets soumis à des règles de droit international privé spécifiques conventionnelles ou non.

337. Il convient d'ores et déjà de préciser que la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes entrée en vigueur en France le 1^{er} janvier 2009 exclut de son champ d'application « *la formation, l'annulation et la dissolution du mariage ou d'une relation analogue* »¹³¹³. Il semble donc que ladite Convention ne s'applique pas à la formation des partenariats enregistrés¹³¹⁴ même si certains auteurs ont pu s'y référer et en déduire que « *la question de savoir si une personne vulnérable peut ou non conclure un partenariat enregistré doit être soumise à la loi de sa résidence* »¹³¹⁵.

338. La doctrine n'étant pas unanime, l'hésitation persiste entre la loi de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement au titre de l'article 515-7-1 du Code civil et la loi nationale au titre de l'article 3 du Code civil. Quant à la première option, il s'agirait « *d'un principe de faveur pour valider le partenariat enregistré par une personne dont la loi nationale ignore ou prohibe l'institution en cause* »¹³¹⁶. Dans la même idée, un auteur précise que « *pour les conditions de fond, notamment la capacité de conclure un partenariat, le législateur français a donc rejeté la compétence de la loi nationale des futurs partenaires. Ce faisant, l'on évite les obstacles découlant d'un rattachement à la loi nationale, où l'on se heurterait aux éventuelles interdictions ou restrictions issues d'une loi nationale prohibitive de l'un ou des deux futurs partenaires* »¹³¹⁷. Quant à la seconde option, certains auteurs considèrent qu'il convient de distinguer selon qu'il s'agisse d'une incapacité générale relevant de la loi personnelle ou d'une incapacité spéciale soumise en principe à la loi de l'institution dont elle dépend¹³¹⁸. D'autres, au contraire, affirment avec certitude que les conditions de capacité et de majorité doivent être

¹³¹¹ A. devers, « Le couple non marié », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2020-2021, n° 526.32.

¹³¹² Circ. DACS 08-09 du 26 mai 2009 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, préc.

¹³¹³ Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, 13 janv. 2000, art. 4.

¹³¹⁴ P. Lagarde, « La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes », *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 159.

¹³¹⁵ H. Péroz, « Loi de simplification du droit et loi applicable aux partenariats enregistrés », *JCP N*, 2008, act. 419.

¹³¹⁶ A. Devers, « Couple non marié », préc., n° 30.

¹³¹⁷ P. Hammje, « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil (Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, article 1^{er}) », art. préc.

¹³¹⁸ N. Joubert et B. Morel, « Les partenariats enregistrés en droit international privé depuis la loi du 12 mai 2009 », art. préc.

appréciées au regard de la loi personnelle de l'intéressé¹³¹⁹. Selon cette théorie, il appartient à la loi de l'autorité enregistrante de déterminer les conditions de fond et notamment de dire si l'intéressé doit être capable ou majeur, mais « *il ne lui appartient pas de dire si une personne présente une telle qualité* »¹³²⁰. Le Congrès des notaires a, quant à lui, proposé que « *s'agissant des conditions de fond de la formation du partenariat, la règle de conflit de lois relève à l'avenir du statut personnel et en conséquence désigne la loi nationale des partenaires et non celle du lieu d'enregistrement* »¹³²¹.

339. Il semble que la seconde analyse soit la plus convaincante. En effet, par exemple, l'article 515-1 du Code civil exige la majorité des futurs partenaires afin qu'un pacte civil de solidarité soit valide. Il paraîtrait assez hasardeux de considérer un partenariat impliquant un ou plusieurs mineurs valide à la seule condition que celui-ci soit enregistré par une autorité autorisant une telle possibilité¹³²². Ou encore, l'article 462 du Code civil exige que le pacte civil de solidarité impliquant un majeur sous tutelle soit précédé d'une autorisation judiciaire. Dès lors, il semble qu'un partenariat enregistré à l'étranger par une personne sous un tel régime de protection sans l'autorisation préalable du juge soit nul. Ainsi, afin d'apprécier les conditions personnelles aux futurs partenaires, telles que l'âge ou la capacité, l'application de la loi personnelle est préférée.

340. En matière de conditions de fond, une seconde difficulté a été relevée par la doctrine. Outre les conditions personnelles aux partenaires, la question des empêchements bilatéraux et notamment l'existence d'un précédent partenariat enregistré non dissous a impliqué une contrariété dans l'application globale de la loi de l'institution.

B. Les empêchements bilatéraux liant les partenaires : la question des partenariats successifs

341. Concernant l'empêchement lié à l'existence d'un précédent partenariat enregistré non dissous, l'article 515-2 du Code civil prévoit qu'à peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité. En réalité, tout comme la loi française, « *les droits internes n'envisagent le plus*

¹³¹⁹ P. Callé, « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », art. préc.

¹³²⁰ A. Devers, « Couple non marié », préc., n° 30.

¹³²¹ F. Perrotin, « Couple : les propositions des notaires », *LPA*, 2010, n° 131, p. 4.

¹³²² V. en ce sens : E. Gallant, « Capacité », *Répertoire de droit international Dalloz*, sept. 2015, n° 49. L'auteur note, néanmoins que, « *si la loi de l'autorité d'enregistrement, au lieu de se référer à la majorité, fixe matériellement à 18 ans l'âge auquel un PACS peut être conclu, alors la loi nationale n'a plus aucun titre à intervenir, la question préalable de la majorité n'étant pas posée* ».

souvent que la seule institution qu'ils réglementent »¹³²³. À titre d'exemple, l'article 1475 du Code civil belge prohibe la conclusion d'une cohabitation légale si l'un des futurs partenaires est déjà lié par une autre cohabitation légale.

342. Deux interprétations sont alors envisageables : une première interprétation « *conforme à la lettre de loi* »¹³²⁴ qui impliquerait de considérer que l'enregistrement d'un pacte civil de solidarité serait tout de même possible si l'un au moins des intéressés est déjà engagé par les liens d'un partenariat enregistré étranger et une seconde interprétation « *conforme à l'esprit de la loi* » qui impliquerait d'« *internationaliser l'empêchement* »¹³²⁵ et de considérer que la conclusion d'un pacte civil de solidarité est impossible même si l'un des intéressés n'est lié que par un partenariat enregistré étranger. Défendant la première interprétation, Madame le Professeur Petra Hammje considère qu'« *il n'est pas exclu qu'un couple, après avoir conclu un partenariat dans un État, en conclue un second dans un autre État, soit parce que sa première union n'y est pas reconnue, soit encore parce qu'il souhaite bénéficier d'effets exclus de la première union* »¹³²⁶. Cependant, cette première interprétation ne convainc pas. Il semble nécessaire d'assimiler les partenariats enregistrés étrangers au pacte civil de solidarité français de sorte que l'existence d'un premier non dissout empêche la conclusion d'un second. En réalité, la nouvelle règle de conflit issue de l'article 515-7-1 du Code civil s'applique, au-delà de l'institution française, aux partenariats enregistrés de manière large.

343. Une question subsiste en ce qui concerne les partenariats successifs entre deux mêmes partenaires. En effet, il a été démontré qu'il était impossible pour une personne déjà liée par un partenariat étranger de conclure un pacte civil de solidarité en France avec une tierce personne. *Quid* de la situation où deux partenaires liées par un partenariat enregistré étranger souhaiteraient conclure un pacte civil de solidarité en France ou une institution équivalente dans un État tiers ? La lettre de l'article 515-7-1 ne permet pas de résoudre cette question. Néanmoins, des réponses indicatives peuvent être dégagées de la circulaire du 5 février 2007¹³²⁷ qui indique que le greffier doit vérifier qu'aucun des partenaires n'est déjà engagé dans un pacte civil de solidarité encore en cours. Une réponse ministérielle est venue confirmer en précisant que « *l'enregistrement d'un pacte civil de solidarité entre deux personnes ayant déjà conclu un*

¹³²³ A. Devers, « Couple non marié », préc., n° 31.

¹³²⁴ *Ibid.*

¹³²⁵ *Ibid.*

¹³²⁶ P. Hammje, « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil (Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, article 1^{er}) », art. préc.

¹³²⁷ Circ. n° 2007-03 CIV du 5 février 2007 relative à la présentation de la réforme du pacte civil de solidarité, *BOMJ*, 28 févr. 2007.

partenariat à l'étranger est impossible, la preuve de la condition de célibat posée par l'article 515-2 du Code civil ne pouvant être rapportée »¹³²⁸. Ainsi, il semble que l'existence d'un partenariat enregistré à l'étranger non dissout empêche la conclusion d'un pacte civil de solidarité en France, et ce même s'il s'agit des mêmes partenaires. La solution est en réalité la même que celle retenue en matière de mariage. La conclusion d'une nouvelle union avant que la précédente ne soit dissoute est impossible même si cette dernière concerne les mêmes époux¹³²⁹.

344. Mécanisme traditionnel en droit international privé, il convient également d'envisager les circonstances dans lesquelles l'ordre public international français est susceptible d'intervenir afin d'écarter une loi manifestement incompatible avec les valeurs fondamentales du for.

II. L'intervention de l'ordre public international : les partenariats incestueux

345. L'application de la loi ayant procédé à l'enregistrement sera écartée lorsque cette dernière est manifestement contraire à l'ordre public international français. En matière de partenariat, cette hypothèse se présentera notamment quant aux empêchements en matière de parenté. En effet, l'article 515-2 du Code civil prévoit qu'à peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus. Ainsi, sont prohibées, comme en matière de mariage, les relations incestueuses.

346. Pour autant, certains législateurs étrangers ont adopté une position diamétralement opposée. Le législateur belge, par exemple, n'a prévu aucun empêchement à partenariat en raison d'un lien de parenté¹³³⁰. Ainsi, la cohabitation belge est accessible à deux frères, deux sœurs ou encore entre ascendants.

Au nom de l'ordre public international français, une telle loi désignée par l'article 515-7-1 du Code civil doit être évincée, car contraire aux valeurs fondamentales du for. En ce sens, la circulaire du 26 mai 2009 indique que « *la loi étrangère désignée [...] sera évincée en cas*

¹³²⁸ Rép. min. n° 28470, *JOAN Q*, 21 oct. 2008, p. 9073.

¹³²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2004, n° 00-19.838, *AJ fam.* 2004, p. 144, obs. Bicheron ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 395, note B. Ancel ; *RTD civ.* 2004, p. 267, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2004, comm. 47, obs. Larribau-Terneyre ; *D.* 2005, pan. P. 1194, obs. Courbe.

¹³³⁰ L'article 1475 du Code civil belge prévoit que « *Par "cohabitation légale", il y a lieu d'entendre la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration [...]. Pour pouvoir faire une déclaration de cohabitation légale, les deux parties doivent satisfaire aux conditions suivantes : 1° ne pas être liées par un mariage ou par une autre cohabitation légale 2° être capables de contracter* ».

de contrariété à l'ordre public international français (ex : partenariats entre deux frères) »¹³³¹. De même, l'instruction du 29 décembre 2009 rappelle les dispositions prévues par l'article 515-2 et en conclut que « les partenariats civils conclus à l'étranger qui seraient contraires à l'ordre public international ne pourront pas être reconnus sur le plan civil en France même s'ils ont été régulièrement conclus à l'étranger »¹³³². Ainsi, il est possible d'affirmer avec certitude que l'ordre public international français jouera en présence d'un partenariat étranger incestueux.

Il est possible de regretter une telle interprétation, car « elle ignore la configuration spécifique de l'institution étrangère »¹³³³. La cohabitation légale belge a pour finalité « de définir certains effets juridiques de l'habitation commune de deux personnes, peu importe que la relation entre ces deux personnes implique ou non une vie sexuelle »¹³³⁴. Comme le souligne Monsieur Alain Devers, la cohabitation légale belge « a été créée dans une logique de solidarité dénuée de toute connotation sexuelle »¹³³⁵, différente alors de celle adoptée par la loi française qui a eu pour intention d'encadrer juridiquement la relation de couple de personnes qui ne pouvaient ou ne voulaient pas se marier.

347. Cela étant, il semble nécessaire que l'exception d'ordre public intervienne face à des lois si permissives qu'elles ne respectent pas et vont même à l'encontre de l'esprit ayant guidé le législateur français et des valeurs fondamentales du for. La règle de conflit issue de l'article 515-7-1 du Code civil s'appliquant de manière globale, la loi de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement intervient également en matière de conditions de forme de formation du partenariat enregistré.

Paragraphe 2. Les conditions de forme de formation du partenariat enregistré

348. Comme les conditions de fond, les conditions de forme sont régies, en vertu de l'article 515-7-1 du Code civil, par les dispositions matérielles de l'État ayant procédé à

¹³³¹ Circ. DACS 08-09 du 26 mai 2009 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, préc.

¹³³² Direction Générale des finances publiques, Instruction du 29 déc. 2009, BOI, n° 5 B-4-10, 13 janv. 2000, p. 2.

¹³³³ A. Devers, « Couple non marié », préc., n° 32.

¹³³⁴ J.-L. Renchon, « Où vont le mariage et le concubinage ? État des lieux en Belgique », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, op. cit., p. 493 et s., spéc. p. 494.

¹³³⁵ *Ibid.*

l'enregistrement. Celles-ci ont vocation à s'appliquer de manière globale (I), mais peuvent présenter certaines difficultés dans leur mise en œuvre (II).

I. L'application globale de la loi de l'institution

349. La loi de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement présente l'intérêt principal de déterminer les conditions dans lesquelles la compétence de l'autorité en question pourra être retenue (A). Cette étape franchie, les dispositions matérielles de la loi en question dicteront les modalités pratiques d'enregistrement du partenariat (B).

A. La compétence de l'autorité d'enregistrement

350. L'article 515-7-1 du Code civil s'applique de manière globale aux conditions de forme de formation du partenariat enregistré. Ainsi, les dispositions matérielles de la loi qui a procédé ou qui procède à l'enregistrement du partenariat enregistré sont applicables aux conditions de forme. Au titre de ces conditions, il est possible de citer, notamment, la compétence de l'autorité.

351. À ce titre, il semble opportun de préciser les conditions nécessaires pour qu'une autorité nationale soit compétente afin d'enregistrer un partenariat. Selon les législations concernées, il est plus ou moins exigé qu'un lien - nationalité ou résidence - soit caractérisé avec l'État en cause afin que l'enregistrement soit possible. Par exemple, concernant le pacte civil de solidarité français, l'article 515-3 du Code civil prévoit que l'officier de l'état civil n'est compétent qu'à la condition que les futurs partenaires fixent leur résidence commune en France ou en cas d'empêchement grave à la fixation de celle-ci, si la résidence de l'une des parties se trouve en France. Ainsi, la circulaire en date du 5 février 2007 indique que « *deux ressortissants étrangers résidant principalement à l'étranger ne peuvent valablement conclure un pacte civil de solidarité* »¹³³⁶.

352. L'Allemagne est le seul État ne posant aucune condition de résidence ou de nationalité aux partenaires¹³³⁷ étant donné qu'une présence temporaire suffit pour permettre l'enregistrement¹³³⁸. En Slovaquie¹³³⁹ et en République tchèque¹³⁴⁰, l'enregistrement d'un partenariat n'est possible que si l'un au moins des partenaires possède la nationalité de l'État

¹³³⁶ Circ. n° 2007-03 CIV du 5 février 2007 relative à la présentation de la réforme du pacte civil de solidarité, préc.

¹³³⁷ M. Revillard, « Partenariats enregistrés », préc., n° 47.

¹³³⁸ Allemagne, art. 17-b-1 du DIP allemand.

¹³³⁹ Slovaquie, art. 3-2 de la loi slovaque sur le partenariat enregistré.

¹³⁴⁰ République Tchèque, § 5 de la loi tchèque sur le partenariat enregistré.

en cause. Cependant, à l'instar de la France, la plupart des législateurs n'imposent qu'une résidence sur leur État afin de permettre aux ressortissants étrangers de conclure un partenariat. À titre d'exemple, en Belgique¹³⁴¹, au Luxembourg¹³⁴² et en Suisse¹³⁴³, la demande d'enregistrement doit être faite devant l'officier de l'état civil du domicile des futurs partenaires. Indirectement, la présence d'un domicile commun sur le territoire de l'État où est habilitée l'institution compétente est donc imposée.

353. Outre la détermination de la compétence de l'autorité d'enregistrement, la loi applicable aux conditions de forme précisera également, entre autres, les documents à produire, le délai entre le dépôt du dossier et l'enregistrement ou encore l'exigence de témoins.

B. Les modalités pratiques d'enregistrement d'un pacte civil de solidarité

354. En France, l'enregistrement d'un pacte civil de solidarité n'est soumis à aucune condition de nationalité. Ainsi, il n'est pas imposé que l'un ou les futurs partenaires soient de nationalité française. Un ressortissant étranger peut enregistrer un tel partenariat en France même si sa loi nationale ne connaît pas ou prohibe une telle institution. Il est indifférent que les partenaires soient de sexe différent ou de même sexe à la condition qu'ils soient majeurs.

355. Depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle¹³⁴⁴, il revient désormais à l'officier de l'état civil, et non plus au greffe du tribunal d'instance, de recevoir la déclaration conjointe des partenaires. Ainsi, l'article 515-3 prévoit qu'il s'agit de l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle les partenaires fixent leur résidence commune ou à défaut, de celle où se trouve la résidence de l'un d'eux. La circulaire du 5 février 2007¹³⁴⁵ est venue préciser le terme « *résidence commune* ». Les intéressés n'ont pas besoin de résider déjà ensemble au moment de la déclaration, mais ils doivent déclarer à l'officier de l'état civil l'adresse qui sera la leur dès l'enregistrement du pacte. La « *résidence commune* » doit s'entendre comme étant la résidence principale des intéressés, quel que soit leur mode d'habitation. Ainsi, la résidence désignée par les partenaires ne peut donc correspondre à une résidence secondaire.

¹³⁴¹ Belgique, Code civil, art. 147-6.

¹³⁴² Luxembourg, art. 3-1 de la loi luxembourgeoise sur le partenariat enregistré.

¹³⁴³ Suisse, art. 5-1 de la loi suisse sur le partenariat enregistré.

¹³⁴⁴ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, *JORF*, n° 0269, 19 nov. 2016, art. 48.

¹³⁴⁵ Circ. n° 2007-03 CIV du 5 février 2007 relative à la présentation de la réforme du pacte civil de solidarité, préc.

356. Quant aux formalités de publicité, l'article 515-3-1 du Code civil issu de la loi du 23 juin 2006¹³⁴⁶ impose la mention en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire de la déclaration de pacte civil de solidarité avec indication de l'identité de l'autre partenaire. Si l'un des partenaires est de nationalité étrangère, cette information est portée sur un registre tenu au service central d'état civil du ministère des Affaires étrangères. Ledit article poursuit en précisant que le pacte civil de solidarité prend effet entre les parties à compter de son enregistrement et n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où les formalités de publicité sont accomplies.

357. Au côté de l'application globale de la loi de l'institution lorsque l'enregistrement est réalisé par une autorité locale, plusieurs difficultés se posent dans la mise en œuvre de ladite loi.

II. Les difficultés de mise en œuvre de la loi de l'institution

358. Deux questions principales dans la mise en œuvre de la loi de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement ont suscité des difficultés dans leur application. Après avoir envisagé celle de la production du certificat de coutume (A), il conviendra d'évoquer celle de l'enregistrement du partenariat par une autorité diplomatique ou consulaire (B).

A. La production du certificat de coutume : preuve de l'absence d'empêchement

359. La production du certificat de coutume est exigée lorsque l'un ou les futurs partenaires sont de nationalité étrangère nés à l'étranger. Ce certificat a pour objet de faire état du contenu de leur loi personnelle et a pour intérêt de permettre à l'officier de l'état civil de vérifier que le ressortissant étranger est célibataire, qu'il est majeur au regard de sa loi nationale et qu'il n'est pas placé sous un régime de protection. Ce document est, en principe, établi par l'autorité ou par la représentation diplomatique ou consulaire de l'État dont l'intéressé est ressortissant. À défaut, il peut être établi par un avocat ou un juriste disposant d'une connaissance particulière de la loi étrangère en cause. Or, il arrive parfois que des États étrangers refusent - ou ne sont pas en mesure - de délivrer ce document, notamment lorsque le pacte civil de solidarité ou son équivalent n'existe pas dans leur législation interne.

¹³⁴⁶ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, préc.

360. Ainsi, la circulaire du 5 février 2007¹³⁴⁷ est venue apporter une solution alternative. En l'absence d'établissement d'un certificat de coutume complet, le greffier¹³⁴⁸ doit demander au partenaire étranger de faire établir par les autorités de son pays un certificat qui précise, *a minima*, l'âge de la majorité tel qu'il est prévu par la loi étrangère et l'indication que l'intéressé est ou non majeur au vu de sa loi personnelle, si sa loi nationale connaît un régime de protection juridique des majeurs, et, le cas échéant, si l'intéressé a ou non la capacité juridique de conclure un contrat. Concernant la condition de célibat, si l'autorité étrangère n'atteste pas d'emblée du célibat du partenaire, il peut lui être demandé de préciser les moyens selon lesquels cette preuve est rapportée dans sa législation.

361. De plus, certaines autorités étrangères ne délivrent pas de certificat de coutume, même partiel, mais acceptent d'établir une attestation aux termes de laquelle elles précisent avoir reçu de leurs ressortissants la déclaration sur l'honneur qu'ils sont célibataires, majeurs et juridiquement capables de contracter. Il est précisé que « *le recours à cette attestation doit toutefois rester exceptionnel, dans la mesure où il ne saurait être question de se satisfaire systématiquement des seules déclarations des intéressés* »¹³⁴⁹.

362. L'enregistrement d'un pacte civil de solidarité par une autorité consulaire ou diplomatique française en poste dans un État étranger a laissé subsister plusieurs interrogations quant à la prise en compte de la nouvelle règle conflit de lois d'une part, et des dispositions conventionnelles d'autre part.

B. L'enregistrement du partenariat par une autorité consulaire ou diplomatique

363. Selon l'article 515-7-1 du Code civil, il appartient à la loi de l'autorité enregistrante de déterminer si et dans quelles conditions une autorité diplomatique ou consulaire peut enregistrer un partenariat à l'étranger. Autrement dit, cette loi est compétente pour préciser si les autorités consulaires et diplomatiques en poste à l'étranger peuvent procéder à l'enregistrement d'un pacte civil de solidarité à l'étranger. L'article 515-3 du Code civil réserve la possibilité de conclure un pacte civil de solidarité à l'étranger à condition que l'un au moins des partenaires soit de nationalité française. Ce dernier sera conclu devant les agents

¹³⁴⁷ Circ. n° 2007-03 CIV du 5 février 2007 relative à la présentation de la réforme du pacte civil de solidarité, préc.

¹³⁴⁸ Il s'agit, depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, de l'officier de l'état civil. Cf. *supra* n° 355.

¹³⁴⁹ Circ. n° 2007-03 CIV du 5 février 2007 relative à la présentation de la réforme du pacte civil de solidarité, préc.

diplomatiques et consulaires français. Il appartient aux partenaires, à peine d'irrecevabilité, de joindre à la convention de pacte civil de solidarité les documents, notamment les pièces d'état civil, permettant d'établir la validité du pacte¹³⁵⁰. À ce propos, les autorités françaises en poste à l'étranger sont invitées « à faire preuve de souplesse »¹³⁵¹ dans la vérification d'absence d'empêchement à la conclusion du pacte civil de solidarité. Ainsi, si la loi nationale étrangère ne connaît pas d'institution équivalente au pacte civil de solidarité, il leur est demandé d'« accepter [...] un certificat de célibat et une attestation sur l'honneur indiquant qu'elle n'est pas sous tutelle »¹³⁵².

364. Néanmoins, la seule prise en compte de la loi de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement dans la détermination de la compétence des agents diplomatiques et consulaires ne suffit pas. L'article 515-7-1 du Code civil en admettant l'application des dispositions matérielles de l'État de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement du partenariat enregistré exclut l'intervention de la loi locale de l'enregistrement. Cependant, au regard de l'article 5 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires¹³⁵³, la compétence des autorités consulaires ou diplomatiques doit également être envisagée selon la loi locale¹³⁵⁴. Or, cette dernière peut limiter les cas d'intervention des autorités consulaires ou diplomatiques.

365. Une circulaire du 28 septembre 2007 du ministère des Affaires étrangères et européennes¹³⁵⁵ est venue indiquer que « l'enregistrement d'un pacte civil de solidarité ne se rattache à aucune des fonctions prévues à l'article 5 (a à l) de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires pouvant être exercées par un chef de poste consulaire ». Ainsi, il est considéré que cet enregistrement entre dans la catégorie des fonctions visées au point m dudit article¹³⁵⁶. En vertu de ce dernier, les fonctions consulaires consistent à « exercer toutes autres fonctions confiées à un poste consulaire par l'État d'envoi que n'interdisent pas les lois et règlements de l'État de résidence ou auxquelles l'État de résidence ne s'oppose pas ». Par conséquent, la circulaire invite les consulats à refuser d'enregistrer le pacte civil de

¹³⁵⁰ CE, 23 mai 2003, *Baudry*, n° 248982, *RFDA* 2003, p. 848 ; *D.* 2004, p. 295, note J. Gourdou et J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2003, p. 546, n° 4, obs. R Perrot ; *RTD civ.* 2003, p. 684, n° 7, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2004, p. 420, concl. E. Prada-Bordenave.

¹³⁵¹ A. devers, « Le couple non marié », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, op. cit., n° 526.43.

¹³⁵² Rép. min. n° 58140, *JOAN Q*, 13 août 2001, p. 4722, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 771.

¹³⁵³ Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires, entrée en vigueur le 19 mars 1967, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261.

¹³⁵⁴ A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, op. cit., p. 221, n° 353.

¹³⁵⁵ Ministère des affaires étrangères et européennes, Circ. du 28 sept. 2007 relative au pacte civil de solidarité, NOR : MAEF0801234C.

¹³⁵⁶ V. pour une opinion contraire : A. Devers, « Pacs enregistrés à l'étranger : suspension d'une circulaire ministérielle », *JCP G*, 2008, n° 2, 9 janv. 2008, act. 34.

solidarité lorsque l'ordre public local prohibe « *la vie de couple, hors mariage, de deux personnes de sexe différent ou du même sexe* ».

Cependant, la circulaire du 28 septembre 2007¹³⁵⁷ a apporté une atténuation à cette solution radicale. Lorsque les deux partenaires étaient de nationalité française et « *persistaient dans leur volonté de conclure un pacte civil de solidarité en dépit de la mise en garde [...] sur les risques qu'ils encourent et les sanctions auxquelles ils s'exposent au regard de l'ordre public local* », le consulat pouvait alors enregistrer le pacte civil de solidarité. *A contrario*, l'enregistrement demandé par un couple mixte impliquant un Français ne pouvait être admis par le consulat. Cette solution a été condamnée par le Conseil d'État au nom du principe d'égalité. En effet, il a estimé que le ministère des Affaires étrangères et européennes ne peut « *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* »¹³⁵⁸.

Dès lors, le ministère a adopté une nouvelle position dans une circulaire en date du 19 janvier 2008¹³⁵⁹ considérant que « *dès lors que les conditions d'enregistrement d'un pacte civil de solidarité sont conformes aux dispositions du Code civil, l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire procède à l'enregistrement du pacte de solidarité* ». Cependant, le consulat se doit, 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, de mettre en garde chacun des partenaires, y compris le partenaire étranger. Monsieur Alain Devers relève qu' « *il n'en demeure pas moins qu'un pacte civil de solidarité enregistré [...] en violation de la loi locale prohibitive est, au moins en théorie, nul* »¹³⁶⁰. Certes, il est peu probable que la nullité soit prononcée en France, mais elle peut « *légitimement l'être par les juridictions de l'État du lieu d'enregistrement* »¹³⁶¹.

366. *A contrario*, il se peut que la loi locale ne soit pas prohibitive, mais permissive en autorisant les autorités diplomatiques et consulaires à enregistrer des pactes civils de solidarité sur leur territoire national. Néanmoins, malgré cette permissivité apparente, l'enregistrement est parfois encadré par des conditions strictes. Par exemple, en vertu de la loi néerlandaise, les

¹³⁵⁷ Ministère des affaires étrangères et européennes, Circ. du 28 sept. 2007 relative au pacte civil de solidarité, NOR : MAEF0801234C.

¹³⁵⁸ CE, ord., 18 déc. 2007, *Gisti et a.*, n° 310837, *JCP G* 2008, II, 10013, note A. Devers.

¹³⁵⁹ Ministère des affaires étrangères et européennes Circ. du 19 janv. 2008 relative au pacte civil de solidarité, NOR : MAEF0801234C.

¹³⁶⁰ A. Devers, « Couple non marié », préc., n° 27.

¹³⁶¹ *Ibid.*

autorités diplomatiques et consulaires sont autorisées à enregistrer un pacte civil de solidarité uniquement lorsqu' « aucune des parties ne possède exclusivement ou notamment la nationalité néerlandaise »¹³⁶². En définitive, les autorités consulaires françaises aux Pays-Bas ne peuvent pas enregistrer un pacte civil de solidarité sur le territoire de ce dernier lorsque le partenariat implique une personne de nationalité néerlandaise.

¹³⁶² Pays-Bas, L. du 6 juill. 2004 portant règlement des conflits de lois en matière de partenariat enregistré, art. 1, § 3 ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 538.

CONCLUSION DU TITRE I

367. Bien qu'à ce jour l'homosexualité bénéficie d'une protection à l'échelle européenne, à l'origine, les revendications des personnes homosexuelles n'étaient pas accueillies par la Commission européenne et par la Cour européenne. Pour autant, après la protection de la personne homosexuelle par la reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée, la protection du couple homosexuel a rapidement été consacrée. La reconnaissance juridique du couple imposée aux États parties sur le fondement du droit au respect de la vie familiale est en plein essor. En effet, en imposant aux États d'organiser un statut permettant aux couples de personnes de même sexe de voir leur relation de couple reconnue légalement, la Cour européenne des droits de l'Homme a franchi une étape cruciale dans l'étendue des droits accordés au couple de même sexe. Certes, l'obligation positive d'ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe n'a pas été imposée par la Cour européenne. Cependant, certains statuts de partenariats enregistrés sont si protecteurs qu'ils se rapprochent de près de l'institution du mariage. En outre, chacun sait que lorsque le consensus européen à ce propos verra le jour, cette ouverture sera certainement imposée à chaque État partie. La mobilité internationale favorise l'émergence des couples mixtes. Que l'extranéité réside dans la nationalité des membres du couple ou leur lieu de résidence, leur nombre est sans cesse en augmentation. Or, le droit de la famille est une matière touchant profondément la société de sorte que chaque État a sa propre conception de la famille et plus particulièrement du couple. Dès lors, les problématiques de droit international privé peuvent être nombreuses. En outre, les modes de conjugalité hors mariage – cohabitation et partenariat enregistré – ne font l'objet d'aucun consensus dans la mesure où si une majorité d'États en disposent, chacun y voit une organisation juridique de la vie de couple lui étant propre. Dès lors, les relations internationales se complexifient. Il semble regrettable que le droit international privé français s'intéresse peu à la cohabitation hors mariage qui pourtant est utilisée par un nombre important de couples qui ne veulent pas se marier et qui, désormais, n'est plus ignorée du droit. Quant au partenariat enregistré, le législateur français a adopté des dispositions de droit international privé lui étant propre. Cependant, cette forme de conjugalité varie tant d'un État à l'autre – parfois assimilée au mariage, parfois y étant totalement étrangère – que des dispositions parcellaires ne permettent pas d'aboutir à un traitement uniforme au-delà des frontières du statut conjugal. Ce constat est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'un couple homosexuel. Or, il importe que tout couple puisse voir son statut conjugal reconnu dans un État tiers, *a minima*, au sein de la communauté européenne. Les modes de conjugalité ouverts aux couples de personnes de même

sexe étaient restreints jusqu'à la loi du 17 mai 2013 qui a institué une nouvelle vague en ouvrant le mariage.

TITRE II : DE LA NOUVELLE VAGUE INITIÉE PAR LA LOI DU 17 MAI 2013

368. Sujet sensible pour le droit français, la différence de sexe des époux constituait l'une des caractéristiques fondamentales du mariage. La justification de cette considération résidait dans le fait que le mariage était contracté dans le but de procréer et de fonder une famille. Pour autant, la conception traditionnelle du mariage a évolué et de nombreux pays occidentaux ont à ce jour institué le mariage entre personnes de même sexe. Le pionnier en la matière a été les Pays-Bas par une loi du 21 décembre 2000¹³⁶³, suivi par la Belgique par une loi du 13 février 2003¹³⁶⁴ ou encore l'Espagne par une loi du 1^{er} juillet 2005¹³⁶⁵. À ce jour, le nombre de ces pays est plus important, la Suède, la Norvège, le Portugal, l'Islande, le Danemark, la France, l'Angleterre ainsi que le Pays de Galles ont adopté la même position. En mai 2015, l'Irlande a été le premier État à adopter le mariage homosexuel par voie de référendum. Enfin, plus récemment, trois États ont légiféré en faveur du mariage entre personnes de même sexe : l'Allemagne, Malte et l'Autriche¹³⁶⁶. Outre les États européens, le même phénomène se retrouve par exemple en Afrique du Sud¹³⁶⁷, au Canada¹³⁶⁸, en Argentine¹³⁶⁹ ou dans certains États des États-Unis¹³⁷⁰. En France, le changement est intervenu à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013¹³⁷¹ qui a ouvert le mariage aux personnes de même sexe. Cette réforme constitue une réelle rupture avec la conception traditionnelle de l'union entre un homme et une femme. La disparition du principe de l'altérité sexuelle dans le mariage a nécessairement eu une influence sur la conception juridique de l'institution tant au plan interne, qu'au plan international. Cette nouvelle forme d'union est désormais accueillie par la catégorie mariage du droit international privé français. Toutefois, une difficulté subsiste puisque l'admission du mariage pour les couples de même sexe est loin d'être un consensus au niveau

¹³⁶³ Pays-Bas, L. du 21 déc. 2000 ouvrant le mariage aux couples homosexuels, entrée en vigueur le 1^{er} avr. 2001.

¹³⁶⁴ Belgique, L. du 13 févr. 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Moniteur belge*, 28 févr. 2003, n° 2003009163, p. 09880.

¹³⁶⁵ Espagne, L. n° 13/2005 du 1^{er} juill. 2005 portant modification du Code civil en matière de droit à contracter mariage, entrée en vigueur le 3 juill. 2005.

¹³⁶⁶ Données recueillies sur le site suivant régulièrement mis à jour (dernier état le 12 déc. 2017) : <https://www.touteleurope.eu/actualite/le-mariage-homosexuel-en-europe.html>

¹³⁶⁷ Afrique du Sud, L. du 14 nov. 2006, entrée en vigueur le 30 nov. 2006.

¹³⁶⁸ Canada, L. fédérale sur le mariage civil du 20 juill. 2005, *LC*, 2005, c. 33.

¹³⁶⁹ Argentine, L. n° 26.618 portant sur le mariage des couples de même sexe du 22 juill. 2010.

¹³⁷⁰ Par exemple les États du Massachusetts, du Vermont et du New-Hampshire. V. pour une présentation détaillée : P. Herzog, « États-Unis d'Amérique. - Mariage, divorce, régimes matrimoniaux. - Filiation. - Droit international privé », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. n° 1, 24 janv. 2010, n° 14.

¹³⁷¹ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

mondial. Ainsi, les conflits de qualification et les unions boiteuses seront d'autant plus fréquents.

369. La loi du 17 mai 2013¹³⁷² ne s'est pas contentée d'adopter des dispositions internes. Le législateur a également précisé les règles de droit international privé français applicables au mariage impliquant deux personnes de même sexe. Au travers de l'étude de ces règles, le souhait du législateur français apparaît de manière non équivoque : promouvoir à l'échelle internationale les choix législatifs internes. Les situations internationales ont été prises en compte d'une part, s'agissant de la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe en France (Chapitre I) et d'autre part, s'agissant de la reconnaissance de ces mêmes unions célébrées tant en France qu'à l'étranger (Chapitre II).

¹³⁷² L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

CHAPITRE I : LA CÉLÉBRATION PERMISSIVE EN FRANCE D'UN MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE

370. Le législateur français a pris le parti de codifier les règles de droit international privé relatives à la célébration du mariage. Ce choix a pu être critiqué dans la mesure où une telle démarche n'était pas nécessairement indispensable. En effet, le mariage relevant de l'état des personnes, l'article 3, alinéa 3 du Code civil¹³⁷³ se suffisait à lui-même quant à la détermination de la loi applicable quant aux conditions de fond. De même, l'article 171-1 du Code civil¹³⁷⁴ relatif à la loi applicable quant à la forme était bien assez explicite. Ainsi, la seule application des règles de droit international privé traditionnellement utilisées en matière de formation du mariage aurait permis de régler les questions relatives au mariage homosexuel dans la mesure où celui-ci fait partie intégrante de la catégorie mariage de droit international privé. Pour autant, la loi du 17 mai 2013 a introduit deux nouveaux articles dans le Code civil permettant de régler les difficultés liées aux conflits de lois relatifs à la célébration d'une union en France lorsque la situation présente des éléments d'extranéité. L'article 202-1 est relatif aux conditions de fond du mariage et l'article 202-2 aux conditions de forme (Section 1).

371. En réalité, la loi du 17 mai 2013 n'entend pas seulement ouvrir le mariage entre personnes de même sexe aux individus dont la loi nationale l'autorise, mais aussi apporter une ouverture internationale à cette nouvelle faculté. Créant un réel tempérament à la traditionnelle application de la loi nationale quant aux conditions de fond de formation du mariage impliquant deux personnes de même sexe, une attention particulière doit être apportée à l'articulation des nouvelles règles de conflit de lois avec les conventions bilatérales relatives au statut personnel conclues par la France (Section 2).

Section 1. Les nouvelles règles de conflit de lois relatives à la célébration d'un mariage en France

372. Classiquement, la formation du mariage sous-entend une distinction entre ses conditions de fond et ses conditions de forme. Indépendamment de la loi qui leur est applicable,

¹³⁷³ L'article 3, alinéa 3 du Code civil dispose que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

¹³⁷⁴ Selon l'article 171-1 du Code civil, « le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre. Il en est de même du mariage célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises. Toutefois, ces autorités ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret ».

les concepts de fond et de forme méritent des précisions pour en dégager un contenu exact. La forme désigne « *l'ensemble des comportements extérieurs et tangibles imposés à l'auteur d'une manifestation de volonté juridique* »¹³⁷⁵. Par opposition, le fond serait « *tout ce qui dans un acte juridique touche à la personne (capacité, pouvoir), à la valeur de leur consentement, au contenu de l'acte (objet, cause)* »¹³⁷⁶. Autrement dit, le fond concernerait « *tout ce qui a trait à la substance de l'opération considérée et relèverait de la forme ce qui contribue seulement à la mise sur pied de cette opération* »¹³⁷⁷. En droit international privé, la difficulté va résider dans le rattachement de telle exigence à l'une ou l'autre des catégories. Tout l'intérêt du rattachement des exigences imposées pour la formation du mariage aux conditions de forme ou aux conditions de fond réside dans le fait que celui-ci guidera la détermination de la loi applicable à ces dernières. Or, l'application de la loi nationale, de la loi du lieu de célébration du mariage, de la loi de résidence ou du domicile aura un impact considérable sur la possible formation ou non de l'union. Dans la célèbre affaire *Caraslanis*¹³⁷⁸ en date du 22 juin 1955, la Cour de cassation a affirmé que « *la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celles des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français* ». Il s'agit du principe de qualification *lege fori*¹³⁷⁹. Ainsi, après avoir étudié la loi applicable aux conditions d'ordre substantiel (Sous-section 1), il conviendra d'envisager celle applicable aux conditions d'ordre formel (Sous-section 2).

Sous-section 1. Les conditions d'ordre substantiel : l'abandon de l'application cumulative des lois nationales

373. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013¹³⁸⁰ a inséré une règle de conflit de lois en matière de célébration du mariage à l'article 202-1 du Code civil prévoyant par principe le rattachement à la loi personnelle quant aux conditions de fond de formation du mariage. Néanmoins, pour permettre de déroger à la loi de principe normalement applicable et valider un maximum d'unions entre personnes de même sexe, le législateur a pris le soin d'insérer un alinéa 2 au même article permettant d'évincer la loi étrangère normalement applicable, soit la

¹³⁷⁵ V. Delaporte, *Recherche sur la forme des actes en droit international privé*, Thèse, Université Paris I, 1974, n° 133.

¹³⁷⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^{ème} éd., 2020, V° *Fond*.

¹³⁷⁷ P. Louis-Lucas, « La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois », in *Mélanges J. Maury*, Dalloz et Sirey, 1960, Tome 1, p. 175, spéc. p. 191.

¹³⁷⁸ Cass. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, préc.

¹³⁷⁹ Cf. *supra* n° 183 et s.

¹³⁸⁰ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

loi personnelle prohibitive (Paragraphe 1). Après avoir exposé la règle issue de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil, il conviendra de discuter de sa nature (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'éviction de la loi personnelle prohibitive : les conditions extensives fondées sur la proximité

374. La question de la loi applicable aux conditions de fond de formation du mariage est traitée, depuis la loi du 17 mai 2013¹³⁸¹, à l'article 202-1 du Code civil. Ce dernier n'a fait que confirmer la solution déjà admise en droit français : la compétence de principe de la loi personnelle des futurs époux, soit la loi nationale (I). Pour autant, dans un esprit de faveur, le législateur a prévu une exception au principe fondée sur plusieurs critères de proximité (II) permettant d'évincer la loi nationale prohibitive interdisant le mariage entre personnes de même sexe au profit d'une loi plus libérale.

I. L'application de principe de la loi nationale

375. Le critère de la loi nationale ne semble pas poser de difficultés particulières lorsque le mariage met en jeu deux personnes de même nationalité (A). Cependant, sa détermination peut paraître plus délicate lorsque l'union implique deux personnes de nationalités différentes où une application simultanée des lois nationales en présence est alors nécessaire (B).

A. Le mariage impliquant des époux de même nationalité

376. À défaut de sources d'origine européenne¹³⁸², les règles de conflit de lois permettant de dégager la compétence de la loi nationale en matière de conditions de fond du mariage sont tantôt d'origine conventionnelle, tantôt d'origine nationale. Quant aux premières, la France a conclu avec plusieurs États tels que le Maroc¹³⁸³ et la Pologne¹³⁸⁴ des conventions bilatérales déterminant la loi applicable aux conditions de fond du mariage¹³⁸⁵. En vertu de la

¹³⁸¹ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹³⁸² Le règlement Rome III du 20 décembre 2010, dans son article 1^{er}, exclut expressément de son champ d'application les questions de règles de conflit de lois relatives à « *l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage* », ainsi que celles relatives à « *l'annulation d'un mariage* ».

¹³⁸³ Art. 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire ; Décr. n° 83-435 du 27 mai 1983 portant publication de la convention entre la République française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, *JORF*, 1^{er} juin 1983, p. 1643.

¹³⁸⁴ Art. 4 de la Convention franco-polonaise du 5 avr. 1967 ; Décr. n° 69-176 du 13 févr. 1969 portant publication de la convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille, *JORF*, 22 févr. 1969, p. 1969.

¹³⁸⁵ Pour une liste exhaustive des conventions bilatérales conclues par la France : Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), *BOMJ*, n° 2013-05, 31 mai 2013, p. 4 et s.

majorité de ces textes, les conditions de fond du mariage sont soumises à la loi nationale des futurs époux. Quant aux secondes, elles méritent une attention particulière aboutissant à l'application de la loi nationale commune (1) qui peut, parfois, poser des difficultés de détermination (2).

1. Le critère de la loi nationale commune

377. Les sources internes comprennent différents textes, notamment plusieurs dispositions du Code civil. Les conditions de fond du mariage appartiennent à la catégorie statut personnel. Ainsi, même si l'article 3, alinéa 3 du Code civil soumettant l'état et la capacité des personnes à la loi nationale en disposant que « *les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers* » ne le précise pas, il a toujours été admis que les conditions de fond du mariage relèvent de ces dispositions. La justification se trouve dans le fait que le mariage est un acte qui affecte l'état des personnes.

378. Antérieurement à la loi du 14 novembre 2006¹³⁸⁶, la même solution découlait également de l'article 170 du Code civil concernant le mariage d'un Français à l'étranger. Il était exigé que « *le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent* », c'est-à-dire aux conditions de fond prévues en droit interne français. L'article 171-1 du Code civil, issu de la loi du 14 novembre 2006¹³⁸⁷, dispose à présent que « *le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre* ». Le chapitre I^{er} du Titre V consacré au mariage évoqué s'intitule « *Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage* » et vise les conditions de fond requises par les futurs époux pour contracter mariage. Il impose donc aux Français de remplir les conditions prévues par le Code civil, et ce même pour un mariage célébré à l'étranger.

379. Les formulations des articles 3 et 171-1 du Code civil sont unilatérales et ne visent que l'application dans l'espace de la loi française. Pour autant, la portée du principe mérite d'être précisée. En effet, très tôt la jurisprudence a bilatéralisé le principe d'application de la loi nationale aux conditions de fond de formation du mariage à la faveur de l'arrêt *Busqueta*¹³⁸⁸ du 13 juin 1814 rendu par la cour d'appel de Paris. Le processus de bilatéralisation entraîne alors

¹³⁸⁶ L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, *JORF*, n° 264, 15 nov. 2006, p. 17113.

¹³⁸⁷ L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, préc.

¹³⁸⁸ CA Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, préc.

une règle générale pour englober le cas des étrangers selon laquelle l'état et la capacité des personnes sont soumis à leur loi nationale. Il en résulte l'obligation pour les étrangers de respecter les conditions posées par leur droit national et ce quel que soit le lieu de célébration de leur mariage.

380. Depuis la loi du 17 mai 2013¹³⁸⁹, le rattachement à la loi nationale est désormais codifié à l'article 202-1, alinéa 1er du Code civil qui dispose que « *les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle* ». L'expression « *loi personnelle* » fait référence à « *la loi nationale* ».

381. La compétence de la loi nationale est largement reconnue dans les États européens¹³⁹⁰, notamment en Allemagne¹³⁹¹, en Autriche¹³⁹², en Belgique¹³⁹³, en Espagne¹³⁹⁴, en Grèce¹³⁹⁵ et en République tchèque¹³⁹⁶. Malgré ce constat majoritaire, il convient de préciser que certains États des États-Unis soumettent les conditions de fond du mariage à la loi du lieu de célébration¹³⁹⁷.

382. Les principes directeurs amenant à l'application de la loi nationale quant aux conditions de fond de formation du mariage sont ainsi déterminés. Cependant, plusieurs difficultés de détermination de la loi nationale peuvent apparaître.

2. *Les difficultés de détermination de la loi nationale*

383. La mise en œuvre de la solution française quant à la désignation de la loi nationale peut entraîner plusieurs situations rendant délicate la détermination de cette loi comme les conflits de nationalités ou le conflit mobile.

384. La question du conflit de nationalités intervient dans l'hypothèse de plurinationalités, c'est-à-dire la situation où l'un des futurs époux a, au moment de la célébration

¹³⁸⁹ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹³⁹⁰ V. pour une liste détaillée : I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de fond », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 546-10, 13 févr. 2015, n°s 21 et s.

¹³⁹¹ Allemagne, L. du 25 juill. 1986 portant réforme du droit international privé allemand, art. 13, al. 1^{er} ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 170, comm. H.-J. Sonnenberger.

¹³⁹² Autriche, L. du 15 juin 1978 sur le droit international privé (IPR-Gesetz), JO BGBl, n° 304/1978, art. 17.

¹³⁹³ Belgique, Code civil, art. 46, al. 1^{er}.

¹³⁹⁴ Espagne, Code civil, art. 9, al. 1^{er}.

¹³⁹⁵ Grèce, Code civil, art. 13, § 1.

¹³⁹⁶ République Tchèque, L. du 25 janv. 2012 relative droit international privé et procédural (LDIPP) du 25 janv. 2012, *JO République Tchèque*, n° 91/2012, art. 48 et 49.

¹³⁹⁷ La règle générale, prévue par le paragraphe 283 du *Restatement Conflicts [Second]*, est la suivante : « *un mariage est valide s'il l'est selon la loi de l'État où il a été célébré, sauf s'il enfreint l'ordre public de l'État avec lequel, au moment de la célébration, les époux et le mariage lui-même avaient les rapports les plus importants* ». Pour une présentation détaillée : J. W. Rebol et E. Sommer, « États-Unis d'Amérique – Trusts – Successions - Conflits de lois », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. n° 2, 1^{er} avr. 1997 (mise à jour : 15 nov. 2007), n° 120.

du mariage, plusieurs nationalités. Cette situation « *est fréquente lorsqu'une personne est née de parents ayant une nationalité différente et reçoit par filiation la nationalité de chacun de ses deux parents ou est née dans un État autre que celui dont les parents ont la nationalité et que l'État du lieu de naissance attribue sa nationalité en raison de la naissance sur son territoire [...] [ou] lorsqu'une personne acquiert pendant sa vie une nationalité sans perdre sa nationalité précédente* »¹³⁹⁸. Plusieurs hypothèses se présentent alors. Tout d'abord, lorsque les nationalités en conflit sont étrangères, la solution consiste à faire primer la nationalité la plus effective¹³⁹⁹. Les juges du fond disposent d'une appréciation souveraine pour déterminer la nationalité la plus effective. À cette fin, ils « *retiennent des éléments objectifs tels que la résidence de l'intéressé, la durée des séjours dans les deux pays concernés, les liens conservés avec l'un ou l'autre de ces pays, la langue parlée par l'intéressé [...]* »¹⁴⁰⁰. Ensuite, si l'un des époux a une double nationalité dont l'une est française et l'autre étrangère, la Cour de cassation admet traditionnellement que la loi française sera prise en considération¹⁴⁰¹, c'est-à-dire la loi du for¹⁴⁰². L'idée qui préside est la suivante : « *si la loi française déclare français un individu, une autorité judiciaire ou administrative française ne pourrait méconnaître cette qualité sans se mettre en contradiction avec l'ordre juridique dont elle tient ses pouvoirs* »¹⁴⁰³. L'avantage de cette solution va se retrouver dans la situation où une personne possède, outre la nationalité française, une nationalité qui autoriserait le mariage polygamique. La loi étrangère autorisant une union contraire à nos principes sera alors écartée par la primauté due à la loi française. Il en ressort qu'un Franco-Algérien ne peut pas valablement contracter un second mariage avant la dissolution du premier¹⁴⁰⁴.

385. Une difficulté peut également se poser face à un changement de nationalité, il s'agit alors de la question du conflit mobile¹⁴⁰⁵. L'hypothèse est la suivante, avant la célébration de l'union, l'officier de l'état civil a vérifié que les futurs époux remplissent les conditions de fond nécessaires pour contracter l'union, à savoir les conditions posées par leur loi nationale. Or, il

¹³⁹⁸ P. Lagarde, « Nationalité », *Répertoire de droit international Dalloz*, juin 2013 (mise à jour : déc. 2019), n° 44.

¹³⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1974, n° 72-12.196, Bull. civ. I, n° 145 ; *Rev. crit. DIP* 1975, p. 260, note M. Nisard ; *JDI* 1975, p. 298, note D. Alexandre.

¹⁴⁰⁰ P. Lagarde, « Nationalité », préc., n° 60.

¹⁴⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 1968, *Kasapyan*, préc.

¹⁴⁰² La Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'il n'est pas toujours possible pour un État membre de faire prévaloir sa nationalité sur celle d'un autre État-membre en raison du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité et de la citoyenneté européenne. Il s'agissait de la contestation de compétence de la loi nationale du for sur le nom des enfants binationaux d'un couple hispano-belge. Cependant, cette solution semble, à l'heure actuelle, limitée au domaine du nom. V. CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, préc.

¹⁴⁰³ P. Lagarde, « Nationalité », préc., n° 49.

¹⁴⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, n° 91-19.310, Bull. civ. I, n° 316 ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 644, note E. Kerckhove.

¹⁴⁰⁵ Cf. *supra* n° 265 et s.

est possible que le mariage fasse perdre à l'un des époux sa nationalité d'origine et lui fasse acquérir celle de l'autre époux soit par l'effet du mariage, soit par naturalisation. Il convient alors de résoudre la question du conflit mobile. Quelle nationalité doit être prise en compte ? L'appréciation du rattachement à la loi nationale doit être faite au moment de la célébration de l'union¹⁴⁰⁶. La jurisprudence retient donc la loi nationale que l'époux possédait au jour de la célébration. Cette solution est justifiée par le fait qu'il s'agit d'apprécier la formation du mariage. En pratique, la situation va se présenter dans le cas d'un contentieux où le juge français serait saisi d'une demande d'annulation du mariage au motif que l'union n'a pas été valablement célébrée au regard de la loi applicable aux conditions de fond. Or, ne sera pas prise en compte la loi nationale au moment du procès.

386. Outre les difficultés inhérentes à la détermination de la loi nationale d'un ou des futurs époux dans certaines situations précises, la mise en œuvre du principe de l'application de la loi nationale aux conditions de fond dans le cadre d'un mariage entre personnes de même nationalité ne pose pas de réelles difficultés du fait de l'application commune aux deux époux de cette loi. La situation est bien plus problématique lorsque le mariage implique des personnes de nationalités divergentes. Plusieurs conditions de fond devront donc alors être distinguées pour appliquer le principe.

B. Le mariage impliquant des époux de nationalités divergentes

387. Dans son principe, la loi nationale précédemment déterminée ne prête guère à discussion. Les conditions de fond étant celles qui déterminent l'aptitude à contracter mariage des futurs époux, elles sont personnelles à chacun. Dans un système respectueux de l'égalité des époux, il n'y a aucune raison de privilégier la loi personnelle de l'un d'eux. La situation peut s'avérer plus délicate en présence d'un mariage mixte, c'est-à-dire quand les futurs époux n'ont pas la même nationalité. Dans le souci d'assurer le respect des exigences dégagées par les deux lois nationales en présence, il convient de faire une application distributive de ces lois et de soumettre chacun des futurs époux à sa propre loi (1). Néanmoins, ce principe comporte des limites puisque certaines conditions ne concernent pas tant le futur époux lui-même, mais le lien matrimonial qui doit être créé. La jurisprudence retient alors une application cumulative quant à ces empêchements bilatéraux (2). Cette distinction a été consacrée par la Cour de

¹⁴⁰⁶ TGI Lyon, 28 nov. 1975, *JDI* 1976, p.675, note D. Mayer ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 477, note P. Lagarde.

cassation qui affirme que « les dispositions de l'article 147 [du Code civil] édictent un empêchement au mariage justement qualifié de bilatéral et absolu »¹⁴⁰⁷.

1. Les empêchements unilatéraux : un schéma distributif

388. L'empêchement unilatéral est celui venant limiter pour un motif déterminé la liberté matrimoniale et affectant les époux pris individuellement. « Dans la mesure où l'aptitude à contracter mariage s'apprécie dans le chef de chacun des époux, distinctement »¹⁴⁰⁸, le principe de l'application distributive des lois nationales est affirmé unanimement tant par la doctrine¹⁴⁰⁹ que par la jurisprudence. Notamment dans un arrêt du 14 janvier 1994¹⁴¹⁰, la cour d'appel de Paris a pu considérer qu' « en présence de conjoints de nationalités différentes, il est de principe d'appliquer de façon distributive les lois nationales en exigeant de chacun des époux de remplir les conditions requises par sa loi nationale ». Ainsi, ce principe trouve application à propos des conditions telles que l'âge requis, la capacité ou le consentement pour lesquelles la validité de l'union s'apprécie pour chacun au regard de sa loi nationale.

389. En conséquence, les divers aspects de la condition relative au consentement, notamment l'existence et l'intégrité, sont en principe soumis à la loi nationale de chaque époux. En tant que condition de fond du mariage, l'existence du consentement relève de la loi nationale de chaque époux¹⁴¹¹. Ainsi, l'article 146 du Code civil aux termes duquel « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » s'applique à l'époux de nationalité française. Par souci de parallélisme, la loi étrangère régira l'existence du consentement d'un époux de nationalité étrangère. Cependant, il arrive que la ou les lois étrangères en présence ne connaissent pas la condition relative à l'existence du consentement des époux. Or, le consentement est « le centre de gravité de toute l'institution »¹⁴¹² que constitue le mariage. C'est

¹⁴⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2002, n° 00-15.789, Bull. civ. I, n° 214 ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 271, note B. Bourdelois ; *JCP* 2003, II, 10007, concl. J. Sainte-Rose et note A. Devers ; *Defrénois* 2002, p. 1467, obs. J. Massip ; *D.* 2003. Somm. 1935, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2003, p. 62, note J. Hauser.

¹⁴⁰⁸ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de fond », préc., n° 30.

¹⁴⁰⁹ *Contra* E. Bartin, *Principes de droit international privé*, Tome II, Domat-Montchrestien, 1932, p. 123 cité par I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de fond », préc., n° 31. L'auteur proposait d'appliquer la loi nationale du mari. V. également P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé, op. cit.*, n° 327 cité par I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de fond », préc., n° 30. L'auteur était favorable au cumul des lois en présence.

¹⁴¹⁰ CA Paris, 14 janv. 1994, *D.* 1994, somm. p. 375, obs. B. Audit. V. également : CA Paris, 7 juin 1994, *D.* 1994, inf. rap. p. 177 ; CA Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996, p. 156, note F. Boulanger ; *D.* 1996, somm. P. 174, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 41, note P. Gannagé.

¹⁴¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2011, n° 10-16.482, n° 09-68.479 et n° 09-71.922, *D.* 2011, p. 1618, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2012, pan. p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon ; Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009, n° 08-10.387, *D.* 2009, p. 564, obs. V. Egéa ; *JCP G* 2009, II, 10065, note J.-G. Mahinga ; *Dr. fam.* 2009, comm. 81, M. Farge.

¹⁴¹² J. Carbonnier, *Droit civil : La famille, l'enfant, le couple*, Tome 2, PUF, 2002, p. 391.

ainsi que dans une affaire en date du 27 juin 2002¹⁴¹³, la cour d'appel de Paris a déclaré la loi personnelle pakistanaise du mari incompatible avec l'ordre public international français¹⁴¹⁴ dans la mesure où elle ne connaissait pas la condition du consentement. L'intégrité du consentement implique que ce dernier présente certaines qualités qui relèvent logiquement de la loi régissant les conditions de fond. À ce titre, l'article 180 du Code civil exige un consentement libre des deux époux et sanctionne l'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant. De même, un époux peut demander la nullité du mariage s'il y a erreur dans la personne ou sur ses qualités essentielles. Dès lors, « *il paraît indiscutable que les législations étrangères ne sanctionnant pas l'exercice d'une contrainte [...] porteraient atteinte à la liberté du mariage et seraient ainsi contraires à l'ordre public international français* »¹⁴¹⁵.

Afin de remédier aux inconvénients suscités par l'application d'une loi étrangère retenant une conception du consentement différente de celle retenue par le législateur français, la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes¹⁴¹⁶ est venue énoncer à l'article 1^{er} de l'article 202-1 du Code civil que, « *quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180* ». Ainsi, « *les dispositions relatives à l'existence du consentement et à l'absence de contrainte [...] étant ainsi érigées en lois de police, la part des lois étrangères s'en trouve réduite d'autant* »¹⁴¹⁷. Par conséquent, les difficultés des juridictions françaises afin de contrôler le consentement en vue de lutter contre les mariages forcés et simulés sont facilitées.

390. Les empêchements bilatéraux diffèrent des précédents, car ils concernent plus la relation créée par le mariage que l'époux lui-même pris individuellement. La conséquence est qu'ils vont atteindre le second futur époux même dans le cas où sa loi personnelle ignorerait ces conditions. L'application distributive des lois nationales imposée s'agissant des empêchements unilatéraux ne trouvera alors pas lieu à s'appliquer dans une telle situation où primera une application cumulative des lois en présence.

¹⁴¹³ CA Paris, 27 juin 2002.

¹⁴¹⁴ Cf. *supra* n° 277 et s.

¹⁴¹⁵ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de fond », préc., n° 66.

¹⁴¹⁶ L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF*, n° 0179, 5 août 2014, p. 12949.

¹⁴¹⁷ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de fond », préc., n° 65.

2. Les empêchements bilatéraux : un schéma cumulatif

391. La notion d'empêchement bilatéral est issue de la doctrine allemande¹⁴¹⁸ et illustre la volonté de soumettre les deux époux, le national et l'étranger, à la loi qui a édicté l'empêchement. Cette doctrine distingue alors les empêchements ne concernant que le national (*Einseitigen*) et ceux visant les deux époux (*Zweiseitigen*). Contrairement aux premiers qui sont, comme vu précédemment, soumis à une application distributive des deux lois en présence, les derniers se voient imposer une application cumulative aux deux époux de la condition posée par l'une des lois nationales. La solution est justifiée par le fait que certaines prescriptions intéressent moins la personne même des futurs conjoints que le lien à créer et la relation née du mariage¹⁴¹⁹. La difficulté est de déterminer les empêchements relevant de cette catégorie. Sont notamment retenues à ce titre la parenté, l'alliance ou encore la polygamie.

392. Cette étude implique d'apporter des développements complémentaires concernant un empêchement bilatéral qui n'a plus lieu d'être à l'heure actuelle : la différence de sexe. Antérieurement à la loi du 17 mai 2013¹⁴²⁰ ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, la condition de différence de sexe était une condition *sine qua non* du mariage. La différence de sexe dans le mariage, autrement dit l'altérité pouvait donc être rangée parmi « *les fondements politiques et sociaux de la société française* »¹⁴²¹. Batiffol et Monsieur le Professeur Paul Lagarde estimaient ainsi que « *la différence de sexe [...] serait certainement [...] réputée d'ordre public si la question se posait en jurisprudence* »¹⁴²².

393. La condition de différence de sexe est, classiquement, classée dans la catégorie des empêchements bilatéraux soumis à l'application cumulative des lois nationales des futurs époux. *A contrario*, Madame le Professeur Béatrice Bourdelois considère que la condition de différence de sexe ne constitue pas un empêchement bilatéral dans le sens où il suffit de relever que l'une des deux lois nationales n'autorise pas un tel mariage pour en invoquer la nullité¹⁴²³. Selon cette analyse, elle dégage le fait que pour que la notion d'empêchement bilatéral soit réellement utile, il faut constater que « *la simple application distributive des lois nationales ne permet pas de frapper de nullité le mariage suspect* »¹⁴²⁴. Hormis cette analyse, la majorité de la doctrine classe la différence de sexe comme empêchement bilatéral frappant cumulativement

¹⁴¹⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 448, n° 469.

¹⁴¹⁹ H. Batiffol, note sous TGI Seine, 21 juin 1967, *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 300.

¹⁴²⁰ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁴²¹ A. devers, « Formation du mariage », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 521.33.

¹⁴²² H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 2, *op. cit.*, n° 415.

¹⁴²³ B. Bourdelois, « Mariage », *Répertoire de droit international Dalloz*, oct. 2019, n° 33.

¹⁴²⁴ *Ibid.*, n° 34.

les deux époux. C'est en ce sens que s'est prononcée une réponse ministérielle du 9 mars 2006¹⁴²⁵ prévoyant que « *pour être reconnu en France, le mariage conclu à l'étranger doit être valable tant au regard de la loi du lieu de célébration que de la loi personnelle de chacun des futurs époux qui en régit les conditions de fond. Le mariage suppose que la loi personnelle de chacun des futurs époux l'autorise. Ainsi, au regard de la loi française, les Français de même sexe ne pourront valablement se marier à l'étranger, même si la loi du lieu de célébration reconnaît ce mariage, dans la mesure où leur loi personnelle, la loi française, le prohibe. Il en va de même du mariage d'un Français à l'étranger avec une personne étrangère de même sexe* ». Ainsi, dans l'affaire du mariage de Bègles¹⁴²⁶, célébré le 5 juin 2004 entre deux hommes par le député-maire Noël Mamère, les juridictions saisies ont constaté la nullité de l'union contractée au mépris de la loi. Le mariage entre personnes de même sexe ne pouvait donc être valable que s'il avait été célébré entre deux personnes dont les lois nationales l'autorisent l'une et l'autre. Ce serait par exemple le cas d'un mariage contracté entre deux Belges¹⁴²⁷ ou encore entre un Belge et un Espagnol¹⁴²⁸.

394. Sous l'influence d'un lobby homosexuel de plus en plus important, les pays européens ou plus largement plusieurs États du monde ont, après avoir accordé un partenariat aux couples de personnes de même sexe, admis l'ouverture du mariage à ces derniers. La France a également adopté cette position en 2013. L'essence même du mariage a alors été modifiée ainsi que les règles internationales de conflit de lois. Le législateur français ayant développé un système extrêmement permissif, les conflits de qualifications et les situations boiteuses seront d'autant plus importants.

II. Le tempérament législatif fondé sur la proximité

395. Lors de l'adoption de la loi du 17 mai 2013¹⁴²⁹, le législateur a eu la volonté de donner une ouverture maximale au mariage homosexuel en adoptant l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil qui énonce que « *toutefois, 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* ». Ainsi, cette disposition conduit

¹⁴²⁵ Rép. min. n° 16294, *JO Sénat Q*, 9 mars 2006, p. 722, *JCP N* 2006, p. 363, note M. Mignot.

¹⁴²⁶ TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, *D.* 2004, p. 2392, note E. Agostini et somm. p. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; *JCP G* 2004, II, 10169, note G. Kessler ; *Gaz. Pal.* 2004, p. 3250, note G. de Geouffre de La Pradelle ; *RTD civ.* 2004, p. 719, obs. J. Hauser.

¹⁴²⁷ Belgique, L. du 13 févr. 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Moniteur belge*, 28 févr. 2003, n° 2003009163, p. 09880.

¹⁴²⁸ Espagne, L. n° 13/2005 du 1^{er} juill. 2005 portant modification du Code civil en matière de droit à contracter mariage, entrée en vigueur le 3 juill. 2005.

¹⁴²⁹ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

à autoriser le mariage entre personnes de même sexe d'une part, lorsque la loi personnelle de l'un des futurs époux l'autorise (A) ou d'autre part, dans le cas où les lois personnelles interdisent l'une et l'autre cette union, lorsque l'un des futurs époux a son domicile ou sa résidence sur le territoire d'un État qui le permet (B).

396. Il est à noter que ces deux critères sont appliqués alternativement et non cumulativement. Il s'agit d'une marque supplémentaire du système extrêmement permissif adopté par le législateur français. Néanmoins, en pratique, cette extrême permissivité nécessite d'être combiné avec la nécessaire compétence de l'officier de l'état civil français¹⁴³⁰. En effet, « *les critères en cause désigneront très souvent l'ordre juridique français, en ce que l'un des époux sera français ou, en l'absence de Français, que le domicile ou la résidence de l'un d'eux sera en France* »¹⁴³¹.

A. La proximité fondée sur la nationalité

397. L'application distributive des lois nationales est expressément écartée par l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil dans le cadre d'un mariage impliquant deux personnes de même sexe. En effet, une telle application devrait, en principe, conduire à interdire l'union lorsque l'une des deux lois nationales en présence n'ouvre pas le mariage aux personnes de même sexe. Cependant, le législateur a choisi une voie différente afin de valider un maximum d'unions homosexuelles. La célébration d'un mariage entre personnes de même sexe est possible dès lors que l'un des futurs époux est de nationalité française ou de nationalité étrangère d'un État qui a ouvert le mariage entre personnes de même sexe. La règle de conflit de lois française « *ne concerne pas seulement le système juridique français, mais tout système juridique admettant le mariage entre personnes de même sexe : ce sont les liens de la situation avec un État membre de la petite communauté des pays "gay friendly" qui permettent que le mariage puisse être valablement célébré en France* »¹⁴³².

398. Il convient d'évoquer l'hypothèse de la double nationalité de l'un des futurs époux. Dans cette situation, la loi nationale la plus effective doit primer¹⁴³³. *Quid* lorsque cette dernière n'admet pas l'union entre personnes de même sexe ? Un raisonnement pas analogie invite à appliquer la jurisprudence *Garcia Avello*¹⁴³⁴ « *dans la mesure du moins où ladite nationalité*

¹⁴³⁰ Cf. *infra* n° 448 et s.

¹⁴³¹ P. Hammje, « « Mariage pour tous » et droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 773, n° 14.

¹⁴³² H. Fulchiron, « 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, spéc. n° 27.

¹⁴³³ Cf. *supra* n° 384.

¹⁴³⁴ CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, préc.

sera celle d'un État membre de l'Union européenne : on ne peut priver en effet un citoyen européen d'un droit que lui ouvre la loi d'un État membre dont il a la nationalité »¹⁴³⁵. Même si « la jurisprudence de la Cour se limite pour l'instant, en matière de statut personnel, au nom de famille et qu'elle s'attache surtout aux résultats [...], son impact sur le droit international privé des personnes et de la famille est essentiel »¹⁴³⁶. Si la transposition de la position de la Cour de justice des communautés européennes applicable en matière de nom n'est pas acquise, il semble que « la possibilité de choix des personnes ayant la double nationalité entre les droits de leurs différentes nationalités ne doit pas être limitée à l'utilisation du nom de famille [...], [mais] devrait prévaloir dans tous les domaines du droit international privé où le facteur de rattachement est la nationalité »¹⁴³⁷.

399. Le second facteur de rattachement retenu par le législateur français est celui du domicile ou de la résidence de l'un des futurs sur le territoire d'un État qui permet le mariage entre personnes de même sexe.

B. La proximité fondée sur le domicile ou la résidence

400. Les termes de domicile et de résidence doivent être interprétés selon les concepts du droit français, soit au sens de l'article 102 du Code civil concernant le premier et celui de l'article 74 du Code civil concernant le second.

401. En droit international privé, le domicile caractérise le rattachement, le lien entre un individu et un État. Il constitue l'un des moyens de marquer l'intégration d'une personne à une communauté juridique. En cela, le domicile est doté dans les rapports internationaux d'un plus grand réalisme, car il reflète une localisation effective, mais également d'une plus grande flexibilité, son appréciation variant selon ses applications¹⁴³⁸. Au contraire, en droit interne, « élément d'individualisation de la personne, attribut de la personnalité juridique »¹⁴³⁹, le domicile marque « le rattachement géographique de la personne au regard de la loi »¹⁴⁴⁰. Il localise juridiquement une personne de façon abstraite et rigide¹⁴⁴¹. Aubry et Rau définissaient le domicile comme la « relation existant entre cette personne et le lieu où elle est toujours

¹⁴³⁵ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 29.

¹⁴³⁶ J.-S. Bergé, D. Porcheron et G. Vieira Da Costa Cerqueira, « Droit international privé et droit de l'Union européenne », préc., n° 108.

¹⁴³⁷ T. Szabados, « La nouvelle loi hongroise de droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 87.

¹⁴³⁸ Cf. *supra* n° 218.

¹⁴³⁹ P. Hammje, « Domicile », préc.

¹⁴⁴⁰ J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 10^{ème} éd., 2004, n° 190.

¹⁴⁴¹ J. Carbonnier, *Droit civil, Les personnes*, PUF, 21^{ème} éd., 2000, n° 51.

censée présente quant à l'exercice de ses droits et quant à l'accomplissement de ses obligations »¹⁴⁴². Autrement dit, le domicile est une notion fictive reposant « *sur une présomption de présence de l'intéressé dans un lieu donné* »¹⁴⁴³. Il s'agit du « *siège légal de personne, le lieu auquel la loi la rattache, qu'elle y soit présente ou qu'elle s'en éloigne* »¹⁴⁴⁴. La Cour de cassation a pu définir le domicile comme « *le lieu où, qu'elle y habite ou non, une personne a le droit de se dire chez elle, quel que soit le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux* »¹⁴⁴⁵. Encore, selon l'article 102 du Code civil, le domicile est le lieu où l'individu « *a son principal établissement* ».

402. Si en droit international privé, la résidence habituelle constitue une alternative classique à la nationalité comme facteur de rattachement en matière de statut personnel¹⁴⁴⁶, il n'est pas exigé que la résidence envisagée dans l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil soit habituelle. En droit interne, la résidence est entendue comme « *le lieu où une personne physique demeure effectivement d'une façon assez stable mais qui peut n'être pas son domicile [...] et auquel la loi attache principalement, subsidiairement ou concurremment avec le domicile, divers effets de droits* »¹⁴⁴⁷. La notion de résidence exige une certaine stabilité avec « *pour seul but d'exclure de la notion les lieux de passage, de séjours trop brefs ou occasionnels* »¹⁴⁴⁸. Néanmoins, « *elle ne s'oppose pas [...] à l'existence de résidences secondaires* »¹⁴⁴⁹. La résidence est donc une notion qui rend compte de la réalité en ce qu'elle correspond à l'endroit où une personne se trouve effectivement pendant un certain temps¹⁴⁵⁰ contrairement à celle de domicile abstraite et essentiellement juridique¹⁴⁵¹.

403. La circulaire du 29 mai 2013¹⁴⁵² accompagnant la loi du 17 mai 2013¹⁴⁵³ indique que l'application de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil implique que les conditions posées par l'article 74 du même Code soient remplies. Ce dernier dispose que « *le mariage sera*

¹⁴⁴² C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, 7^{ème} éd., Tome I, Litec, 1869, n° 141 cité par Y. Buffelan-Lanore, « Domicile, demeure et logement familial », *Répertoire de droit civil Dalloz*, juin 2014 (mise à jour : déc. 2019), n° 3.

¹⁴⁴³ Y. Buffelan-Lanore, « Domicile, demeure et logement familial », préc., n° 3.

¹⁴⁴⁴ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil – Les personnes*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, p. 201, n° 202.

¹⁴⁴⁵ Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 04-82.620, *Dr. pén.* 2005, comm. n° 7, obs. J.-H. Robert ; *RDI* 2005, p. 124, G. Roujou de Boubée.

¹⁴⁴⁶ Cf. *supra* n° 220.

¹⁴⁴⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° *Résidence*.

¹⁴⁴⁸ B. Petit et Y. Favier, « Domicile. - Notion. Fonction », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 10, 4 déc. 2018, n° 8.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*

¹⁴⁵⁰ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil – Les personnes*, *op. cit.*, p. 201, n° 202.

¹⁴⁵¹ A. Marais, *Droit des personnes*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2018, p. 147, n° 211.

¹⁴⁵² Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), *BOMJ*, n° 2013-05, 31 mai 2013.

¹⁴⁵³ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

célébré, au choix des époux, dans la commune où l'un d'eux, ou l'un de leurs parents, aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication » des bans. En outre, l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999¹⁴⁵⁴ invite l'officier de l'état civil à « *la plus grande mansuétude* »¹⁴⁵⁵ dans l'appréciation des notions de domicile et de résidence¹⁴⁵⁶. En réalité, « *les liens entre les futurs époux et le système juridique français pourront être très ténus* »¹⁴⁵⁷. En effet, « *l'existence d'une simple résidence secondaire pourrait justifier que le mariage puisse être valablement célébré, alors même que tous les éléments de rattachement renvoient à des systèmes juridiques qui prohibent le mariage* »¹⁴⁵⁸. Par exemple, deux hommes de nationalité italienne résidant habituellement en Grèce, mais possédant une résidence secondaire en France pourraient s'unir sur le territoire français alors que tous les éléments - nationalité et résidence habituelle - semblent les rattacher à des États n'autorisant pas le mariage entre personnes de même sexe.

404. L'esprit libéral du législateur français lors de l'adoption de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil ne fait aucun doute. La certitude est moins grande quant à la méthode de droit international privé utilisée pour aboutir à ce résultat.

Paragraphe 2. La nature ambiguë de la règle posée par l'article 202-1 du Code civil

405. Le droit international privé implique au regard de la présence d'un ou plusieurs éléments d'extranéité des méthodes particulières lui étant propres. Ces dernières sont en principe adoptées en fonction de l'objectif recherché. L'article 202-1, alinéa 2 du Code civil constitue un exemple majeur de la difficulté à laquelle se trouvent confrontés les praticiens lors de la détermination de la méthode envisagée par le législateur. Après un bref exposé du pluralisme des méthodes en droit international privé afin de tenter d'identifier celle propre à la règle, objet de notre étude (I), il conviendra d'évoquer l'objectif de ladite règle, soit l'ouverture internationale du mariage entre personnes de même sexe (II).

¹⁴⁵⁴ IGREC, n° 392.

¹⁴⁵⁵ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 33.

¹⁴⁵⁶ Cf. *infra* n° 450.

¹⁴⁵⁷ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 33.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*

I. Le pluralisme des méthodes en droit international privé

406. En droit international privé, « *la classification des méthodes est un précieux guide pour le juge chargé de résoudre un conflit de lois* »¹⁴⁵⁹. Deux grandes catégories de méthodes peuvent être distinguées : les méthodes directes permettant de résoudre le litige en appliquant immédiatement une règle de fond et les méthodes indirectes supposant de passer par le préalable qui est la mise en œuvre d'une règle de conflit. L'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil a justement suscité de vives réactions doctrinales quant à la méthode employée par le législateur français. Tout l'intérêt réside dans le fait que la méthode utilisée dicte l'objectif poursuivi par la règle. S'il est possible d'éliminer d'emblée et sans hésitation l'utilisation d'une règle de conflit unilatérale, celle d'une règle de conflit bilatérale est envisageable sous réserve de quelques spécificités. En revanche, l'utilisation d'une méthode directe a fait l'objet de multiples controverses (A). Pour autant, « *le dispositif spécifique* »¹⁴⁶⁰ que constitue la disposition, objet de cette étude, amène à déterminer la méthode utilisée en vertu de l'objectif qui est la neutralisation de la loi étrangère prohibitive (B).

A. L'utilisation d'une méthode directe : objet de controverses

407. L'utilisation d'une méthode directe - lois de police ou règles matérielles - par le législateur français lors de l'adoption de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil a été envisagée par plusieurs auteurs. Si la qualification de lois de police semble impossible étant donné que ladite règle désigne tant l'ordre juridique français qu'un ordre juridique étranger (1), l'utilisation d'une règle à finalité matérielle se justifie plus aisément par la prise en compte de l'objectif poursuivi (2).

1. L'impossible qualification de loi de police : l'indifférence de l'ordre juridique désigné

408. Les lois de police sont « *les règles impératives qui, selon le droit du pays dont elles émanent, sont applicables quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit de ce pays* »¹⁴⁶¹. Cette définition fonctionnelle est insuffisante, car elle ne tient pas compte de l'objectif propre

¹⁴⁵⁹ M. Farge, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du Code civil », in *Mélanges C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 349 et s., spéc. p. 349.

¹⁴⁶⁰ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *D.* 2013, p. 1643, chron. F. Dieu ; *D.* 2014, p. 689, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2014, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *D.* 2014, p. 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; *AJ fam.* 2013, p. 332, étude F. Chénéde ; *RFDA* 2013, p. 923, étude P. Delvolvé ; *RFDA* 2013, p. 936, étude G. Drago ; *RDSS* 2013, p. 908, note L. Brunet ; *Constitutions* 2013, p. 166, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *Constitutions* 2013, p. 381, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *Constitutions* 2013, p. 555, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2013, p. 579, obs. J. Hauser.

¹⁴⁶¹ P. Mayer, « Lois de police », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 1998 (mise à jour : mars 2009), n° 1.

aux lois de police. Elle doit être complétée par une définition conceptuelle selon laquelle ce sont des « *lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* »¹⁴⁶². Ainsi, en combinant ces deux définitions, il est possible de considérer que « *les lois de police sont des règles impératives qui, en raison de leur rôle dans l'organisation politique, sociale ou économique du pays, sont rendues applicables même si elles n'appartiennent pas à l'ordre juridique normalement compétent* »¹⁴⁶³.

Une loi de police est « *d'application territoriale en ce sens que son application n'est assurée que de la part des autorités de l'État qui l'édicte* »¹⁴⁶⁴. Ainsi, les lois de police « *ne sont mises en œuvre que si la situation présente des liens avec l'ordre juridique français* »¹⁴⁶⁵. Par conséquent, le juge « *confronté à une loi de police de son for [...] est tenu de l'appliquer, au besoin d'office* »¹⁴⁶⁶. Autrement dit, les lois de police ont vocation à s'appliquer immédiatement à une situation internationale, c'est-à-dire sans rechercher la loi applicable conformément à la règle de conflit qui régit la situation en cause. En définitive, « *le propre des lois de police est d'intervenir en amont du raisonnement conflictuel* »¹⁴⁶⁷ dans la mesure où « *les intérêts sociaux en cause sont si importants que la lex fori doit s'appliquer selon ses propres dispositions* »¹⁴⁶⁸.

409. Si certains ont évoqué l'éventuelle qualification de loi de police de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil¹⁴⁶⁹, cette méthode ne semble pas adaptée pour deux raisons principales. Tout d'abord, la règle prévue audit article n'a pas pour objet « *de consacrer une application immédiate de l'article 143 du Code civil, mais plutôt de promouvoir toutes les législations qui, à l'instar du droit français, ont ouvert le mariage aux personnes de même sexe* »¹⁴⁷⁰. Il ne s'agit pas d'appliquer, avant tout raisonnement conflictuel, la loi française autorisant le mariage homosexuel, mais bien de permettre la célébration de cette union dès lors qu'un rattachement est caractérisé avec un État permissif. En outre, les critères de rattachement - nationalité, domicile et résidence - peuvent être caractérisés avec des États tiers. Il ne s'agit

¹⁴⁶² Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 1.

¹⁴⁶³ P. Mayer, « Lois de police », préc., n° 2.

¹⁴⁶⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 165, n° 180.

¹⁴⁶⁵ J. Guillaumé, « Ordre public international. – Intervention de l'ordre public international », préc., n° 6.

¹⁴⁶⁶ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 203, n° 272.

¹⁴⁶⁷ L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé - Etude de droit international privé de la famille*, Thèse, LGDJ, 2001, p. 232, n° 327.

¹⁴⁶⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 426, n° 254.

¹⁴⁶⁹ V. en ce sens : A. Boiché, « Aspects de droit international privé », *AJ fam.*, 2013, p. 362 ; H. Fulchiron, « Règle de conflit de lois et lutte contre les mariages forcés - Qui mal embrasse, trop étirent », *JCP G*, n° 6, 9 févr. 2015, doct. 171.

¹⁴⁷⁰ M. Farge, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du Code civil », in *Mélanges C. Neirinck*, *op. cit.*, p. 349 et s., spéc. p. 362.

pas seulement, contrairement à ce qu'exige le mécanisme des lois de police, d'un rattachement à l'ordre juridique français¹⁴⁷¹. En effet, les lois de police ont pour seul but de régler les situations internationales intéressant le territoire français et ont vocation à protéger la politique législative française. Le particularisme des lois de police est de varier en fonction de la politique législative de chaque État. Ainsi, le seul rattachement à la loi d'un État tiers fait échec à la thèse de la loi de police.

410. Il est certain que l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil ne constitue pas une loi de police. La solution est moins radicale concernant une éventuelle insertion au sein de la catégorie des règles à finalité matérielle.

2. L'envisageable utilisation d'une règle à finalité matérielle : un objectif déterminé

411. Les règles de conflit à finalité matérielle sont « à mi-chemin entre les règles de conflit classiques et les règles matérielles de droit international privé »¹⁴⁷². Elles interviennent lorsque « les États eux-mêmes [...], pour obtenir dans l'ordre international un certain résultat qui leur paraît souhaitable [...], adoptent une règle de conflit non neutre, qui a pour objectif avoué de désigner un ordre juridique qui permettra d'obtenir le résultat matériel souhaité par l'auteur de la règle de conflit »¹⁴⁷³. Sont alors mises en place des « règles baptisées tantôt règles de conflit à caractère substantiel, tantôt règles de conflit à finalité matérielle ou à coloration matérielle »¹⁴⁷⁴. En réalité, « l'ordre des raisonnements est inversé [...] le contenu des lois en conflit [est vérifié] pour déterminer la loi applicable »¹⁴⁷⁵ ce qui implique une recherche préalable de la teneur des lois en présence. S'il est compréhensible qu'« un État veuille, même dans les relations internationales, promouvoir ou faire triompher certaines politiques, ou certains intérêts qu'il juge particulièrement dignes de protection »¹⁴⁷⁶, les règles de conflit à finalité matérielle sont un frein à l'harmonisation internationale dans la mesure où le caractère neutre de la règle de conflit est évincé.

412. À titre d'exemple, l'article 311-17 du Code civil prévoit que « la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la

¹⁴⁷¹ M. Farge, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du Code civil », in *Mélanges C. Neirinck*, *op. cit.*, p. 349 et s., spéc. p. 362.

¹⁴⁷² N. Watté et C. Barbé, « Le nouveau droit international privé belge - Étude critique des fondements des règles de conflit de lois », *JDI*, n° 3, juill. 2006, doctr. 12, spéc. n° 91.

¹⁴⁷³ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 451, n° 269.

¹⁴⁷⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 194, n° 204.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*

¹⁴⁷⁶ P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *préc.*, p. 58, n° 43.

loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ». Les lois en présence sont, certes, désignées par des critères de rattachement, mais elles ont « *un rôle qui diffère de celui reconnu à la loi désignée par la règle bilatérale dans la mesure où elles ne sont pas appliquées mais simplement prises en considération pour l'application de la règle française* »¹⁴⁷⁷. De même, l'article premier de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires prévoit qu'une disposition testamentaire est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne du lieu où le testateur a disposé, ou d'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou encore, pour les immeubles, du lieu de leur situation. Ainsi, la Convention du 5 octobre 1961 « *rattache les exigences de validité formelle du testament à un ensemble de lois, dans l'espoir que l'une d'elles au moins permettra de valider le testament* » consacrant le « *principe de la "faveur testamentaire"* »¹⁴⁷⁸.

413. La qualification de règle de conflit à coloration matérielle appliquée à l'article 202-1, alinéa 2 du Code impliquerait de s'intéresser à l'objectif à atteindre : la licéité du mariage homosexuel. Afin de défendre cette thèse, Monsieur le Professeur Dominique Bureau relève que l'officier de l'état civil chargé de la célébration de l'union est invité à prendre en considération plusieurs lois. Si l'une d'elles autorise le mariage entre personnes de même sexe, ce dernier est valable en France¹⁴⁷⁹. En réalité, « *les lois étrangères désignées sont seulement prises en considération et non appliquées, de sorte que [...] si l'article 202-1 désigne une pluralité de lois autorisant le mariage homosexuel, il n'y a pas lieu de trancher entre elles* »¹⁴⁸⁰. Partant de cette analyse, l'article 202-1 du Code civil, alinéa 2 pourrait être rangé dans la catégorie des règles de conflit à finalité matérielle¹⁴⁸¹. De plus, une comparaison de la rédaction

¹⁴⁷⁷ E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Conflit de lois. – Loi étrangère devant les juridictions françaises. – Application d'office de la règle de conflit de lois. – Établissement d'office du contenu de la loi étrangère », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 539-10, 14 déc. 2010, n° 64.

¹⁴⁷⁸ H. Rosoux, « Testament », *Répertoire de droit international Dalloz*, juin 2014 (mise à jour : sept. 2018), n° 12.

¹⁴⁷⁹ D. Bureau, « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité. Les relations privées internationales », in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 155 et s., spéc. p. 174. V. dans le même sens : Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, Tome 387, 2017, p. 550, n° 348.

¹⁴⁸⁰ M. Farge, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du Code civil », in *Mélanges C. Neirinck*, *op. cit.*, p. 349 et s., spéc. p. 364.

¹⁴⁸¹ V. en ce sens : D. Bureau, « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité. Les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 155 et s. ; V. Legrand, « Les implications de la loi autorisant le mariage pour tous en droit international privé », *LPA*, 21 août 2013, n° 167, p. 6 ; 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 », *D.*, 2013, p. 1756 ; A.-M.

dudit article avec l'article 311-17 du Code civil tend à confirmer cette position¹⁴⁸². En effet, l'atteinte du résultat posé par le droit français - la célébration du mariage homosexuel - passe par la prise en considération de lois prédéterminées ayant un lien avec la situation. Au contraire, Madame le Professeur Petra Hammje considère qu' « *il ne s'agit pas tant de consulter les lois étrangères pour voir si elles admettent le résultat en question, que d'imposer ce résultat à certaines conditions de rattachement avec un ordre juridique de référence* »¹⁴⁸³. Cette dernière y voit « *une nouvelle illustration d'un ordre public positif de rattachement* »¹⁴⁸⁴ étant donné qu' « *il s'agirait moins d'évincer la loi étrangère prohibitive que d'assurer la désignation d'une loi - française ou étrangère - libérale* »¹⁴⁸⁵.

414. En réalité, ni l'utilisation d'une loi de police, ni celle d'une règle matérielle ne convainquent réellement. L'alinéa 2 de l'article 202-1 constitue une exception au premier alinéa du même article si ce dernier ne permet pas la célébration de l'union homosexuelle en cause. Ainsi, il ne sera, en pratique, utilisé que si les deux lois nationales en présence interdisent un tel mariage. Qualifié de « *dispositif spécifique* »¹⁴⁸⁶, la nature juridique de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil doit être appréhendée à l'aune de l'objectif principal qui la guide : neutraliser la loi étrangère prohibitive.

B. Un dispositif spécifique : la neutralisation de la loi étrangère prohibitive

415. Le texte de l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil présente une formulation subtile. Sans vouloir le dire expressément, le législateur français a eu l'intention à l'instar du législateur belge¹⁴⁸⁷ d'adopter une exception d'ordre public (2). De la formulation particulière utilisée, une double logique tant conflictuelle que substantielle peut être caractérisée (1).

1. Une double logique conflictuelle et substantielle

416. Monsieur le Professeur Pascal de Vareilles Sommières relève l'incertitude quant à la méthode utilisée dans le cadre de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil. Pour ce dernier, il pourrait s'agir d'une « *règle de conflit à coloration substantielle ? Ou bien [d'un] principe*

Leroyer, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.*, 2013, p. 1697.

¹⁴⁸² 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 », art.préc.

¹⁴⁸³ P. Hammje, « « Mariage pour tous » et droit international privé », art. préc., spéc. n° 14.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*

¹⁴⁸⁵ M. Farge, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du Code civil », in *Mélanges C. Neirinck, op. cit.*, p. 349 et s., spéc. p. 364.

¹⁴⁸⁶ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc..

¹⁴⁸⁷ Cf. *infra* n° 420.

d'ordre public à coloration conflictuelle »¹⁴⁸⁸? À cet égard, il insiste sur deux éléments : une logique conflictuelle et une logique substantielle.

417. D'une part, quant à la logique conflictuelle, « *la revendication de compétence pour la loi française transparait clairement chaque fois qu'un lien pertinent avec la France existe* »¹⁴⁸⁹. Pour autant, l'article 202-1, alinéa 2 « *n'abandonne pas le règlement de la question de droit substantiel à une loi sélectionnée en fonction des liens que l'État l'édicte entretient avec la situation. Ces liens ne sont validés comme facteurs de rattachement que si la loi désignée permet le mariage homosexuel* »¹⁴⁹⁰. En effet, en principe, la règle de conflit bilatérale classique est indirecte ce qui implique « *l'existence d'une règle distincte, indépendante ou "extérieure" à la règle, de droit matériel, qui fournira elle la solution de la question posée* »¹⁴⁹¹. En sus, elle est neutre dans la mesure où « *la désignation du droit applicable à une situation transnationale se fait en fonction des liens qu'elle entretient avec ce droit et non en fonction des dispositions substantielles de celui-ci* »¹⁴⁹². Or, la règle issue de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil implique de consulter la teneur du droit étranger désigné, plus exactement le fait de savoir si en vertu de ce dernier l'union entre personnes de même sexe est autorisée. Ce n'est qu'à cette condition que la loi étrangère est prise en considération. Ainsi, les caractères indirect et neutre de la logique conflictuelle ne sont pas respectés.

418. D'autre part, quant à la logique substantielle, « *la neutralisation, pour motif de contenu, des statuts prohibitifs étrangers, même présentant avec la situation un lien qui suffirait à déclencher la compétence législative française s'il reliait la situation à la France, souligne l'affinité de la mesure avec l'exception d'ordre public* »¹⁴⁹³. Néanmoins, « *il ne s'agit pas seulement [...] de stériliser en France, du fait des liens de la situation avec notre pays, les statuts étrangers prohibitifs revendiquant de s'appliquer : ces statuts sont aussi bloqués lorsque la situation qu'ils visent présente des liens pertinents avec un pays étranger validant l'union homosexuelle* »¹⁴⁹⁴. La logique substantielle s'intéresse au contenu du droit désigné cherchant à favoriser un certain résultat. Dès lors, si un lien de proximité est caractérisé avec le territoire français, la célébration du mariage entre personnes de même sexe est possible en France. À

¹⁴⁸⁸ P. de Vareilles-Sommières, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 400.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*

¹⁴⁹¹ P. Lalive, « Tendances et méthodes en droit international privé : cours général », *RCADI*, Tome 155, 1977, p. 106.

¹⁴⁹² A. Mars, « Obligations alimentaires : la CJUE privilégie la justice conflictuelle au détriment de la justice matérielle », *RTD eur.*, 2018, p. 783.

¹⁴⁹³ P. de Vareilles-Sommières, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », art. préc.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*

défaut, il s'agit de s'intéresser à la teneur de la loi étrangère afin de savoir si celle-ci autorise le mariage entre personnes de même sexe afin de permettre, de la même manière, la célébration de l'union sur le territoire français. Ainsi, le caractère substantiel n'est pas pleinement satisfait dans la mesure où la situation peut présenter des liens tant avec le territoire français qu'avec un territoire étranger¹⁴⁹⁵.

419. Si l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil ne répond entièrement ni à la logique substantielle, ni à la logique conflictuelle, il s'y réfère au moins en partie. En réalité, la particularité du nouveau dispositif adopté par le législateur français confortée par la position de la Cour de cassation¹⁴⁹⁶ laisse à penser qu'il s'agit d'une exception d'ordre public.

2. *L'adoption d'une exception d'ordre public*

420. La disposition française s'inspire de celle adoptée par le législateur belge quelques années plus tôt. En effet, l'article 46, alinéa 1 du Code de droit international privé belge rappelle dans un premier temps la compétence de principe de la loi nationale. Cependant, ledit article ajoute en son alinéa 2 que « *l'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1^{er} est écartée si cette disposition prohibe le mariage entre personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage* »¹⁴⁹⁷. La prohibition du mariage entre personnes de même sexe déclenche l'intervention de l'ordre public international à tel point que l'ouverture d'un tel mariage en droit belge est érigée en principe essentiel du droit belge. Plus encore, le droit belge ne se limite pas à une exception fondée sur la proximité avec l'ordre juridique du for, mais « *prône la mise à l'écart de la loi prohibitive dès lors que la situation présente un lien de proximité avec un système juridique qui admet le mariage homosexuel* »¹⁴⁹⁸. Ainsi, il s'agit d'une exception d'ordre public ne défendant pas « *exclusivement la politique législative belge, mais le choix progressiste réalisé par la communauté des États ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe* »¹⁴⁹⁹. Le Gouvernement belge a d'ailleurs affirmé que « *la disposition se présente comme une exception d'ordre public, afin d'éviter toute discrimination en raison*

¹⁴⁹⁵ Cf. *infra* n° 528 et s.

¹⁴⁹⁶ Cf. *infra* n° 492 et s. et 523 et s.

¹⁴⁹⁷ Belgique, L. du 16 juill. 2004 portant création du Code de droit international privé belge, art. 46.

¹⁴⁹⁸ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 22.

¹⁴⁹⁹ M. Farge, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du Code civil », in *Mélanges C. Neirinck, op. cit.*, p. 349 et s., spéc. p. 363.

*du sexe, dans des situations ayant un lien de proximité avec un pays dont le droit permet le mariage entre personnes de même sexe »*¹⁵⁰⁰.

421. Soucieux de perfectionner cette règle, le législateur français s'en est inspiré, mais a préféré la formuler de manière positive. Contrairement à la formulation belge « *plus franche* »¹⁵⁰¹ qui fait clairement apparaître l'éviction de la loi étrangère, la formulation française se contente de sous-entendre ce point en insistant sur le fait que le mariage peut être contracté. En effet, l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil est rédigé en ces termes « *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* ». La règle, « *apparemment neutre* »¹⁵⁰², « *revient à instaurer, sans le dire, une véritable exception d'ordre public* »¹⁵⁰³ puisque la loi étrangère prohibitive sera écartée dès lors que la situation présente un lien avec un système juridique admettant le mariage entre personnes de même sexe.

422. Pour Monsieur le Professeur Dominique Bureau, au contraire, « *le parallèle avec la loi belge ne semble [...] pertinent qu'au sujet des rattachements prévus par les textes en présence. Pour le reste, ces dispositions semblent [...] exprimer des approches méthodologiquement éloignées, invitant à s'interroger sur la véritable nature de la règle* »¹⁵⁰⁴. Le rejet de la méthode de l'exception d'ordre public est alors justifié par le fait que celle-ci « *suppose nécessairement l'éviction ostensible de la loi étrangère désignée et que l'ordre public ne peut être assimilé ou incorporé à une règle de rattachement* »¹⁵⁰⁵. Pour autant, il a déjà été démontré que l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil n'est pas formulé en termes d'exception d'ordre public. Cet argument ne pourrait-il pas justifier que « *sa mise en œuvre ne nécessite pas que soient remplis les critères habituels de déclenchement de cette exception* »¹⁵⁰⁶ ?

¹⁵⁰⁰ Cité par P. Wautelet, « Les couples de même sexe en droit belge en particulier sous l'angle du droit international privé », in J.-H. Leleu et E. Dirix (dir.), *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Utrecht, Bruylant, 2006, p. 307 et s.

¹⁵⁰¹ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 26.

¹⁵⁰² *Ibid.*, spéc. n° 27.

¹⁵⁰³ H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? - Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 », art. préc., spéc. n° 21.

¹⁵⁰⁴ D. Bureau, « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité. Les relations privées internationales », in *Mélanges B. Audit, op. cit.*, p. 155, spéc. p. 175.

¹⁵⁰⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 240, n° 253.

¹⁵⁰⁶ D. Boden, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 400.

423. La doctrine semble donc divisée quant à la méthode utilisée, mais en pratique la solution retenue par les auteurs est « *largement fonction de la représentation de chacun sur ce qui constitue le noyau dur de tel ou tel concept* »¹⁵⁰⁷. Pour autant, l'une des principales conséquences de la méthodologie utilisée réside dans l'articulation de la règle nationale avec les normes conventionnelles. À ce propos, grâce à cette dernière et à la jurisprudence rendue par la Cour de cassation intégrant le mariage entre personnes de même sexe dans l'ordre public international français¹⁵⁰⁸, il semble être possible d'envisager l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil comme une exception d'ordre public.

424. La nature ambiguë de la règle posée par l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil ne fait nul doute et a provoqué de nombreuses réactions doctrinales. Il est possible de se demander si l'objectif du législateur, soit l'ouverture internationale du mariage entre personnes de même sexe¹⁵⁰⁹ n'est pas la raison ayant rendu la tâche si problématique.

II. Une règle au service de l'ouverture internationale du mariage entre personnes de même sexe

425. La règle de conflit issue de l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil constitue une exception à l'alinéa 1^{er} du même article ayant pour intention d'évincer la loi nationale prohibitive lorsque le mariage concerne un couple de personnes de même sexe. Le législateur français a donc pris le parti de créer une règle de droit international privé spécifique à cette catégorie de couple. Ce dernier constat permet de s'intéresser à l'éventuelle mise à l'épreuve du principe d'égalité devant la loi (A). En outre, les problèmes de reconnaissance des unions célébrées dans un État permissif lors du retour des intéressés dans leur État d'origine entraînent des craintes dans l'ordre international (B).

A. Le principe d'égalité devant la loi mis à l'épreuve

426. En adoptant une règle de conflit de lois spécifique aux mariages de personnes de même sexe à l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil distincte de celle applicable aux mariages de personnes de sexe différent, le législateur s'est vu adresser un reproche principal.

¹⁵⁰⁷ M. Farge, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du Code civil », in *Mélanges C. Neirinck, op. cit.*, p. 349 et s., spéc. p. 364.

¹⁵⁰⁸ Cf. *infra* n° 501 et s.

¹⁵⁰⁹ Les auteurs ont majoritairement admis que l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil est un instrument de promotion du mariage homosexuel. V. notamment : Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », préc., p. 549, n° 348 ; S. Godechot-Patris, « Un droit de construire son statut ? », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, op. cit.*, p. 87 et s., n° 81 et s., spéc. p. 91, spéc. n° 83.

En effet, il est loisible de se demander si le fait d'introduire une règle de conflit lois distincte ne méconnaît pas le principe d'égalité devant la loi. La question a, d'ailleurs, été posée par les députés et sénateurs requérants déférant au Conseil constitutionnel la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. À l'occasion de la décision en date du 17 mai 2013, ce dernier a considéré qu' « *il était loisible au législateur de permettre à deux personnes de même sexe de nationalité étrangère, dont la loi personnelle prohibe le mariage entre personnes de même sexe, de se marier en France dès lors que les autres conditions du mariage et notamment la condition de résidence sont remplies* »¹⁵¹⁰. Il a continué en indiquant que « *le législateur, qui n'était pas tenu de retenir les mêmes règles pour les mariages contractés entre personnes de sexe différent, n'a pas traité différemment des personnes se trouvant dans des situations semblables* »¹⁵¹¹. Dès lors, l'atteinte au principe d'égalité devant la loi n'a pas été retenue.

427. Aussi fondée soit-elle, cette critique ne semble pas réellement pertinente. La Cour européenne des droits l'Homme ne cesse de juger dans un esprit d'égalité maximale encadré par un principe de non-discrimination omniprésent. Pour autant, cette dernière a affirmé à plusieurs reprises que des différences de traitement pouvaient être justifiées. Outre les critiques concernant la disposition en elle-même, il convient d'évoquer les craintes suscitées par la règle de conflit de lois issue de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil dans l'ordre international.

B. Les craintes inhérentes à la situation internationale

428. Par la règle de conflit de lois adoptée à l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil, le législateur français a eu pour intention de faire rayonner ses choix nationaux sur le plan international. L'intention, aussi louable soit-elle, ne peut échapper à certains risques inhérents au fait que des éléments d'extranéité soient en cause. Parallèlement aux risques de tourisme nuptial probables (1), la création de mariages boiteux est certaine (2).

1. Les risques de tourisme nuptial limités

429. La multiplicité des critères de rattachement et notamment la souplesse du critère de la résidence¹⁵¹² présentent le risque du tourisme nuptial. En effet, il est loisible de craindre des manipulations de rattachement entraînant une fraude à la loi¹⁵¹³. La règle de conflit de lois issue de l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil invite les homosexuels étrangers dont la loi nationale est prohibitive à venir se marier en France. Cet argument avait été présenté devant le

¹⁵¹⁰ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., consid. 29.

¹⁵¹¹ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., consid. 29.

¹⁵¹² Cf. *supra* n° 402 et s.

¹⁵¹³ Cf. *supra* n° 286 et s.

Conseil constitutionnel en ces termes : les nouvelles dispositions introduites à l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil « *auront pour effet d'inciter des étrangers à venir en France pour "contourner les empêchements de leur loi nationale", de favoriser des "mariages blancs" en fraude à la législation sur l'entrée et le séjour en France ainsi que la législation sur la nationalité* »¹⁵¹⁴. Ladite juridiction n'y a pas décelé une source d'inconstitutionnalité en considérant qu'il « *appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer* »¹⁵¹⁵ un éventuel détournement de la loi ou d'abus. Cependant, en pratique, il sera « *difficile de prouver l'élément intentionnel de la fraude à la loi. Comment reprocher à un couple d'Italiens propriétaires d'une résidence secondaire dans le Sud de la France de se marier devant l'officier d'état civil français* »¹⁵¹⁶ ?

430. Pour certains, « *il convient de relativiser cette inquiétude du tourisme nuptial* »¹⁵¹⁷ étant donné que l'officier de l'état civil reste soumis à la règle issue de l'article 202-1 du Code civil¹⁵¹⁸. La situation est la suivante : deux ressortissants d'États prohibant le mariage homosexuel et domiciliés ou résidant dans un État l'interdisant également se rendent en France afin de célébrer leur union devant l'officier de l'état civil du lieu de résidence de l'un de leurs parents. L'officier de l'état civil est certes compétent, mais il semble que ce dernier doive refuser de célébrer l'union étant donné que les intéressés ne présentent aucun de lien de rattachement avec l'État français conformément à l'article 202-1 du Code civil¹⁵¹⁹.

431. Au contraire, certaines opinions sont bien plus radicales et décèlent un réel risque dans l'ordre international. À ce propos, Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron a proposé de « *réhabiliter la fraude ou d'inventer un mécanisme idoine afin de tempérer la liberté de plus en plus grande laissée aux individus en matière de conflit de lois et de conflit de juridictions, et pour garantir, grâce à cet encadrement minimum, la libre circulation et la reconnaissance internationale du statut personnel et familial de chacun* »¹⁵²⁰. En effet, il juge qu'une « *combinaison de la nouvelle règle de conflit de lois et des règles de compétence de l'officier*

¹⁵¹⁴ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., consid. 28.

¹⁵¹⁵ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., consid. 30.

¹⁵¹⁶ 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 », art. préc.

¹⁵¹⁷ A. Panet, « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *Dr. fam.* 2013, dossier 29, spéc. n° 13.

¹⁵¹⁸ Cf. *infra* n° 438 et s.

¹⁵¹⁹ V. Legrand, « Les implications de la loi autorisant le mariage pour tous en droit international privé », art. préc., spéc. n° 6. V. dans le même sens : D. Bureau, « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité. Les relations privées internationales », in *Mélanges B. Audit, op. cit.*, p. 155, spéc. p. 178.

¹⁵²⁰ H. Fulchiron, « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur français à la peine ... », *JCP G*, n° 49, 3 déc. 2012, doct. 1317, spéc. n° 36.

de l'état civil français »¹⁵²¹ est possible. Ainsi, selon cette analyse, malgré le fait que la loi nationale de l'un au moins des futurs époux ou les deux lois nationales prohibent le mariage homosexuel et que la loi du pays de leur domicile ou de leur résidence l'interdise également, « dès lors qu'un lien minimum permet la célébration du mariage sur le territoire français, le mariage pourra y être valablement contracté *more gallico* »¹⁵²². Cette théorie ne semble pas convaincante étant donné que la seule compétence de l'officier de l'état civil ne permet pas de célébrer une union sur le territoire français. La validité du mariage doit nécessairement être envisagée en vertu de la loi applicable issue de la règle de conflit.

432. En définitive, le tourisme nuptial ne semble pouvoir se présenter que dans la situation où les intéressés possèdent une résidence secondaire en France ou s'installent en France de manière temporaire dans la seule intention de s'unir devant un officier de l'état civil français. En pratique, cette hypothèse reste en suspens puisque les intéressés ont nécessairement conscience du fait que leur mariage ne sera pas reconnu dans leur pays d'origine à leur retour. Il est possible de penser que ces situations représenteront un cas d'école « *en proportion du faible intérêt* »¹⁵²³ qu'elles pourraient présenter pour les époux. Situations liées, la question des mariages boiteux doit également être envisagée.

2. La multiplication de mariages boiteux favorisée

433. Le principal risque du dispositif introduit par la loi du 17 mai 2013¹⁵²⁴ est l'apparition croissante d'unions boiteuses, c'est-à-dire existantes dans un État, mais non reconnues dans un autre. En effet, tant « *qu'il n'y aura pas dans ce domaine de règles de conflits uniformes résultant d'un règlement européen, chaque pays appliquera ses propres règles et ne sera pas tenu par celles édictées par des législateurs étrangers* »¹⁵²⁵. Cette problématique avait été soulevée devant le Conseil constitutionnel dans la mesure où les dispositions relatives aux mariages entre personnes de même sexe à l'échelle internationale « *entraîneront une augmentation du nombre de mariages valables dans un pays et nuls dans l'autre* »¹⁵²⁶ méconnaissant ainsi le principe de sécurité juridique. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur ce grief écartant simplement l'atteinte audit principe.

¹⁵²¹ H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », art. préc., spéc. n° 23.

¹⁵²² *Ibid.*, spéc. n° 24.

¹⁵²³ D. Bureau, « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité. Les relations privées internationales », in *Mélanges B. Audit, op. cit.*, p. 155 et s., spéc. p. 180.

¹⁵²⁴ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁵²⁵ M. Schmitt, « « Mariage pour tous » Nouvelles perspectives dans l'ordre international », *JCP N*, n° 24-25, 14 juin 2013, p. 1165, spéc. n° 20.

¹⁵²⁶ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., consid. 28.

434. La circulaire du 29 mai 2013 reconnaît elle-même la création de mariages boiteux qui ne seront généralement pas reconnus par le pays d'origine du ou des ressortissants étrangers¹⁵²⁷. C'est la raison pour laquelle l'officier de l'état civil est invité à attirer l'attention des futurs époux sur le fait que leur mariage pourrait ne pas être reconnu dans certains pays¹⁵²⁸. En réalité, il est possible de « *douter de l'utilité d'une telle information, qu'a priori les étrangers en cause n'ignorent pas vraiment, qui apparaît plutôt comme un moyen pour la loi française de reporter sur les époux les risques d'une situation qu'elle fait par ailleurs tout pour favoriser* »¹⁵²⁹.

435. Si certains insistent sur la création d'unions boiteuses et relèvent le fait que le législateur français en adoptant de telles dispositions participe « *sciemment* »¹⁵³⁰ à la création de ces dernières, d'autres relativisent ces propos. En effet, « *le caractère "boiteux" du mariage [...] réduit l'intérêt de venir créer en France la situation que le pays du milieu de vie prohibe* »¹⁵³¹ de sorte que l'inconvénient de ces unions est « *plus théorique que pratique* »¹⁵³². Il est loisible de se demander si un couple impliquant deux personnes de même sexe venu en France afin de se marier n'envisagera pas cette union comme étant plus importante que le maintien du centre de ses intérêts dans un pays la prohibant « *et qu'il s'établira alors dans un pays l'admettant, en sorte que l'absence de validité - ailleurs - de son mariage, lui sera assez largement indifférente* »¹⁵³³.

436. Soucieux de promouvoir, et ce au maximum, le mariage entre personnes de même sexe dans l'ordre international, le législateur français a, outre adopté une règle de conflit de lois très libérale quant aux conditions de fond de formation du mariage, introduit de nouvelles dispositions relatives aux conditions de forme multipliant de manière maximale les lieux de célébration de l'union possibles.

¹⁵²⁷ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 5.

¹⁵²⁸ *Ibid.*

¹⁵²⁹ P. Hammje, « « Mariage pour tous » et droit international privé », art. préc., spéc. n° 15.

¹⁵³⁰ *Ibid.*

¹⁵³¹ 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 », art. préc.

¹⁵³² M. Schmitt, « « Mariage pour tous » Nouvelles perspectives dans l'ordre international », art. préc., spéc. n° 20.

¹⁵³³ D. Bureau, « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité. Les relations privées internationales », in *Mélanges B. Audit, op. cit.*, p. 155 et s., spéc. p. 180.

Sous-section 2. Les conditions d'ordre formel : la multiplication des lieux de célébration possibles

437. La validité en la forme du mariage montre, comme la validité au fond, que le législateur français a adopté de nouvelles dispositions dans un souci de donner une ouverture très étendue à sa nouvelle position eu égard au mariage entre personnes de même sexe. Si l'innovation ne semble pas à première vue importante dans la mesure où est repris le principe déjà bien connu du rattachement à la *lex loci celebrationis*, la compétence de l'officier de l'état civil français est en réalité plus étendue qu'il n'y paraît (Paragraphe 1). *A contrario*, les différences de conceptions entre la France et les pays prohibitifs impliquent que la compétence des agents diplomatiques et consulaires soit limitée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La compétence étendue de l'officier de l'état civil français

438. Toujours dans un esprit extrêmement libéral, le législateur français a œuvré afin que la célébration d'une union entre personnes de même sexe soit facilitée. La règle est que les conditions de forme de formation du mariage sont soumises à la loi du lieu de célébration ; principe auquel n'a pas dérogé le législateur français (I). Néanmoins, au vu du nombre limité d'États ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe, le législateur français a apporté des atténuations à ce principe afin que les mariages ne pouvant être célébrés à l'étranger le soient sur notre territoire en assouplissant les règles relatives à la compétence de l'officier de l'état civil (II).

I. L'application de principe de la *lex loci celebrationis*

439. Les précédents législatifs et jurisprudentiels ayant déjà consacré la compétence de la *lex loci celebrationis*, la loi du 17 mai 2013¹⁵³⁴ n'est venue que confirmer cette règle à l'article 202-2 du Code civil (A). En pratique, la compétence de la *lex loci celebrationis* implique la célébration du mariage devant un officier de l'état civil en France (B).

A. Le fondement et le caractère de la *lex loci celebrationis*

440. La compétence de *lex loci celebrationis* a été consacrée par le Code civil à l'article 170, alinéa 1^{er} devenu l'article 171-1, alinéa 1^{er} depuis la loi n° 2006-1376 du 14 novembre

¹⁵³⁴ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

2006 relative au contrôle de la validité des mariages¹⁵³⁵. Cet article dispose que « *le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger est valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration, et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au Chapitre 1^{er} du présent titre* ».

441. De la même manière que la règle relative à la loi applicable aux conditions de fond de formation du mariage, celle énoncée à l'article 171-1, alinéa 1^{er} doit être prise en tenant compte de la bilatéralisation opérée par la jurisprudence. Très tôt, la Cour de cassation l'a admis dans un arrêt du 10 août 1819¹⁵³⁶ où elle a considéré que « *d'après la législation invariablement observée en France et qui dans aucun temps n'a été méconnue, les actes de toute nature passés en pays étranger entre des Français et des étrangers doivent être faits suivant les lois du pays où ces actes ont lieu ; que ce principe, loin d'être modifié, a reçu une force nouvelle des articles 47 et 170 du Code civil qui le rappellent de la manière la plus expresse* ». Ainsi, le mariage des étrangers est valable dès lors qu'ils ont respecté les formes prévues localement¹⁵³⁷. La solution jurisprudentielle a été confirmée par la loi du 17 mai 2013¹⁵³⁸ consacrant la bilatéralisation de la règle de conflit de lois en matière de forme de mariage à l'article 202-2 du Code civil. Ce dernier dispose que « *le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu* ».

442. En outre, la France est liée par plusieurs conventions bilatérales contenant des règles de conflit de lois en matière de formation du mariage qui optent pour la *lex auctoris*. Par exemple, la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire¹⁵³⁹ prévoit dans son article 6, alinéa 1^{er} que « *les conditions de forme du mariage sont régies par la loi de celui des deux États dont l'autorité célèbre le mariage* ». Les Conventions franco-polonaise du 5 avril 1967¹⁵⁴⁰ et franco-yougoslave du 18 mai 1971¹⁵⁴¹ retiennent également la loi dont l'autorité célèbre le mariage.

¹⁵³⁵ L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, préc.

¹⁵³⁶ Cass. civ., 10 août 1819, *Sommaripa*, S. 1819, 1, p. 432.

¹⁵³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 15 juill. 1963, Bull. civ. I, n° 392, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 732 ; Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1982, 15 juin 1982, *Zagha*, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 21 juill. 1987, n° 84-14.354, Bull. civ. I, n° 240, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 329, note B. Ancel.

¹⁵³⁸ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁵³⁹ Décr. n° 83-435 du 27 mai 1983 portant publication de la convention entre la république française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, préc.

¹⁵⁴⁰ Décr. n° 69-176 du 13 févr. 1969 portant publication de la convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille, préc.

¹⁵⁴¹ Décr. n° 73-492 du 15 mai 1973 portant publication de la convention entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de la république socialiste fédérative de Yougoslavie relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille, *JORF*, 24 mai 1973, p. 5640.

443. Au sein des États européens, la solution qui tend à reconnaître la *lex loci celebrationis* comme loi compétente bénéficie d'un très large consensus. Elle est, par exemple, reconnue en Allemagne¹⁵⁴², en Autriche¹⁵⁴³, en Italie¹⁵⁴⁴, en Espagne¹⁵⁴⁵ ou encore en Slovénie¹⁵⁴⁶. Néanmoins, ces systèmes accordent aussi compétence à une autre loi, et ce de manière alternative. Par exemple, le droit italien prévoit que « *le mariage a des effets, quant à la forme, s'il est considéré comme tel par la loi du lieu de la célébration, ou par la loi nationale d'au moins l'un des conjoints au moment de la célébration, ou de la loi de l'état de la commune résidence à tel moment* »¹⁵⁴⁷. De même, le droit espagnol offre la possibilité aux citoyens espagnols de se marier à l'étranger selon la loi espagnole ou conformément à la loi du lieu de célébration¹⁵⁴⁸. Le droit autrichien reconnaît le mariage célébré à l'étranger selon les formes prévues par le statut personnel de chacun des futurs époux¹⁵⁴⁹. Le droit allemand reconnaît l'union de fiancés, dont aucun n'est allemand, célébrée en Allemagne « *devant toute personne dûment autorisée par le gouvernement de l'État dont l'un des fiancés est ressortissant et selon la forme prescrite par la loi de cet État* »¹⁵⁵⁰.

444. La loi applicable désormais déterminée, un autre aspect doit être détaillé quant à sa concrétisation au vu de son élément central, à savoir le lieu de célébration. Il convient au vu de cette étude de s'intéresser à la célébration d'une union sur le territoire français.

B. La concrétisation de la lex loci celebrationis

445. Le mariage en France, selon les formes prévues par la loi française, est ouvert aux Français comme aux étrangers. L'interprétation bilatérale de l'article 171-1 du Code civil implique la possibilité pour deux étrangers ou pour un Français et un étranger de contracter un mariage selon les formes en vigueur dans notre pays. L'union devra être célébrée « *publiquement lors d'une cérémonie républicaine par l'officier de l'état civil* »¹⁵⁵¹. En découle, l'interdiction d'une cérémonie religieuse antérieure en vertu du principe de la primauté de la

¹⁵⁴² Allemagne, art. 11 et 13 EGBGB, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 170 ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 48, comm. F. Sturm.

¹⁵⁴³ Autriche, L. du 15 juin 1978, § 16, *Rev. crit. DIP* 1979, p. 176.

¹⁵⁴⁴ Italie, L. du 31 mai 1995, art. 28, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 179

¹⁵⁴⁵ Espagne, art. 49 et 51 du Code civil.

¹⁵⁴⁶ Slovénie, L. sur le droit international privé et la procédure de 1999, art. 35.

¹⁵⁴⁷ Italie, L. n° 218/1995 du 31 mai 1995 de réforme du système du droit international privé, art. 28. V. sur ce point : L. Lenti et U. Roma, « Italie – Mariage et dissolution », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. n° 2, 1^{er} juin 2007, n° 20.

¹⁵⁴⁸ Espagne, art. 49 du Code civil. V. sur ce point : D. P. Fernández Arroyo, « Espagne – Droit international privé », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. n° 3, 30 avr. 2009 (mise à jour : 3 mai 2009), n° 72.

¹⁵⁴⁹ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 546-20, 15 mai 2015, n° 8.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵⁵¹ Art. 165 du Code civil.

célébration civile et ce même si la ou les lois nationales des futurs époux imposent l'intervention d'une autorité religieuse comme condition de forme. Cette règle a été affirmée dans un arrêté du 1^{er} pluviôse an X interdisant aux pasteurs protestants de célébrer le mariage religieux avant le mariage civil. Ensuite, la loi du 18 germinal an X et un arrêté du 1^{er} prairial an X ont adressé une injonction identique respectivement aux prêtres catholiques et aux rabbins. De plus, l'article 199 de l'ancien Code pénal sanctionnait pénalement la violation de cette règle. Aucune intention n'était recherchée, la seule célébration religieuse antérieure à la célébration civile suffisait à caractériser l'infraction. Le Code pénal en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994, en son article 433-21, « *a laissé subsister l'incrimination et s'est borné à alléger sa répression : des sanctions ne sont plus désormais encourues que lorsque l'infraction a un caractère habituel* »¹⁵⁵². En pratique, le respect de la règle de la primauté de la célébration civile est assuré par le certificat que l'officier de l'état civil remet aux époux justifiant de l'accomplissement des formalités civiles. Au vu de ce certificat, « *le ministre du Culte peut, en toute sécurité, procéder à la célébration religieuse* »¹⁵⁵³.

446. Contrairement à une jurisprudence classique concernant l'application de la règle *locus regit actum*, en principe facultative en matière d'actes juridiques, cette règle présente dans le cadre de la formation du mariage un caractère impératif. Les futurs époux n'ont pas la possibilité de se référer aux dispositions de leur loi nationale pour choisir tel mode de célébration pour leur union. La volonté des parties n'a donc pas lieu d'intervenir. Le caractère impératif trouve sa raison d'être dans la relation étroite entre la célébration du mariage et la détermination des autorités compétentes pour y procéder¹⁵⁵⁴. D'autres justifications sont également avancées, elles sont fondées sur le fait que le mariage n'est pas un acte juridique ordinaire étant donné qu'il intéresse directement l'état des personnes ce qui justifie certaines solennités. Il s'agit d'une part, de raisons historiques liées au principe de laïcité impliquant que ces solennités soient d'origine civile et non religieuse¹⁵⁵⁵ et d'autre part, de considérations d'ordre public liées à « *la vérification des conditions d'aptitude de consentement, à la publicité de l'union, à l'utilité d'en dresser aussitôt une preuve appelée à servir pendant la durée du mariage et au-delà* »¹⁵⁵⁶. Malgré ces considérations, une partie de la doctrine critique le caractère impératif de la règle *locus regit actum* et est en faveur d'une option entre la loi locale

¹⁵⁵² G. Launoy, « Actes de l'état civil - Actes de mariage - Célébration du mariage. Rédaction de l'acte. Formalités postérieures », *J.-Cl. Civil code*, Fasc. unique, 1^{er} nov. 2013 (mise à jour : 31 août 2017), n° 2.

¹⁵⁵³ M. Lamarche et J.-J. Lemouland, « Mariage : conditions de formation », *Répertoire de droit civil Dalloz*, janv. 2014 (mise à jour : mai 2020), n° 592.

¹⁵⁵⁴ B. Bourdelois, « Mariage », préc., n° 73.

¹⁵⁵⁵ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », préc., n° 19.

¹⁵⁵⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 642, n° 731.

et la loi nationale¹⁵⁵⁷. Messieurs les Professeurs Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières relèvent que sans « *imposer à un officier d'état civil français la célébration d'un mariage en des formes autres que celles pour lesquelles il a été habilité* », il serait envisageable de « *valider des unions contractées en France selon les rites prévus par la loi nationale commune des époux étrangers* »¹⁵⁵⁸. Ils justifient cette position par le fait que « *l'ordre social français est moins directement intéressé lorsqu'il s'agit pour un juge [...] de "reconnaître" un droit plutôt que de le "créer"* »¹⁵⁵⁹. Madame le Professeur Hélène Gaudemet-Tallon adopte une position similaire en y apportant un tempérament. Selon l'auteur, « *s'il doit toujours être possible aux époux d'observer les rites de leur confession, il est logique et peu contraignant de leur imposer en sus la célébration civile dès lors qu'elle est prévue par la loi de l'État du lieu de célébration* »¹⁵⁶⁰. Elle y voit l'occasion d'éviter tout risque de mariages boiteux dans la mesure où l'union sera valable selon la loi personnelle des époux et selon la loi de l'État de célébration¹⁵⁶¹. Messieurs les Professeurs Bertrand Ancel et Yves Lequette analysent l'article 165 du Code civil qui impose que le mariage soit célébré publiquement lors d'une cérémonie républicaine par l'officier de l'état civil en « *loi de police faisant barrage à toute pénétration d'une loi étrangère quelle qu'elle soit* »¹⁵⁶². Cette analyse peut paraître excessive, car une telle qualification serait difficilement conciliable avec l'exception permettant le mariage en la forme diplomatique ou consulaire¹⁵⁶³.

447. En France, un mariage ne peut donc être valablement célébré que devant l'officier de l'état civil français. Lors de l'adoption de la loi du 17 mai 2013¹⁵⁶⁴, dans un esprit de faveur à l'égard de l'union homosexuelle toujours présent, le législateur français a assoupli les règles relatives aux conditions de forme de formation du mariage dans le but de permettre la célébration du mariage en France lorsqu'elle est impossible à l'étranger.

II. Les règles relatives à la compétence de l'officier de l'état civil assouplies

448. Dans un esprit toujours aussi libéral, le législateur français donne compétence à l'officier d'état civil français en retenant des critères de proximité avec le territoire français qui

¹⁵⁵⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 2, *op. cit.*, n° 425.

¹⁵⁵⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 533, n° 456.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*

¹⁵⁶⁰ H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », *préc.*, n° 13.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*

¹⁵⁶² B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 254.

¹⁵⁶³ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », *préc.*, n° 19. Cf. *infra* n° 458 et s.

¹⁵⁶⁴ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *préc.*

s'avèrent très ténus (A). Cependant, la contrepartie d'une telle faveur implique *a contrario* que l'officier de l'état civil soit soumis à des modalités particulières lors de la célébration de certaines unions homosexuelles (B).

A. Les critères de compétence territoriale empreints de libéralisme

449. Les règles fixant la compétence de l'officier de l'état civil contenues aux articles 74 et 165 du Code civil ont toujours été décrites comme assez libérales. Ce constat est d'autant plus confirmé par la loi du 17 mai 2013¹⁵⁶⁵. Si le législateur français exige une proximité minimale avec le territoire français afin de donner compétence aux autorités habilitées, cette dernière peut être caractérisée tant par la commune du domicile ou de la résidence de l'un des futurs époux que de l'un des parents des futurs époux.

Conformément à l'article 74 du Code civil, le mariage est célébré dans la commune où l'un des futurs époux a son domicile¹⁵⁶⁶ ou sa résidence¹⁵⁶⁷ au sens du droit interne. Concernant le domicile, l'Instruction générale relative à l'état civil précise qu'« aucune condition de durée de ce domicile ou d'habitation effective dans ce lieu n'est exigée »¹⁵⁶⁸. Quant à la résidence, elle indique qu'il est nécessaire que celle-ci se manifeste par « une habitation continue, c'est-à-dire non interrompue ni intermittente, pendant le mois qui précède la date à laquelle la publication a été affichée ou la dispense obtenue »¹⁵⁶⁹. Cependant, cette exigence est immédiatement tempérée par le fait que « l'habitation peut [...] être essentiellement temporaire » dans la mesure où « rien ne s'oppose à ce qu'elle soit choisie uniquement en vue du mariage. Ainsi, le mariage peut être célébré, même si le futur époux a abandonné cette résidence aussitôt après l'affichage des publications »¹⁵⁷⁰.

450. La compétence de l'officier de l'état civil est appréciée avec souplesse. En effet, l'Instruction générale relative à l'état civil invite les officiers de l'état civil à adopter « une attitude libérale en ce qui concerne la détermination du domicile ou de la résidence, notamment lorsque les intérêts professionnels, financiers, ou affectifs d'une personne sont répartis entre plusieurs lieux »¹⁵⁷¹. Ils se borneront alors « à s'assurer que la personne qui lui demande de célébrer son mariage a des liens durables avec la commune et peut justifier d'une adresse dans

¹⁵⁶⁵ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁵⁶⁶ Cf. *supra* n° 401.

¹⁵⁶⁷ Cf. *supra* n° 402.

¹⁵⁶⁸ IGREC, n° 392.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

le ressort de sa circonscription qui figurera dans l'acte de mariage »¹⁵⁷². Ainsi, en pratique, une simple résidence secondaire en France suffira à retenir la compétence de l'officier de l'état civil français. Il est certain que le législateur français a adopté une telle règle de conflit de lois avec l'intention de promouvoir au maximum le mariage entre personnes de même sexe. Pour autant, en réalité, « les liens entre les futurs époux et le système juridique français pourront être très ténus. Ainsi, l'existence d'une simple résidence secondaire pourrait justifier que le mariage puisse être valablement célébré, alors même que tous les éléments de rattachement renvoient à des systèmes juridiques qui prohibent le mariage »¹⁵⁷³. Ce choix peut sembler fort regrettable et « manifester peu de respect vis-à-vis du pays »¹⁵⁷⁴ dont les intéressés sont ressortissants.

451. Soucieux d'assurer la promotion du mariage entre personnes de même sexe dans l'ordre international, en 2013, le législateur a ouvert une nouvelle option de compétence résidant dans la commune du domicile ou de la résidence de l'un des parents des futurs époux. En vertu de l'article 165 du Code civil, le mariage pourra être célébré dans la commune où l'un des parents des futurs époux a son domicile ou sa résidence. La circulaire précise que ce choix doit être fait librement par les époux et ne pas résulter d'un refus du maire de la commune initialement choisie de célébrer un mariage entre personnes de même sexe¹⁵⁷⁵.

Initialement, cette règle était réservée aux époux qui résidaient dans un pays prohibant le mariage entre personnes de même sexe et s'opposant à sa célébration par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises. La loi du 17 mai 2013¹⁵⁷⁶ a finalement étendu cette possibilité à tous les époux¹⁵⁷⁷. Selon Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, cette multiplication des lieux potentiels de célébration du mariage va dans le sens de la libéralisation des règles du mariage. Pour autant, il relève que « la nouvelle liberté offerte aux époux correspond bien souvent à celle qu'ils prenaient en pratique : elle évitera donc de fermer les yeux sur des compétences douteuses »¹⁵⁷⁸.

452. Il est acquis que les nouvelles règles de compétence de l'officier de l'état civil issues de la loi du 17 mai 2013¹⁵⁷⁹ assurent une ouverture internationale au mariage entre

¹⁵⁷² IGREC, n° 392.

¹⁵⁷³ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 23.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 7.

¹⁵⁷⁶ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁵⁷⁷ H. Fulchiron, Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous », art. préc., spéc. n° 39.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

personnes de même sexe autorisé par le législateur français. Néanmoins, en pratique, il arrivera souvent que le mariage célébré sur le territoire français ne soit pas reconnu dans l'État de domicile, de résidence ou dont sont ressortissants les époux. C'est la raison pour laquelle la circulaire du 29 mai 2013¹⁵⁸⁰ invite les officiers de l'état civil à attirer l'attention des intéressés sur les difficultés qu'ils pourraient rencontrer.

B. Les modalités pratiques entourant la compétence de l'officier de l'état civil français

453. Les États ayant ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe restent minoritaires. Ainsi, il est demandé à l'officier de l'état civil, au cours de la célébration d'une union susceptible de poser des difficultés lors du retour des ressortissants dans leur État d'origine, d'informer les futurs époux des potentiels risques encourus.

454. Les risques encourus par les futurs époux désireux de contracter une union homosexuelle sont de deux ordres. D'une part, la circulaire du 29 mai 2013 demande à l'officier de l'état civil célébrant une union entre personnes de même sexe d'appeler « *l'attention des intéressés sur la possibilité de non-reconnaissance de leur mariage à l'étranger* »¹⁵⁸¹. En effet, la règle française en faveur du mariage homosexuel offre un rayonnement très important, c'est-à-dire un caractère extrêmement libéral¹⁵⁸², mais qui présente des inconvénients. Certains pays dont les intéressés ont la nationalité ou sur le territoire duquel ils ont leur domicile ou leur résidence refusent le mariage entre personnes de même sexe et d'autres restent fidèles à l'application cumulative des lois personnelles en matière de mariage. D'autre part, dans certains États, les relations homosexuelles sont considérées comme un délit, voire comme un crime et l'existence d'un mariage homosexuel pourrait mettre en danger les époux. Il est donc demandé à l'officier de l'état civil qui va célébrer l'union d'être vigilant et d'en avertir le ressortissant d'un de ces États. En effet, la circulaire publie une liste de quatre-vingts pays, notamment les pays d'Afrique, du Proche et du Moyen-Orient et certains pays d'Asie, « *pour lesquels, il est impératif que l'officier de l'état civil informe les futurs époux des risques qu'ils encourent au regard de certaines législations applicables dans le pays d'origine* »¹⁵⁸³.

¹⁵⁸⁰ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 7.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 5.

¹⁵⁸² Cf. *supra* n° 395 et s.

¹⁵⁸³ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 6.

455. Le législateur français a donc conscience des difficultés auxquelles seront confrontés les officiers de l'état civil français chargés de célébrer des unions de ce type. Afin de les éviter, « *il aurait pu être bon que le législateur [...] veille à ne pas imposer ses conceptions en développant une promotion extra-territoriale du mariage des personnes de même sexe* »¹⁵⁸⁴. Outre le rappel des risques encourus aux futurs époux concernés, l'officier de l'état civil français se doit d'adopter des mesures particulières dans les situations délicates. En effet, afin d'éviter que les époux issus d'un milieu originaire répressif quant aux relations homosexuelles « *ne soient désignés à la vindicte de leurs autorités par les simples mesures de publicité prévues pour tout mariage par la loi française* »¹⁵⁸⁵ conformément à l'article 63 du Code civil¹⁵⁸⁶, la circulaire du 29 mai 2013 a adopté une attitude protectrice. En effet, celle-ci indique que « *lorsque l'union concernera des ressortissants originaires de ces États, il conviendra le cas échéant de faire application de l'article 169 du Code civil et de saisir le procureur de la République afin qu'il puisse apprécier l'opportunité de dispenser l'officier d'état civil de l'affichage de la publication des bans* »¹⁵⁸⁷. L'article 169 du Code civil permet d'obtenir une dispense des mesures de publicité relatives à la célébration du mariage du procureur de la République dans l'arrondissement duquel sera célébrée l'union pour des causes graves.

456. La production du certificat de coutume¹⁵⁸⁸ permettant de justifier le contenu de leur loi personnelle est également, en principe, imposée aux futurs époux. Néanmoins, là encore, la circulaire du 29 mai 2013 s'est intéressée aux cas où la production d'un tel certificat serait impossible ou refusée par les autorités compétentes. Il est permis à l'officier de l'état civil de « *tout de même procéder à la célébration du mariage, à la demande des intéressés, si les autres conditions de la loi française sont remplies* »¹⁵⁸⁹. Étant précisé qu'il appartiendra alors, une nouvelle fois, à l'officier de l'état civil célébrant l'union de rappeler que celle-ci pourrait ne pas être reconnue par les autorités de l'État dont est ressortissant l'un d'entre eux.

¹⁵⁸⁴ A. Gosselin-Gorand, « La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de personnes de même sexe », *LPA*, 4 juill. 2013, n°133, p. 24.

¹⁵⁸⁵ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 49.

¹⁵⁸⁶ L'article 63 du Code civil prévoit qu'« *avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré* ».

¹⁵⁸⁷ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 5.

¹⁵⁸⁸ Cf. *supra* n° 359.

¹⁵⁸⁹ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 7.

457. Il est possible que l'application de la *lex loci celebrationis* aux conditions de forme de formation du mariage soit écartée au profit de la loi nationale lorsqu'est en cause un mariage célébré par un agent diplomatique ou consulaire français en poste à l'étranger. Néanmoins, la compétence de ces derniers semble limitée en ce qui concerne les mariages entre personnes de même sexe.

Paragraphe 2. La compétence limitée des agents diplomatiques ou consulaires français

458. La faculté laissée aux agents diplomatiques et consulaires français en poste à l'étranger confère à la loi nationale des intéressés une entière emprise sur la célébration du mariage. Elle est à ce titre compétente - lorsqu'il s'agit de deux ressortissants de même nationalité - tant concernant les conditions de fond, que les conditions de forme. Cependant, la possibilité d'un mariage en la forme diplomatique ou consulaire célébré en territoire étranger est soumise au respect de la Convention de Vienne du 24 avril 1963¹⁵⁹⁰ (I). Conscient de la difficulté inhérente à la célébration des mariages entre personnes de même sexe à l'étranger par les autorités diplomatiques et consulaires françaises, le législateur a opté pour une extension de compétence au profit de l'officier de l'état civil français à l'article 171-9 du Code civil (II).

I. L'indispensable respect de la Convention de Vienne du 24 avril 1963

459. Le droit international public coutumier permet la compétence des autorités diplomatiques ou consulaires pour célébrer le mariage. Ainsi, l'article 48 du Code civil dispose que « *tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou consulaires* ». Cette règle est, par ailleurs, consacrée par la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires¹⁵⁹¹ et reconnue par l'instruction générale sur l'état civil du 11 mai 1999¹⁵⁹². Globalement, la plupart des États autorisent les agents diplomatiques ou consulaires étrangers à procéder aux mariages de leurs nationaux dans la forme de leur loi nationale, mais certains le

¹⁵⁹⁰ Décr. n° 71-288 du 29 mars 1971 portant publication de la convention de Vienne sur les relations consulaires et du protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends, *JORF*, n° 0091, 18 avr. 1971, p. 3739.

¹⁵⁹¹ Décr. n° 71-288 du 29 mars 1971 portant publication de la convention de Vienne sur les relations consulaires et du protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends, préc.

¹⁵⁹² IGREC, n° 556.

refusent. Tel est, par exemple, le cas de la Suisse¹⁵⁹³ qui refuse la célébration du mariage consulaire sur son territoire. Si le mariage consulaire ou diplomatique est traditionnellement admis en droit français (A), des difficultés spécifiques à ce type de mariage impliquant des personnes de même sexe ont émergé (B).

A. Un mariage consulaire ou diplomatique traditionnellement admis

460. En France, il a été expressément admis que les mariages des ressortissants français puissent être célébrés en pays étranger par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises à l'article 171-1, alinéa 2 du Code civil. Ce dernier valide le mariage des Français « *célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises* ». La condition relative à la nationalité des époux est mise en évidence. La compétence des autorités est subordonnée au fait qu'au moins l'un des deux époux soit de nationalité française. Il convient de distinguer deux hypothèses : en premier lieu, celle où les époux sont tous deux de nationalité française (1) et en second lieu, celle où est en jeu un couple mixte (2).

1. Le cas des époux de nationalité française

461. Un agent diplomatique ou consulaire peut célébrer l'union de ressortissants de son pays en sa forme nationale. Le mariage diplomatique ou consulaire est pour les époux un moyen d'échapper à la loi locale. Il s'agit d'une solution « *qui peut s'avérer particulièrement souhaitable si cette loi locale exige un mariage religieux, la religion en cause n'étant celle d'aucun des deux époux* »¹⁵⁹⁴. Sera substituée à la loi locale du lieu de célébration de l'union, la loi nationale des époux. Les autorités diplomatiques et consulaires françaises appliqueront donc la loi française en vertu de la règle *auctor regit actum* qui est la seule en laquelle ils puissent instrumenter. Les autorités françaises intervenant sur le sol étranger procéderont à la célébration du mariage conformément aux prescriptions du droit français.

462. À première vue, cette hypothèse ne semble pas soulever de difficultés. Messieurs les Professeurs Pierre Mayer et Vincent Heuzé relèvent d'ailleurs qu'« *il a toujours été admis, sur le fondement de l'article 48 du Code civil, que les agents diplomatiques et les consuls français pouvaient célébrer le mariage à l'étranger de deux Français si ceux-ci les en*

¹⁵⁹³ Suisse, L. fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 déc. 1987, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 1989, art. 44, 3°. V. pour une liste exhaustive : M. Revillard, « Consul : attributions », *Répertoire de droit international Dalloz*, janv. 2006 (mise à jour : mai 2018), n° 190.

¹⁵⁹⁴ T. Vignal, *Droit international privé*, Sirey, 5^{ème} éd., 2020, n° 281.

requéraient »¹⁵⁹⁵. Néanmoins, cette possibilité est « tributaire [...] du bon vouloir du pays sur le territoire duquel elle agit »¹⁵⁹⁶. L'État étranger sur le territoire duquel les autorités diplomatiques et consulaires exercent leurs fonctions doit leur reconnaître le droit de célébrer ces mariages. Cette exigence est expressément rappelée par l'article 5 f de la Convention de Vienne du 24 avril 1963¹⁵⁹⁷ selon lequel l'intervention des autorités n'est possible que « dans la mesure où les conventions et les lois locales le permettent ». Or, certains États disposent d'une réglementation qui s'oppose expressément à toute célébration de mariage par les consuls étrangers. Il en est notamment ainsi de la Suisse, du Royaume-Uni et des États-Unis¹⁵⁹⁸. En outre, l'article 2 du décret n° 46-1917 du 19 août 1946¹⁵⁹⁹ modifié par celui n° 94-1029 du 30 novembre 1994¹⁶⁰⁰ subordonne la rédaction des actes de l'état civil par les agents diplomatiques ou consulaires français à la même condition. En conséquence, si la loi locale ne le permet pas, le refus de célébrer le mariage sera nécessairement opposé aux futurs époux qui n'auront pas d'autre solution que de s'unir selon les formes locales en vigueur¹⁶⁰¹.

463. La solution prévue par l'article 48 du Code civil qui envisage le cas des « Français » est plutôt simple en cas d'époux de même nationalité, mais tel n'est pas le cas à propos de futurs époux de nationalités différentes. En effet, faisant une application littérale du texte du Code civil, la jurisprudence a, initialement, exclu la possibilité du mariage en la forme consulaire au cas où un seul des futurs conjoints est français.

2. Le cas des couples mixtes

464. L'union en la forme diplomatique ou consulaire pour les couples mixtes composés d'un Français et d'une personne de nationalité étrangère a été initialement exclue par la Cour de cassation à la faveur de l'arrêt *Sommaripa* du 10 août 1819¹⁶⁰². Cette restriction était embarrassante pour les Français désirant épouser une personne étrangère dans les pays où la seule forme religieuse ou traditionnelle est connue.

¹⁵⁹⁵ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 406, n° 582.

¹⁵⁹⁶ B. Bourdelois, « Mariage », préc., n° 76.

¹⁵⁹⁷ Décr. n° 71-288 du 29 mars 1971 portant publication de la convention de Vienne sur les relations consulaires et du protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends, préc.

¹⁵⁹⁸ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 9.

¹⁵⁹⁹ Décr. n° 46-1917 du 19 août 1946 sur les attributions des agents diplomatiques et consulaires en matière d'état civil, *JORF*, 1er sept. 1946, p. 7602.

¹⁶⁰⁰ Décr. n° 94-1029 du 30 nov. 1994 modifiant le décret n° 46-1917 du 19 août 1946 sur les attributions des agents diplomatiques et consulaires en matière d'état civil, *JORF*, 2 déc. 1994, p. 17028.

¹⁶⁰¹ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », préc., n° 36.

¹⁶⁰² Cass. civ., 10 août 1819, *Sommaripa*, préc.

465. Ainsi, une loi du 29 novembre 1901 est intervenue ajoutant deux alinéas à l'article 170 du Code civil, devenu l'article 171-1 depuis la loi du 14 novembre 2006¹⁶⁰³. Elle a admis que dès lors que le mari, désireux de se marier avec une étrangère, était français, il pouvait opter pour le mariage en la forme consulaire dans un certain nombre de pays énumérés par décret qui ignorent le mariage civil. La liste de ces pays désignés par le décret du 26 octobre 1939¹⁶⁰⁴, modifié par celui du 15 décembre 1958¹⁶⁰⁵ comprend actuellement l'Afghanistan, l'Arabie saoudite, le Cambodge, la Chine, l'Égypte, l'Irak, l'Iran, le Japon, le Laos, le Maroc (zone de Tanger), l'Oman (Mascate), la Thaïlande et le Yémen. Cette liste est limitative, ainsi la cour d'appel de Paris en a déduit la nullité du mariage consulaire mixte célébré dans un autre pays¹⁶⁰⁶. En conséquence, en dehors de cette liste, les autorités diplomatiques et consulaires peuvent célébrer uniquement des mariages entre Français.

466. Or, la question du mariage entre personnes de même sexe n'est pas envisagée d'une manière aussi libérale qu'en France dans tous les États. Si certains l'interdisent, d'autres la condamnent. Ainsi, une difficulté se pose lorsqu'une autorité consulaire ou diplomatique française en poste à l'étranger sur un territoire réprimant l'homosexualité est amenée à célébrer une telle union.

B. Les difficultés inhérentes aux mariages entre personnes de même sexe

467. Même si l'article 171-1 du Code civil et le décret du 26 octobre 1939¹⁶⁰⁷ modifié par celui du 15 décembre 1958¹⁶⁰⁸ donnent respectivement compétence aux autorités diplomatiques et consulaires en poste à l'étranger afin de célébrer les mariages entre Français d'une part et entre Français et étranger d'autre part, il est nécessaire que soit respecté l'article 5 *f* de la Convention de Vienne du 24 avril 1963¹⁶⁰⁹. Or, même si de manière générale les États autorisent la célébration d'un mariage en la forme diplomatique ou consulaire sur leur territoire, cela ne sera pas nécessairement le cas lorsqu'un mariage homosexuel est en cause. Ainsi, que se passera-t-il lorsque la loi étrangère autorise le consul à célébrer des mariages, mais qu'elle

¹⁶⁰³ L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, préc.

¹⁶⁰⁴ Décr. du 26 oct. 1939 concernant les pays où les agents diplomatiques et consulaires sont autorisés à célébrer le mariage d'un Français avec une étrangère, *JORF*, 29 oct. 1939, p. 12709.

¹⁶⁰⁵ Décr. du 15 déc. 1958 modifiant le décret du 26 oct. 1939, *JORF*, 19 déc. 1958, p. 11433.

¹⁶⁰⁶ CA Paris, 13 mars 1954, *JDI* 1954, p. 954, note J.-B. Sialelli.

¹⁶⁰⁷ Décr. du 26 oct. 1939 concernant les pays où les agents diplomatiques et consulaires sont autorisés à célébrer le mariage d'un Français avec une étrangère, préc.

¹⁶⁰⁸ Décr. du 15 déc. 1958 modifiant le décret du 26 oct. 1939, préc.

¹⁶⁰⁹ Décr. n° 71-288 du 29 mars 1971 portant publication de la convention de Vienne sur les relations consulaires et du protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends, préc.

ne connaît pas, voire qu'elle prohibe le mariage entre personnes de même sexe ? En effet, « *il n'est plus ici question de la compétence des autorités consulaires pour célébrer les mariages en général, mais de la possibilité de célébrer un "type" de mariage en particulier, mariage conforme à la loi française mais heurtant les valeurs et les principes essentiels d'un droit étranger* »¹⁶¹⁰.

468. La circulaire du 29 mai 2013¹⁶¹¹ est venue apporter une réponse à cette question. Elle commence par rappeler qu'une très grande majorité des États a un ordre juridique interne qui ne connaît pas, interdit, voire punit le mariage entre personnes de même sexe. Par conséquent, lorsque la célébration du mariage par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises se heurtera à l'ordre public d'un de ces États, il ne sera pas possible d'y procéder, qu'il s'agisse de deux Français ou d'un Français et d'un étranger. En définitive, du fait de « *cet obstacle, à la fois juridique et diplomatique* »¹⁶¹², les autorités françaises seront ainsi amenées à renoncer à célébrer des mariages entre personnes de même sexe afin de ne pas enfreindre les règles définies par la Convention de Vienne.

469. Pour autant, cette position a pu être critiquée « *au regard des principes d'égalité et de non-discrimination ... plus simplement à l'aune des valeurs et principes appartenant aujourd'hui à l'ordre public français en matière internationale* »¹⁶¹³. Madame Christine Bidaud-Garon insiste sur la différence de traitement entre les couples de personnes de même sexe et les couples de personnes de sexe différent ; alors que les seconds pourront se marier en la forme consulaire, les premiers n'auraient d'autre choix que de se marier en France. En outre, une différence de traitement entre les couples de même sexe est également mise en avant « *puisque dans certains pays, il sera possible de s'adresser au consulat de France et pas dans d'autres* »¹⁶¹⁴. En se fondant sur une décision rendue par le Conseil d'État à propos du pacte civil de solidarité le 18 décembre 2007¹⁶¹⁵, l'auteur relève que ce qui est réprimé par la majorité des États est l'homosexualité en tant que telle et non le mariage entre personnes de même sexe à l'exception de quelques rares États qui le prohibent expressément comme la Hongrie¹⁶¹⁶. Or,

¹⁶¹⁰ C. Bidaud-Garon, « Mariage consulaire... pour tous ? », *JCP G*, n° 51, 16 déc. 2013, p. 1325.

¹⁶¹¹ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 9.

¹⁶¹² I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », préc., n° 45.

¹⁶¹³ C. Bidaud-Garon, « Mariage consulaire... pour tous ? », art. préc.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*

¹⁶¹⁵ CE, ord., 18 déc. 2007, *Gisti et a.*, préc. L'argument mis en avant du risque d'atteinte à l'ordre public local et le danger pour les intéressés était bien plus lié à la vie commune des partenaires qu'à la conclusion du pacte civil de solidarité lui-même.

¹⁶¹⁶ Hongrie, Loi fondamentale [Alaptörvény] du 25 avr. 2011, *Magyar Közlöny*, n° 43, 25 avr. 2011.

« est-il plus dangereux d'être des époux de même sexe que des homosexuels sans lien juridique entre eux dans ces États ? »¹⁶¹⁷.

470. L'interdiction faite aux autorités diplomatiques et consulaires françaises de célébrer les mariages entre personnes de même sexe dans les pays qui l'interdisent permet le respect de la souveraineté du pays d'accueil et de son ordre public. Il apparaît sans aucun doute que la circulaire du 29 mai 2013¹⁶¹⁸ a été adoptée dans le souci d'être en conformité avec la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires¹⁶¹⁹. Pour autant, la seconde préoccupation du législateur français a été prise en compte : donner une ouverture internationale maximale aux mariages entre personnes de même sexe en introduisant une solution correctrice à l'impossible célébration des mariages consulaires et diplomatiques.

II. Le nouvel article 171-9 du Code civil comme extension de compétence

471. Il apparaît au travers de l'article 171-9 du Code civil applicable aux Français de l'étranger que le législateur français a voulu étendre la possibilité de contracter un mariage homosexuel au maximum au prix de l'abandon de tout lien territorial (A). Véritable atout pour les personnes de nationalité française, cette règle profite tout de même *a fortiori* à l'étranger, mais reste limitée par la fraude (B).

A. Une extension abandonnant le lien territorial

472. La loi du 17 mai 2013¹⁶²⁰ a intégré un nouvel article 171-9 du Code civil figurant dans une section IV « *De l'impossibilité pour les Français établis hors de France de célébrer leur mariage à l'étranger* ». Cet article dispose que « *par dérogation aux articles 74 et 165, lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques ou consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier d'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74. À défaut, le mariage est célébré par l'officier d'état civil de la commune de leur*

¹⁶¹⁷ C. Bidaud-Garon, « Mariage consulaire... pour tous ? », art. préc.

¹⁶¹⁸ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 9.

¹⁶¹⁹ Décr. n° 71-288 du 29 mars 1971 portant publication de la convention de Vienne sur les relations consulaires et du protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends, préc.

¹⁶²⁰ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

choix ». Autrement dit, il est désormais possible de marier en France deux personnes de même sexe résidant à l'étranger, dont l'une au moins a la nationalité française, si celles-ci ne peuvent se marier dans leur pays de résidence, car ce dernier n'autorise pas le mariage homosexuel et qu'il n'est pas possible de le célébrer devant une autorité diplomatique ou consulaire.

473. La circulaire du 29 mai 2013¹⁶²¹ précise les conditions dans lesquelles la célébration d'une telle union est possible. L'officier de l'état civil devra vérifier d'une part, que l'un des candidats au mariage au moins possède la nationalité française et d'autre part, que les candidats au mariage résident dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre personne de même sexe ni devant ses autorités locales compétentes, ni devant les représentations consulaires françaises. Il est possible d'obtenir une attestation du poste consulaire français territorialement compétent à raison de la résidence du Français précisant que le mariage est impossible. Si les conditions sont vérifiées, l'officier de l'état civil peut procéder à la célébration du mariage soit dans la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux, soit dans la commune dans laquelle l'un des parents des époux a son domicile ou sa résidence. À défaut, le mariage pourra être célébré dans la commune de leur choix. Il y a une réelle extension de compétence au profit de l'officier de l'état civil français sur le territoire français à tel point que même dans la situation où les intéressés n'ont aucune attache territoriale avec la France, la célébration pourra avoir lieu du seul fait de la nationalité de l'un des futurs époux¹⁶²². L'officier d'état civil sera tout de même compétent malgré l'absence de lien de proximité avec la France.

474. Qualifiée de « *compétence quasi universelle* »¹⁶²³ de l'officier de l'état civil ou encore de « *véritable droit au mariage pour le ressortissant français* »¹⁶²⁴, cette nouvelle disposition n'a pas nécessairement reçu le soutien de la doctrine. « *La règle est à la fois bienvenue et dangereuse* »¹⁶²⁵. Elle est certes en conformité avec la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires¹⁶²⁶, mais la possibilité de venir en France pour faire célébrer un mariage qui ne sera pas reconnu dans l'État de résidence habituelle est « *pernicieuse*

¹⁶²¹ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 7 et s.

¹⁶²² Un parallèle peut être imaginé avec les privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil fondés respectivement la nationalité française du demandeur et du défendeur. Ces deux textes donnent compétence aux tribunaux français du seul fait de la nationalité française de l'une des parties peu importe le défaut de domicile ou de résidence sur le territoire français. V. notamment : H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *Répertoire de droit international Dalloz*, mars 2019, n^{os} 132 et s.

¹⁶²³ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », préc., n^o 45.

¹⁶²⁴ S. Godechot-Patris et J. Guillaumé, « La loi n^o 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », art. préc.

¹⁶²⁵ C. Bidaud-Garon, « Mariage pour tous : la circulaire ! », *JCP G*, n^o 26, 24 juin 2013, p. 729.

¹⁶²⁶ Décr. n^o 71-288 du 29 mars 1971 portant publication de la convention de Vienne sur les relations consulaires et du protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends, préc.

[...], le mariage "boiteux" ainsi célébré provoquera bien des difficultés dans la vie des époux »¹⁶²⁷. Il convient, néanmoins, de prendre en compte un facteur de limite : le risque de fraude.

B. Une extension limitée par la fraude

475. Aussi grande soit-elle l'extension de compétence de l'officier de l'état civil est limitée par un élément : celui de la fraude. À cet égard l'article 171-9, alinéa 2 précise que l'officier de l'état civil compétent en vertu de l'alinéa 1^{er} peut demander à l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente de procéder à l'audition des futurs époux prévue à l'article 63 du Code civil. Cette option semble prévue, car l'autorité diplomatique ou consulaire, « mieux à même de connaître et d'apprécier la situation [...], pourra éventuellement alerter l'officier d'état civil en France et lui permettre de déclencher l'intervention du Parquet »¹⁶²⁸. Comme le souligne Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, cette mesure devrait empêcher la conclusion de mariages homosexuels en France à des fins purement migratoires. Les conséquences du mariage étant considérables en matière de nationalité et de droit de l'entrée et du séjour des étrangers, la crainte est alors de faire célébrer discrètement un mariage blanc entre personnes de même sexe dans une commune française avec laquelle les époux n'ont aucun lien¹⁶²⁹.

476. Le risque de fraude avait été avancé par les députés et sénateurs requérants déférant au Conseil constitutionnel la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. Le Conseil s'est contenté d'avancer que « l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'abus lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques »¹⁶³⁰. Ainsi, « une vigilance renforcée pour faire face à un nombre croissant de dossiers de mariage suspects, alors que les fraudes en matière d'immigration sont en pleine recrudescence »¹⁶³¹ est demandée.

477. Il convient de préciser qu'en pratique, l'option offerte par le législateur français à l'article 171-9 du Code civil ne devrait guère poser de difficultés aux couples désireux d'en

¹⁶²⁷ Décr. n° 71-288 du 29 mars 1971 portant publication de la convention de Vienne sur les relations consulaires et du protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends, préc.

¹⁶²⁸ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 66.

¹⁶²⁹ H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? - Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », art. préc., spéc. n° 34.

¹⁶³⁰ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., consid. 30.

¹⁶³¹ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », préc., n° 45.

profiter. En effet, dans une décision du 9 juillet 2014¹⁶³², le Conseil d'État s'est prononcé à propos d'un mariage entre un Français et un Sénégalais résidant au Maroc où ils ne pouvaient se marier. Il a estimé, dans « *une formule lapidaire* »¹⁶³³ et au visa de l'article 171-9 du Code civil, que le refus de visa opposé par le consulat de France à Casablanca à l'étranger, alors que l'intéressé avait fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français quelques années plus tôt, portait une atteinte grave à l'exercice de la liberté de se marier qui est une liberté fondamentale.

478. Bien que la circulaire du 29 mai 2013¹⁶³⁴ accompagnant la loi du 17 mai 2013¹⁶³⁵ ait pris le soin d'apporter une réserve aux nouvelles dispositions introduites dans le Code civil dans le but de respecter les engagements internationaux pris par la France au travers de plusieurs conventions internationales, l'ensemble des difficultés n'a pas été résolu comme ont, notamment, pu le démontrer les questions auxquelles la Cour de cassation a été confrontée.

Section 2. L'articulation des nouvelles règles de conflit avec les conventions bilatérales relatives au statut personnel

479. La promulgation de la loi du 17 mai 2013¹⁶³⁶, particulièrement la règle de conflit de lois relative aux conditions de fond de formation du mariage entre personnes de même sexe, a immédiatement impliqué des réactions doctrinales s'inquiétant de l'articulation de celle-ci avec les sources supranationales, notamment les conventions bilatérales conclues par la France avec des États tiers relatives au statut personnel. Si la circulaire du 29 mai 2013 avait pris les devants en indiquant que lesdites Conventions devaient prévaloir sur la règle de conflit française lorsqu'elles préconisaient l'application de la loi nationale, cette précaution, affirmée pourtant simplement, n'a pas été si aisée à mettre en œuvre. La règle est pourtant simple d'apparence : l'articulation de la règle de conflit de lois en matière de mariages entre personnes de même sexe avec les Conventions relatives au statut personnel est conditionnée par le respect de la hiérarchie des normes qui peut être mis à mal par l'ordre public international français (Sous-section 1). Force est de constater que la jurisprudence française a justement mis en œuvre cet ordre public international français. À la suite d'une adaptation - qu'il est presque possible

¹⁶³² CE, 9 juill. 2014, n° 382145, *D.* 2014, p. 450, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2014, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon ; *AJDA* 2014, p. 1418 ; *AJDA* 2014, p. 2141, note E. Aubin ; *AJ fam.* 2014, p. 505, obs. B. De Boysson ; *RTD civ.* 2014, p. 861, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2014-9/18, obs. V. Egéa.

¹⁶³³ J.-J. Lemouland et D. Vigneau, « Droit des couples », *D.*, 2015, p. 1408.

¹⁶³⁴ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc.

¹⁶³⁵ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁶³⁶ *Ibid.*

de qualifier d'immédiate - de ce dernier, il ne manquait plus qu'aux juges de déterminer les contours permettant de faire jouer l'exception d'ordre public (Sous-section 2).

Sous-section 1. Une articulation conditionnée par le respect de la hiérarchie des normes et de l'ordre public international

480. La nouvelle règle de conflit de lois propre aux mariages entre personnes de même sexe posée par le législateur, du fait de son ouverture internationale très étendue, se concilie difficilement avec les autres sources de droit international privé français ayant une autorité supérieure. Les dispositions préventives de la circulaire du 29 mai 2013, accompagnant la loi du 17 mai 2013¹⁶³⁷, n'ont pas suffi à régler ces difficultés qui ont finalement été tranchées par la Cour de cassation. Ainsi, après avoir rappelé le respect des engagements internationaux auquel la France est confrontée (Paragraphe 1), il conviendra d'envisager l'adaptation de l'ordre public international français mise en œuvre afin d'y échapper (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le nécessaire respect des engagements internationaux de la France

481. Le droit international privé est marqué par une pluralité de sources - internes, internationales et européennes - qui implique nécessairement une certaine hiérarchie. Le droit international prime dans l'ordonnement juridique français (I) ce qui implique la supériorité des Conventions internationales conclues par la France comme la Convention franco-marocaine en date du 10 août 1981¹⁶³⁸ (II).

I. La primauté du droit international dans l'ordonnement juridique français

482. La particularité du droit international privé réside dans la diversité de ses sources. Pendant longtemps, deux types de sources existaient : les sources internes et les sources internationales. La construction européenne a laissé place à un troisième type de source : les sources européennes. Cette diversité implique nécessairement de s'interroger sur l'articulation entre ces différentes normes et notamment la place de celles internationales dans l'ordre juridique interne (A). Après avoir exposé la hiérarchie des normes, un panorama des conventions bilatérales conclues par la France s'impose (B).

¹⁶³⁷ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁶³⁸ Décr. n° 83-435 du 27 mai 1983 portant publication de la convention entre la république française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, préc.

A. *La place des normes internationales dans l'ordre juridique interne*

483. En vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Ainsi, cette disposition consacre sans nul doute la supériorité des traités internationaux sur le droit interne. De plus, la supériorité des normes de source européenne sur le droit national découle d'une part, de l'article 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958¹⁶³⁹ et d'autre part, du célèbre arrêt *Costa contre Enel*¹⁶⁴⁰ en date du 15 juillet 1964 rendu par la Cour de justice des communautés européennes.

484. L'application du principe de supériorité des traités a posé des difficultés à l'égard des lois postérieures à ces derniers. Dans un premier temps, le Conseil d'État a refusé d'examiner la comptabilité d'une loi postérieure à un traité considérant que cette tâche incombait au Conseil constitutionnel ; celui-ci devant seul assurer le respect de l'article 55 de la Constitution¹⁶⁴¹. Finalement, la chambre mixte de la Cour de cassation à la faveur de l'arrêt *Jacques Vabre*¹⁶⁴² en date du 24 mars 1975 puis, quelques années plus tard, le Conseil d'État lors de l'affaire *Nicolo*¹⁶⁴³ datée du 20 octobre 1989 ont affirmé le principe de la supériorité du traité sur les lois postérieures permettant d'écarter une loi contraire à un traité antérieur.

485. D'ailleurs, le projet de loi élaborant la nouvelle règle de conflit de lois réservait le jeu de l'article 202-1, alinéa 2 dans ces hypothèses. Il était rédigé comme suit : « *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 précision fut abandonnée lors de l'adoption définitive de la loi du 17 mai 2013¹⁶⁴⁴ au profit de la rédaction suivante :

¹⁶³⁹ L'article 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ».

¹⁶⁴⁰ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, Rec. 1141, *RTD eur.* 1984, p. 425, note De Witte.

¹⁶⁴¹ CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, n° 62814, *AJDA* 1969, p. 235, concl. N. Questiaux ; *RGDIP* 1968, p. 1128, note D. Rousseau ; *RTD eur.* 1968, p. 399, note C. Constantinèdès-Megret.

¹⁶⁴² Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, n° 73-13.556, *D.* 1975, p. 497, concl. Touffait ; *AJDA* 1975, p. 567, note Boulouis ; *JDI* 1975, p. 802, note D. Ruzié ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 347, note J. Foyer et D. Holleaux ; *JCP* 1975, II, 18180 bis, concl. Touffait.

¹⁶⁴³ CE, 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 125, concl. Frydman, note P. Lagarde ; *JDI* 1990, p. 5, chron. Dehaussy ; *D.* 1990, p. 135, note Sabourin ; *JCP* 1989, II, 21371, concl. Frydman ; *RGDIP* 1989, p. 1041, concl. Frydman ; *RGDIP* 1990, p. 91, note Boulois ; *RFDA* 1989, p. 812, concl. Frydman, note Genevois.

¹⁶⁴⁴ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

« toutefois, 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 ». Cette modification a été justifiée par le fait qu'elle serait inutile étant donné que la hiérarchie des normes préservait par définition le jeu des conventions internationales, l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne laissant aucun doute quant à la supériorité des normes internationales.

486. La circulaire du 29 mai 2013 s'est également intéressée à l'articulation des conventions internationales conclues par la France avec l'éviction de la loi personnelle prohibitive prévue à l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil. Il est, tout d'abord, rappelé que ladite règle ne peut s'appliquer aux ressortissants de pays avec lesquels la France est liée par des conventions bilatérales prévoyant l'application aux conditions de fond du mariage de la loi personnelle. Il en est déduit qu' « en raison de la hiérarchie des normes, les conventions ayant une valeur supérieure à la loi, elles devront être appliquées dans le cas d'un mariage impliquant un ou deux ressortissant(s) des pays avec lesquels ces conventions ont été conclues. En l'état du droit et de la jurisprudence, la loi personnelle ne pourra être écartée pour les ressortissants de ces pays »¹⁶⁴⁵.

487. Pour autant, au vu du grand nombre de conventions bilatérales conclues par la France prévoyant que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle et malgré les précautions prises en amont, des problèmes d'application du nouvel article 202-1, alinéa 2 du Code civil se sont posés.

B. Le panorama des conventions bilatérales conclues par la France

488. Les conventions bilatérales relatives au statut personnel conclues par la France sont au nombre de onze : la Convention relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille du 5 avril 1967 conclue avec la Pologne¹⁶⁴⁶, la Convention relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire du 10 août 1981 conclue avec le Maroc¹⁶⁴⁷, la convention franco-yougoslave relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille du 18 mai

¹⁶⁴⁵ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 4.

¹⁶⁴⁶ Décr. n° 69-176 du 13 févr. 1969 portant publication de la Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille, préc., art. 4, alinéas 2 et 3.

¹⁶⁴⁷ Décr. n° 83-435 du 27 mai 1983 portant publication de la convention entre la république française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, préc., art. 5.

1971¹⁶⁴⁸ reprise par la Bosnie-Herzégovine¹⁶⁴⁹, le Monténégro¹⁶⁵⁰, la Serbie¹⁶⁵¹, le Kosovo¹⁶⁵² et la Slovénie¹⁶⁵³, les accords entre la France et le Cambodge des 29 août et 9 septembre 1953¹⁶⁵⁴, la convention judiciaire avec Le Laos du 22 octobre 1953¹⁶⁵⁵, la convention judiciaire avec la Tunisie du 9 mars 1957¹⁶⁵⁶ et la conclusion des pourparlers d'Evian du 18 mars 1962 avec l'Algérie.

489. La circulaire du 29 mai 2013, après avoir énoncé l'intégralité de ces conventions, prend soin de préciser que l'officier de l'état civil ne pourra célébrer un mariage impliquant un futur époux ressortissant de l'un de ces États¹⁶⁵⁷. Pour autant, l'interprétation faite de l'article 202-1 du Code civil a été qualifiée de « *bien maladroite* »¹⁶⁵⁸ pour deux raisons. Premièrement, certaines des conventions susvisées ne comportent pas de règles de conflit de lois en matière de mariage. Ainsi, la réserve proposée par la circulaire ne présente aucun intérêt. Deuxièmement, les conventions réservent le jeu de l'exception d'ordre public qui permet alors de s'opposer à l'application d'une loi étrangère interdisant le mariage entre personnes de même sexe en France¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁴⁸ Décr. n° 73-492 du 15 mai 1973 portant publication de la convention entre la république française et le gouvernement de la république socialiste fédérative de Yougoslavie relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille, préc.

¹⁶⁴⁹ Décr. n° 2004-96 du 26 janv. 2004 portant publication de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le conseil des ministres de Bosnie-Herzégovine relatif à la succession en matière de traités bilatéraux conclus entre la France et la République socialiste fédérative de Yougoslavie, *JORF*, n° 6, 31 janv. 2004, p. 2225.

¹⁶⁵⁰ Décr. n° 2012-621 du 2 mai 2012 portant publication de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Monténégro relatif à la succession en matière de traités bilatéraux entre la France et l'Union de Serbie-et-Monténégro, *JORF*, n° 0105, 4 mai 2012, p. 7895.

¹⁶⁵¹ Décr. n° 2003-457 du 16 mai 2003 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Conseil des ministres de Serbie-et-Monténégro relatif à la succession en matière de traités bilatéraux conclus entre la France et la République socialiste fédérative de Yougoslavie, *JORF*, n° 119, 23 mai 2003, p. 8825.

¹⁶⁵² Décr. n° 2013-349 du 24 avr. 2013 portant publication de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Kosovo relatif à la succession en matière de traités bilatéraux entre la France et l'Union de Serbie-et-Monténégro, *JORF*, n° 0098, 26 avr. 2013, p. 7267.

¹⁶⁵³ Décr. n° 96-229 du 15 mars 1996 portant publication de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Slovénie relatif à la succession en matière de traités bilatéraux conclus entre la France et la République socialiste fédérative de Yougoslavie, *JORF*, n° 70, 22 mars 1996, p. 4442.

¹⁶⁵⁴ Décr. n° 59-593 du 22 avr. 1959 portant publication des accords entre la France et le Cambodge des 29 août et 9 septembre 1953, *JORF*, 3 mai 1959, p. 4758.

¹⁶⁵⁵ Décr. n° 59-593 du 22 avr. 1959 portant publication de l'accord entre la France et le Laos, *JORF*, 3 mai 1959, p. 4758.

¹⁶⁵⁶ Décr. n° 58-86 du 1^{er} févr. 1958 portant publication de la convention judiciaire entre la France et la Tunisie, *JORF*, 2 févr. 1958, p. 1158.

¹⁶⁵⁷ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 5.

¹⁶⁵⁸ A. devers, « Formation du mariage », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, op. cit., n° 521.34.

¹⁶⁵⁹ Cf. *infra* n° 492.

490. C'est ainsi que l'articulation de la nouvelle règle de conflit adoptée à l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil avec la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire¹⁶⁶⁰ a nécessité des éclaircissements jurisprudentiels.

II. L'exemple de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981

491. L'application de l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981¹⁶⁶¹, réservant la compétence de la loi nationale aux conditions de fond de formation du mariage, a été mise à mal à l'occasion de la célèbre et attendue affaire relative à un mariage franco-marocain dont la solution a été donnée par la première chambre civile de la Cour de cassation le 28 janvier 2015¹⁶⁶² (A). La portée de cet arrêt mérite d'être envisagée en considération du communiqué l'accompagnant (B).

A. L'illustration au travers de l'arrêt du 28 janvier 2015 de la Cour de cassation

492. Malgré les dispositions de la circulaire, la justice française a autorisé un mariage entre un Français et un Marocain. À la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013¹⁶⁶³ ouvrant le mariage aux couples de même sexe, un couple composé de deux hommes, l'un de nationalité française et l'autre de nationalité marocaine, avait déposé un dossier de mariage à la mairie de leur domicile. Postérieurement à une publication des bans le 13 juillet 2013, la célébration devait avoir lieu le 14 septembre. Néanmoins, le 12 septembre, le Ministère public a formé opposition au mariage en s'appuyant sur la circulaire du 29 mai 2013 et la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire¹⁶⁶⁴ dont l'article 5 prévoit que « *les conditions de fond du mariage [...] sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité* ». Le futur époux marocain serait donc, *a priori*, soumis à la loi marocaine qui ne comporte aucune règle similaire à l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil. Outre le fait que le

¹⁶⁶⁰ Décr. n° 83-435 du 27 mai 1983 portant publication de la convention entre la république française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, préc.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*

¹⁶⁶² Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, préc.

¹⁶⁶³ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁶⁶⁴ Décr. n° 83-435 du 27 mai 1983 portant publication de la convention entre la république française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, préc.

droit marocain ne prévoit pas le mariage entre personnes de même sexe, l'homosexualité est considérée comme un délit puni de trois à six ans d'emprisonnement au Maroc.

L'affaire a été portée devant le tribunal de grande instance de Chambéry qui s'est prononcé le 11 octobre 2013 et a jugé qu' « *en modifiant simultanément le droit matériel applicable au mariage (article 143 nouveau du Code civil) et la règle de conflit de lois applicable au mariage comportant un élément d'extranéité (article 202-1 alinéa 2 du Code civil), la loi du 17 mai 2013 a implicitement mais nécessairement modifié l'ordre public international français, de sorte qu'une discrimination à l'accès au mariage fondée sur le sexe justifie l'éviction de l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981* »¹⁶⁶⁵.

Un appel est interjeté par le Ministère public devant la Cour d'appel de Chambéry qui, par une décision du 22 octobre 2013¹⁶⁶⁶, confirme la main levée de l'opposition en considérant que les « *ressortissants étrangers vivent en France et doivent pouvoir bénéficier de l'accès à des droits légitimes conformes au nouvel ordre public international dans des conditions équivalentes à celles des ressortissants de pays qui n'ont pas conclu de conventions bilatérales et dont les législations ne reconnaissent pas non plus le mariage homosexuel* ». Elle décide alors qu'il convient d'écarter l'application de la convention « *au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international [...], et en conséquence de ne pas reconnaître en l'espèce une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes* ». Madame Amélie Panet décrit cette formule de « *peu orthodoxe* »¹⁶⁶⁷ voulant faire exception à l'article 55 de la Constitution. Il est possible de relever le manque de rigueur de cette solution « *dans la mesure où l'exception d'ordre public ne joue pas directement contre la règle de conflit de lois, mais contre la loi désignée par la règle de conflit* »¹⁶⁶⁸.

Un pourvoi en cassation a été formé par le procureur général près la Cour d'appel de Chambéry et la première chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée par un arrêt de rejet en date du 28 janvier 2015¹⁶⁶⁹. Ne suivant pas l'argumentation de la Cour d'appel de Chambéry, la juridiction suprême étend tout de même aux couples franco-marocains le bénéfice

¹⁶⁶⁵ TGI Chambéry, 11 oct. 2013, n° 13/01631, *D.* 2013, p. 2576, entretien H. Fulchiron ; *D.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2013, p. 720, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2014, p. 89, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2013, 1159, veille A. Devers.

¹⁶⁶⁶ CA Chambéry, 22 oct. 2013, n° 13/02258, *Dr. fam.* 2013, comm. 158, J.-R. Binet ; *JCP G* 2013, 1159, note A. Devers ; *JCP G* 2013, 1233, note F. Boulanger ; *AJ fam.* 2013, p. 720, note A. Boiché ; *D.* 2013, p. 2576, entretien H. Fulchiron ; *D.* 2014, p. 1059, note H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2014, p. 1342, note J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *RTD civ.* 2014, p. 89, note J. Hauser..

¹⁶⁶⁷ A. Panet, « Mariage et conventions bilatérales », *AJ fam.*, 2014, p. 346.

¹⁶⁶⁸ L. Usunier, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *RTD civ.*, 2015, p. 343.

¹⁶⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, préc.

du mariage entre personnes de même sexe en mobilisant l'exception d'ordre public prévue à l'article 4 de la Convention franco-marocaine. Elle énonce que « *la loi de l'un des deux États désignés par la présente 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* ». La loi marocaine prohibant le mariage entre personnes de même sexe, applicable au titre de l'article 5 de la Convention, est ainsi évincée au profit de la loi française permissive, car jugée contraire à l'ordre public international français. Par conséquent, au nom de l'ordre public international français, toute personne ayant son domicile ou sa résidence en France peut contracter un mariage avec une personne de même sexe.

493. La Cour de cassation rectifie l'erreur commise en première instance en utilisant l'exception d'ordre public prévue à l'article 4 de la Convention franco-marocaine. L'utilisation d'un tel correctif est, certes, prévue, mais son usage dans l'affaire étudiée mérite d'être discuté. La portée de cet arrêt est, en revanche, très critiquable en ce que la nouvelle position du droit français en matière de mariage entre personnes de même sexe intègre sans aucun recul l'ordre public international français.

B. La portée de l'arrêt du 28 janvier 2015 de la Cour de cassation

494. La solution adoptée par la première chambre civile de la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt du 28 janvier 2015¹⁶⁷⁰ a été vivement critiquée par la doctrine. Certains ont même pu affirmer que les conventions internationales étaient finalement ramenées au niveau des dispositions de l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil¹⁶⁷¹. En effet, il a été mis en avant le fait que la clause d'ordre public prévue par l'article 4 de la Convention franco-marocaine devait être lue et interprétée selon le préambule de la même Convention insistant sur « *la nécessité de conserver aux personnes les principes fondamentaux de leur identité nationale* »¹⁶⁷². Or, l'arrêt du 28 janvier 2015 semble « *marquer une rupture sans précédent entre les deux systèmes juridiques [français et marocain], accroissant le fossé des civilisations* »¹⁶⁷³. De plus, il a été relevé que peu importe les valeurs défendues par la jurisprudence, « *il n'est pas sûr que la*

¹⁶⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, préc.

¹⁶⁷¹ A. Boiché, « Le droit marocain prohibant le mariage entre deux personnes de même sexe est contraire à l'ordre public international », *AJ fam.*, 2015, p. 172.

¹⁶⁷² P. Puig, « La loi d'ordre public international », *RTD civ.*, 2015, p. 91.

¹⁶⁷³ *Ibid.*

découverte d'un nouvel ordre public international français aussi éloigné des principes du droit marocain et de ceux du droit français à l'époque de la signature de la Convention soit en parfaite conformité avec l'obligation internationale d'exécuter les traités de bonne foi »¹⁶⁷⁴. En effet, « le principe de bonne foi interdit [aux États] d'user de mécanismes correcteurs quand ceux-ci sont susceptibles de priver d'effet le traité »¹⁶⁷⁵.

495. Pour autant, comment justifier que certains Français ne puissent pas se marier en France alors que le mariage entre personnes de même sexe a accédé au rang de droit fondamental ? S'interrogeant sur cette problématique, les auteurs ont insisté sur le « *risque d'une condamnation de la France par la Cour de Strasbourg si la Cour de cassation venait à faire prévaloir la Convention franco-marocaine prohibant le mariage entre personnes de même sexe conformément aux préconisations de la circulaire* »¹⁶⁷⁶.

496. La portée de l'arrêt du 28 janvier 2015 mérite d'être envisagée à l'aune du communiqué de la Cour de cassation accompagnant ledit arrêt. En effet, ce dernier pose deux conditions alternatives permettant d'écarter la loi nationale étrangère, en principe, compétente.

D'une part, il s'agit d'une condition fondée sur l'existence d'un rattachement du futur époux étranger à la France. Quant à cette condition, il est possible d'y déceler une modification à deux égards par rapport à l'article 202-1, alinéa 2. En effet, la proximité s'apprécie en la personne du futur époux étranger et celle-ci doit exister spécifiquement avec la France¹⁶⁷⁷. Or, le texte français permet à un couple mixte impliquant un Français de se marier en France, même si le conjoint étranger n'a aucun lien avec la France. Cela serait, a priori, impossible au conjoint marocain ou à toute autre personne dont l'état de nationalité a conclu une convention bilatérale prévoyant l'application de la loi nationale aux conditions de fond du mariage. En outre, Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron insiste sur le fait que la proximité, en droit international privé, s'évalue eu égard à la situation en cause. Or, « *rajouter une exigence de proximité propre à celui dont la loi nationale est en cause, c'est dénaturer le sens de la proximité* »¹⁶⁷⁸.

D'autre part, l'État avec lequel la convention a été conclue n'autorise, certes, pas le mariage entre personnes de même sexe, mais ne le rejette pas de façon universelle. La formule

¹⁶⁷⁴ P. Puig, « La loi d'ordre public international », art. préc.

¹⁶⁷⁵ M.-L. Niboyet-Hoegy, « La mise en oeuvre du droit international privé conventionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 313 et s.

¹⁶⁷⁶ P. Puig, « La loi d'ordre public international », art. préc.

¹⁶⁷⁷ P. Hammje, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 400.

¹⁶⁷⁸ H. Fulchiron, « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », *D.*, 2015, p. 464.

employée dans le communiqué accompagnant l'arrêt du 28 janvier 2015 a suscité de nombreuses interrogations. Pour certains, cela vise « *les hypothèses où, sans consacrer le mariage homosexuel dans sa loi interne, l'État accepterait soit de le célébrer en application de la loi étrangère désignée selon ses règles de conflit de lois, soit de reconnaître les effets du mariage valablement célébré à l'étranger au regard de ses propres règles de droit international privé* »¹⁶⁷⁹. Cependant, la tâche semble difficile dans la mesure où la question du mariage homosexuel est récente et que celui-ci n'a été autorisé, à ce jour, que dans une minorité d'États.

497. Les communiqués accompagnant les arrêts de la Cour de cassation ont, en principe, une valeur pédagogique ou interprétative ce qui ne les empêche pas de procéder au processus de construction de la normativité¹⁶⁸⁰. Il est certain que ce n'est pas le cas, en l'espèce, au vu des contradictions entre la solution adoptée et les éléments présents dans le Communiqué. Quelle est donc la portée de ces derniers ? En réalité, ils pourraient se lire en complément de l'arrêt. « *Le communiqué contiendrait alors un obiter dictum qui pourrait être mis en œuvre lorsque le ressortissant étranger ne présente aucun lien avec le for* »¹⁶⁸¹, tel n'était pas le cas en l'espèce dans la mesure où le futur époux de nationalité marocaine résidait en France.

498. Il convient de noter que le 29 janvier 2016, la Cour d'appel de Reims a appliqué la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 28 janvier 2015 dans le cadre d'un mariage entre un Serbe et un Français¹⁶⁸². En effet, la Cour d'appel a écarté comme contraire à l'ordre public l'application de la loi serbe, en principe, prévue par la Convention franco-serbe sur le droit de la famille qui a repris, par décret n° 2013-349 du 24 avril 2013¹⁶⁸³, la Convention franco-yougoslave du 18 mai 1971¹⁶⁸⁴.

499. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 28 janvier 2015 a apporté une précision fondamentale quant à la place du mariage entre personnes de

¹⁶⁷⁹ J. Guillaumé et S. Godechot-Patris, « Conflit de lois. – Mariage entre personnes de même sexe. – Convention franco-marocaine. – Ordre public international », *JDI*, n° 2, avr. 2015, comm. 6. V. dans le même sens : H. Fulchiron, « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », art. préc.

¹⁶⁸⁰ P. Deumier, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.*, 2006, p. 510.

¹⁶⁸¹ J. Guillaumé et S. Godechot-Patris, « Conflit de lois. – Mariage entre personnes de même sexe. – Convention franco-marocaine. – Ordre public international », art. préc.

¹⁶⁸² CA Reims, 29 janv. 2016, n° 15/00088, *JCP G* 2016, p. 268, zoom J.-M. Despaquis.

¹⁶⁸³ Décr. n° 2013-349 du 24 avr. 2013 portant publication de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Kosovo relatif à la succession en matière de traités bilatéraux conclus entre la France et l'Union de Serbie-et-Monténégro, préc.

¹⁶⁸⁴ Décr. n° 73-492 du 15 mai 1973 portant publication de la convention entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de la république socialiste fédérative de Yougoslavie relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille, préc.

même sexe au sein des valeurs de l'État français. Ainsi, usant de l'adaptation de l'ordre public international français, ledit mariage a été intégré à son contenu.

Paragraphe 2. L'adaptation de l'ordre public international français

500. La notion d'ordre public international¹⁶⁸⁵ est classiquement caractérisée de notion fonctionnelle en ce que son contenu ne peut être délimité de manière stable. Variable temporellement, le contenu de l'ordre public international est évolutif. Une norme n'étant pas d'ordre public à telle époque peut finalement le devenir dans la mesure où les fondements de notre société évoluent. Plus étonnant encore, la tendance de l'ordre public international peut totalement s'inverser. Une norme contraire à notre ordre public un jour peut devenir partie prenante de ce même ordre public le lendemain. Cet exemple illustre parfaitement la question du mariage entre personnes de même sexe. L'adoption de la loi du 17 mai 2013¹⁶⁸⁶ en droit interne a entraîné la consécration du mariage entre personnes de même sexe au sein de l'ordre public international français à tel point que ce dernier est aujourd'hui considéré comme un droit (I). Les seules considérations de droit interne ne suffisent pas à justifier le caractère variable du contenu de l'ordre public international français, l'influence des instances européennes joue également un rôle dans les modalités d'évolution de ce dernier (II).

I. L'affirmation d'un droit au mariage entre personnes de même sexe

501. L'ordre public international est une notion empreinte de relativité, et ce dans la mesure où plusieurs facteurs interfèrent faisant ainsi varier son contenu et son intervention. À ce titre, le principe d'actualité de l'ordre public international français a eu une importante incidence sur l'intégration du mariage entre personnes de même sexe en son sein (A). Cependant, l'utilisation quasi immédiate dudit principe n'a pas été accueillie de manière favorable par la doctrine qui, par un parallèle avec des solutions voisines en matière de statut personnel, a insisté sur la brutalité de cette modification (B).

A. L'utilisation du principe d'actualité de l'ordre public

502. L'ordre public fait référence à la conception que se fait un ordre juridique des valeurs fondamentales à un moment donné. Ainsi, il a nécessairement un contenu variable susceptible de changer en fonction des évolutions de la politique législative du for. De plus, en

¹⁶⁸⁵ Cf. *supra* n° 277 et s.

¹⁶⁸⁶ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

vertu du principe d'actualité de l'ordre public¹⁶⁸⁷, le juge apprécie la conformité de la norme étrangère à l'ordre public international français au jour où il statue. En effet, il convient de prendre en compte le fait que l'ordre public exprime les valeurs les plus essentielles de l'ordre juridique et que ces valeurs sont susceptibles d'évoluer¹⁶⁸⁸.

503. Certains ont pu écrire que le principe de l'actualité de l'ordre public « *ne doit pas être entendu de façon trop absolue* »¹⁶⁸⁹ puisque « *les principes fondamentaux de notre civilisation ne se renversent pas du jour au lendemain* »¹⁶⁹⁰. Ainsi, ledit principe appliqué au mariage entre personnes de même sexe « *a uniquement pour conséquence de permettre désormais la réception en France de normes étrangères autorisant le mariage homosexuel. Il n'impose nullement, en revanche, à lui seul, d'écarter celles qui continueraient à le prohiber* »¹⁶⁹¹. Pour autant, « *l'exigence d'une différence de sexe, hier droit positif de la France, est désormais contraire à ses valeurs fondamentales. On ne pourrait mieux souligner la variation dans le temps des exigences de l'ordre public* »¹⁶⁹². L'intégration du mariage homosexuel à l'ordre public international français « *peine à convaincre* »¹⁶⁹³ du fait de « *cette mutation aussi brutale que fulgurante de la civilisation* »¹⁶⁹⁴. À ce propos, il convient de rappeler que très peu de temps avant l'adoption de la loi du 17 mai 2013, la Cour de cassation, par un arrêt en date du 7 juin 2012¹⁶⁹⁵, mettait justement en scène l'ordre public international pour s'opposer à l'accueil en France des décisions étrangères autorisant l'adoption au profit de couples homosexuels, lesquelles étaient alors jugées contraires aux principes essentiels du droit français. Antérieurement à la loi du 17 mai 2013¹⁶⁹⁶, la célébration en France d'un mariage entre deux personnes homosexuelles aurait été impossible malgré les dispositions favorables de leur loi nationale. Aujourd'hui, au contraire, c'est l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe posée par la loi normalement applicable aux conditions de validité du mariage qui se trouve écartée.

¹⁶⁸⁷ Cf. *supra* n° 279.

¹⁶⁸⁸ Sur les exemples cités : Cf. *infra* n° 505 et s.

¹⁶⁸⁹ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 155, n° 209.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*

¹⁶⁹¹ L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP G*, n° 12, 23 mars 2015, p. 318.

¹⁶⁹² P. Callé, « Mariage homosexuel et époux de nationalité marocaine », *Deffrénois*, 15 sept. 2015, n° 120, p. 884.

¹⁶⁹³ L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », art. préc.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*

¹⁶⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261, *JCP G* 2012, act. 728, obs. A. Devers ; *JCP G* 2012, p. 857, F. Chénédedé ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 587 et s., note L. Gannagé.

¹⁶⁹⁶ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

504. « *L'incorporation immédiate* [du mariage entre personnes de même sexe] *au sein de l'ordre public international ne va pourtant pas de soi* »¹⁶⁹⁷ comme cela a pu se vérifier avec d'autres principes fondamentaux qui pourtant avaient reçu un accueil favorable et « *dont le caractère essentiel ne souffrait pourtant aucune contestation* »¹⁶⁹⁸.

B. Le parallèle avec des solutions voisines en matière de statut personnel

505. La loi française a parfois consacré certains droits fondamentaux, qui nous semblent aujourd'hui bien plus qu'évidents, au prix d'une longue évolution nécessitant une durée assez importante entre l'adoption de la loi en droit interne et une modification de l'ordre public international. Pourtant des questions telles que le divorce (1) ou l'égalité des filiations (2) n'ont pas entraîné de vives polémiques et manifestations comme cela a pu être le cas avec le mariage entre personnes de même sexe.

1. Le divorce

506. Le législateur français en autorisant le divorce par consentement mutuel à l'occasion de la loi du 11 juillet 1975¹⁶⁹⁹ a nécessairement modifié l'ordre public international français. Pour autant, la solution nouvelle n'a pas été si radicale et a nécessité une évolution progressive.

507. Jusqu'en 1975, la Cour de cassation opposait l'ordre public international aux lois étrangères admettant le divorce par consentement mutuel. En effet, il était considéré que « *les causes de divorces prévues par la loi française constituaient un maximum* »¹⁷⁰⁰ conduisant à opposer l'exception d'ordre public aux lois étrangères plus libérales.

508. Pendant plusieurs années après l'adoption de la loi de 1975, la Cour de cassation a confirmé à plusieurs reprises¹⁷⁰¹ la solution issue du célèbre arrêt *Patino*¹⁷⁰² en date du 15 mai 1963. Ainsi, la loi étrangère interdisant le divorce n'était contraire à l'ordre public international que si elle interdisait tout relâchement du lien conjugal. Ce n'est que par un arrêt en date du

¹⁶⁹⁷ L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », art. préc.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹⁹ L. n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF*, n° 0161, 12 juill. 1975, p. 7171.

¹⁷⁰⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 367, n° 384.

¹⁷⁰¹ V. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 1977, *JDI* 1978, p. 587, note D. Alexandre ; *Rev. crit. DIP* 1979, p. 385, note Y. Loussouarn ; Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1979, n° 78-12.956, *JDI* 1980, p. 310, note B. Audit ; *D.* 1980, inf. rap. p. 333, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1980, p. 91, note H. Gaudemet-Tallon.

¹⁷⁰² Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1963, *Patino*, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 532, note P. Lagarde ; *JDI* 1963, p. 1016, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1963. II. 13365, note H. Motulsky ; *GADIP*, n° 38.

1^{er} avril 1981¹⁷⁰³ que la Cour de cassation s'intéresse aux « *conséquences des limites du système conflictuel qu'elle avait mis en place en 1975 et qui conduisait à mieux traiter les étrangers domiciliés en France qu'un Français résidant en France mais marié à un étranger résidant à l'étranger* »¹⁷⁰⁴. Ainsi, elle opère un revirement de jurisprudence fondée sur la proximité avec le territoire français. Elle estime que la loi espagnole interdisant le divorce contraire à l'ordre public international français dans la mesure où l'épouse en cause était de nationalité française et résidait en France.

509. Il aura finalement fallu attendre l'entrée en vigueur du règlement du 20 décembre 2010 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps¹⁷⁰⁵ pour qu'une loi étrangère prohibant le divorce puisse en tant que telle être considérée comme contraire à l'ordre public indépendamment des liens de proximité avec la France. Ce texte prévoit en son article 10 que « *lorsque la loi applicable [...] ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique* ». Ainsi, un véritable droit au divorce est consacré, car l'ordre public international viendra s'opposer à une loi étrangère n'accordant pas ce droit. La loi restrictive sera écartée au profit de la loi du for. Or, l'ensemble des États participants reconnaissent le divorce dans leur législation nationale.

510. De même, l'évolution en matière de filiation dans la législation française a mis en jeu la question de l'actualité de l'ordre public international français.

2. *L'égalité des filiations*

511. La loi du 3 janvier 1972¹⁷⁰⁶ consacrant le principe d'égalité des filiations n'a pas modifié de manière aussi radicale l'ordre public international français que la loi du 17 mai 2013¹⁷⁰⁷ consacrant le mariage entre personnes de même sexe. En effet, il aurait été possible de penser que lorsqu'une loi étrangère excluant l'établissement de la filiation naturelle est compétente selon l'article 311-14 du Code civil, elle serait évincée pour contrariété à l'ordre public international puisque « *le droit français traite désormais les enfants naturels avec une*

¹⁷⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} avr. 1981, *De Itturalde di Pedro*, n° 79-13.959, *JDI* 1981, p. 812, note D. Alexandre ; *D.* 1982, inf. rap. p. 69, obs. B. Audit ; *Deffrénois* 1982, art. 32832, p. 353, note J. Massip.

¹⁷⁰⁴ J. Guillaumé et S. Godechot-Patris, « Conflit de lois. – Mariage entre personnes de même sexe. – Convention franco-marocaine. – Ordre public international », art. préc.

¹⁷⁰⁵ 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, JO L 343/10 du 29 déc. 2010.

¹⁷⁰⁶ L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF*, n° 0003, 5 janv. 1972, p. 145.

¹⁷⁰⁷ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

*faveur croissante qui correspond à un véritable "droit à la filiation" »¹⁷⁰⁸. Pour autant, la jurisprudence n'a pas adopté cette position. En effet, en 1988, la Cour de cassation a décidé que « les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires »¹⁷⁰⁹. Ce n'est qu'en 1993 que la même Cour a opéré un revirement de jurisprudence, qui plus est uniquement partiel, sous condition de proximité avec le *for* en considérant que « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation »¹⁷¹⁰.*

512. Le mouvement amorcé par la loi du 3 janvier 1972 s'est poursuivi avec l'ordonnance du 4 juillet 2005¹⁷¹¹ portant réforme de la filiation et supprimant la distinction entre enfants légitimes et enfants naturels. Néanmoins, cette réforme n'a en rien changé la solution adoptée par la Cour de cassation qui a considéré, dans un arrêt en date du 10 mai 2006¹⁷¹², comme conforme à l'ordre public international français la loi algérienne interdisant la recherche judiciaire de paternité naturelle dans le cas où l'enfant n'aurait ni résidence habituelle en France, ni nationalité française. Ainsi, la Cour de cassation ne semble pas promouvoir le principe d'égalité des filiations au sein de l'ordre public international français indépendamment de tout lien de proximité avec la France.

513. À l'occasion d'un arrêt en date du 26 octobre 2011¹⁷¹³, la Cour de cassation a semblé abandonner la condition de proximité avec le *for*. Elle considère que la loi ivoirienne qui prive l'enfant d'établir sa filiation paternelle est contraire à l'ordre public international français, et ce sans évoquer la proximité que la situation présente avec le territoire français comme elle s'efforçait de la faire dans les affaires précédentes.

¹⁷⁰⁸ T. Azzi, « Précisions sur l'ordre public de proximité », *JCP G*, n° 41, 11 oct. 2006, II, 10165.

¹⁷⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1988, n° 87-11.568, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 495, note J. Foyer ; *JDI* 1989, p. 703, note F. Monéger ; *Deffrénois* 1989, art. 34464, n° 5, obs. J. Massip.

¹⁷¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1993, *Latouz*, n° 89-21.997, *JCP G* 1993, I, 3688, obs. H. Fulchiron ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 620, note J. Foyer ; *JDI* 1994, p. 126, note I. Barrière-Brousse ; *D.* 1994, p. 66, note J. Massip ; *D.* 1994, somm. p. 32, obs. E. Kerckhove.

¹⁷¹¹ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF*, n° 156, 6 juill. 2005, p. 11159, texte n° 19.

¹⁷¹² Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2006, n° 05-10.299, *JDI* 2007, p. 531, note J.-M. Jacquet ; *D.* 2006, p. 2890, note G. Kessler et G. Salame ; *D.* 2007, pan. 1752, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *JCP* 2006, II, 10165, note T. Azzi *Dr. fam.* 2006, p. 177, comm. M. Farge. V. dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 25 avr. 2007, n° 06-13.284, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 82, note P. Lagarde.

¹⁷¹³ Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369, *JDI* n° 1, janv. 2012, p. 4, note J. Guillaumé ; *AJ fam.* 2012, p. 50, obs. E. Viganotti ; *D.* 2012, p. 128, note H. Gaudemet-Tallon.

514. Il ressort de cette analyse, un long cheminement, plus de vingt ans, avant que la jurisprudence française intègre les réformes quant à l'égalité de la filiation à l'ordre public international français sans avoir la certitude d'ailleurs que celui-ci n'est pas encore limité par une exigence de proximité avec le *for*. Cette comparaison explique et justifie les vives critiques quant au mariage entre personnes de même sexe. Comment expliquer qu'un interdit devienne un principe essentiel du droit français immédiatement alors que dans d'autres domaines du droit de la famille semble-t-il, au moins aussi important, une certaine maturation a été nécessaire avant de pouvoir atteindre ce rang ? Le caractère évolutif du contenu de l'ordre public international se retrouve également au travers du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'Homme sur ce dernier.

II. Les modalités d'évolution de l'ordre public international

515. Il est normal que l'ordre public international évolue dans le sens des réformes législatives en droit interne, mais ce n'est pas le seul facteur ayant une influence sur son contenu. En effet, la Convention européenne des droits de l'Homme et *a fortiori* la Cour en appliquant les dispositions qu'elle protège ont également une influence sur le contenu de l'ordre public international des États contractants (A). Si l'ordre public international a nécessairement vocation à être modifié, cela est-il toujours opportun (B) ?

A. L'influence de la CEDH sur le contenu de l'ordre public

516. La Convention européenne des droits de l'Homme a nécessairement une influence sur le contenu de l'ordre public international de ses États contractants dans la mesure où elle consacre des droits fondamentaux de nature à y être intégrés. La Cour européenne des droits de l'Homme, en vertu de la hiérarchie des normes, exerce un contrôle sur la mise en œuvre de l'exception d'ordre public par les États contractants. Ainsi, « *les États perdent progressivement leur souveraineté dans la gestion des rapports privés internationaux* »¹⁷¹⁴.

517. Pour autant, la Cour européenne n'a jamais condamné un État contractant sur le seul fait de ne pas ouvrir le mariage aux personnes de même sexe¹⁷¹⁵. L'ordre public international français est « *le fruit d'une évolution politique législative interne qui n'a pas forcément à être calquée sur les droits reconnus ou consacrés à Strasbourg* »¹⁷¹⁶. Ainsi, rien

¹⁷¹⁴ J. Guillaumé, « Ordre public international. - Notion d'ordre public international », préc., n° 89.

¹⁷¹⁵ Cf. *supra* n° 150 et s.

¹⁷¹⁶ A. Boiché, « Le droit marocain prohibant le mariage entre deux personnes de même sexe est contraire à l'ordre public international », art. préc.

n'obligeait la France à intégrer d'une manière assez brutale cette nouvelle possibilité au sein des valeurs fondamentales du for.

518. Néanmoins, si la Cour de cassation à l'occasion de son arrêt du 28 janvier 2015¹⁷¹⁷ n'avait pas autorisé l'union entre personnes de même sexe au seul motif que l'un des futurs époux était de nationalité marocaine, il est possible de penser que la Cour européenne n'aurait pas accueilli cette solution avec faveur. En effet, il aurait « *été difficile de lui faire admettre que certains Français ne puissent se marier en France en raison de la nationalité de leur conjoint, alors que le droit français a fait le choix d'ouvrir le mariage à tous, qu'il a donné à ce choix le plus large rayonnement international possible et que le jeu de l'ordre public, qui fonde les règles dérogatoires édictées par le législateur français à l'article 202-1, alinéa 2, du Code civil, aurait permis d'éviter une telle différence de traitement* »¹⁷¹⁸. En réalité, la question ne concernerait pas comme classiquement une discrimination entre mariages hétérosexuels et homosexuels, mais serait fondée sur une discrimination entre couples de même sexe eu égard à la nationalité des intéressés. Une solution différente adoptée par la Cour de cassation se serait probablement vu attirer les « *foudres de la Cour européenne* »¹⁷¹⁹.

519. En réalité, la conception de l'ordre public international ou plus précisément sa définition ont évolué. L'étude de ce changement est peut-être apte à apporter des précisions sur l'opportunité de la modification du contenu de l'ordre public international français à l'occasion de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe.

B. L'opportunité de la modification du contenu de l'ordre public

520. Le célèbre arrêt *Lautour*¹⁷²⁰ en date du 25 mai 1948 définit l'ordre public comme étant les « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme douée de valeur internationale absolue* ». Plus récemment, l'ordre public a été entendu comme comprenant « *les principes essentiels du droit français* »¹⁷²¹. L'une des conceptions n'efface pas l'autre¹⁷²², ainsi, l'ordre public international français est « *composé à la fois de principes largement partagés et de principes davantage puisés dans notre ordre interne, défendus par le législateur français de manière certes non isolée mais qui ne s'imposent pas largement hors de*

¹⁷¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, préc.

¹⁷¹⁸ H. Fulchiron, « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », art. préc.

¹⁷¹⁹ J. Guillaumé et S. Godechot-Patris, « Conflit de lois. – Mariage entre personnes de même sexe. – Convention franco-marocaine. – Ordre public international », art. préc.

¹⁷²⁰ Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*, préc.

¹⁷²¹ Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21.740, préc.

¹⁷²² Cf. *supra* n° 278.

nos frontières »¹⁷²³. Or, il était possible de douter du fait que le mariage entre personnes de même sexe soit considéré comme l'une des valeurs fondamentales de l'ordre juridique français en un temps si restreint alors que la loi le consacrant a été « *adoptée aux termes de débats particulièrement passionnés et que le droit qu'elle consacre est, à l'évidence, loin d'être universellement reconnu* »¹⁷²⁴.

521. Il suffit de se souvenir qu'en 2012, la Cour de cassation mettait en avant l'ordre public international pour s'opposer à l'accueil en France des décisions étrangères autorisant l'adoption au profit de couples homosexuels, lesquelles étaient alors jugées contraires aux principes essentiels du droit français¹⁷²⁵. Une grande partie de la doctrine s'est désolée de ce changement si brutal à tel point que Madame le Professeur Léna Gannagé a pu parler de « *travestissement inopiné de l'ordre public international* »¹⁷²⁶. La majorité de la doctrine insiste sur le climat dans lequel la loi du 17 mai 2013¹⁷²⁷ est entrée en vigueur en France pour justifier leur surprise quant à l'intégration immédiate de la possibilité de conclure un mariage entre personnes de même au sein de l'ordre public international français. En effet, « *la discussion et le vote [de cette réforme] ont provoqué certaines des manifestations de rue les plus importantes vues en France* »¹⁷²⁸ à tel point que cela a profondément « *divisé la société française* »¹⁷²⁹. Comment considérer alors que le mariage homosexuel soit inclus au sein des principes essentiels du droit français écartant alors toute loi étrangère n'allant pas dans le même sens en un temps si réduit ? Il semble correct que ce mariage rejoigne l'ordre public international français, mais un laps de temps aurait certainement été nécessaire, « *une fois les esprits apaisés* »¹⁷³⁰. Il aurait été opportun de respecter la tradition, soit « *l'idée que l'ordre public international tire sa légitimité d'un certain enracinement des principes dans l'ordre juridique du for* »¹⁷³¹. En effet, il est légitime « *de défendre certaines valeurs essentielles du for mais aussi de cantonner cette défense à des valeurs qui sont susceptibles d'opérer un consensus minimal dans la société internationale, particulièrement auprès des États non-occidentaux* »

¹⁷²³ S. Sana-Chaillé de Néré « Le concept d'ordre public et ses mutations », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2015, dossier 45, spéc. n° 5.

¹⁷²⁴ L. Usunier, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », art. préc.

¹⁷²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261, préc.

¹⁷²⁶ L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », art. préc.

¹⁷²⁷ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁷²⁸ T. Vignal, « Conflit de lois. - Mariage entre personnes de même sexe. - Convention franco-marocaine. - Ordre public international », *JDI*, n° 2, avr. 2015, comm. 7.

¹⁷²⁹ *Ibid.*

¹⁷³⁰ *Ibid.*

¹⁷³¹ J. Guillaumé et S. Godechot-Patris, « Conflit de lois. - Mariage entre personnes de même sexe. - Convention franco-marocaine. - Ordre public international », art. préc.

afin d' « éviter, autant que faire se peut, d'exacerber les tensions entre les ordres juridiques de traditions différentes »¹⁷³².

522. Les avis sont partagés quant à l'opportunité de l'intégration du mariage entre personnes de même sexe au sein de l'ordre public international français quasiment au lendemain de la promulgation de la loi l'autorisant. Pour autant, la solution de la Cour de cassation était attendue au vu de l'important libéralisme dont le législateur a fait preuve en adoptant ces dispositions de droit international privé. Partie intégrante de l'ordre public international français, il convient alors justement de s'intéresser à la mise en œuvre par les juridictions nationales de l'exception d'ordre public.

Sous-section 2. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public international

523. La mise en œuvre de l'ordre public international implique la confrontation de la norme étrangère litigieuse aux valeurs fondamentales du for par le juge. Le mécanisme de l'ordre public de proximité conditionne, traditionnellement, le déclenchement de l'exception d'ordre public à l'existence d'un lien de rattachement - nationalité, domicile ou résidence - entre la situation et l'ordre juridique du for (I). Cependant, tant le législateur français, que la première chambre civile de la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt du 28 janvier 2015¹⁷³³, ont semblé semer le trouble quant à l'utilisation de ce mécanisme classique de droit international privé en dégageant une possible proximité avec un ordre juridique étranger (II).

Paragraphe 1. La rupture avec l'ordre public de proximité classique

524. L'ordre public de proximité fait dépendre la contrariété à l'ordre public de la loi étrangère du degré d'intensité des liens unissant la situation à l'ordre juridique du for. La technique n'est pas nouvelle « *en droit de la famille, où elle permet de moduler l'intensité de l'intervention de l'ordre public dans une matière où la tentation de l'intolérance est forte et les "conflits de civilisations" nombreux* »¹⁷³⁴. Néanmoins, si la proximité traditionnelle avec l'ordre juridique du for a été utilisée (I), une originale proximité avec un ordre juridique étranger autorisant - comme le droit du for - le mariage entre personnes de même sexe peut tout autant permettre de déclencher l'exception d'ordre public (II).

¹⁷³² M. Farge, « L'universalité des droits de l'Homme au prisme du droit international privé des personnes et de la famille », in *Le droit des libertés en question(s) - Colloque des 5 ans de la RDLF, RDLF, 2017*, chron. n° 29.

¹⁷³³ Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, préc.

¹⁷³⁴ L. Usunier, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », art. préc.

I. La traditionnelle proximité avec l'ordre juridique du for

525. Dès la fin du XX^{ème} siècle, « la Cour de cassation a [...] commencé à considérer que, sur certaines questions, l'ordre public était susceptible de s'effacer, non en considération du respect des droits acquis à l'étranger [...], mais en fonction du rattachement plus ou moins important avec la situation du for »¹⁷³⁵. L'ordre public de proximité implique d'intégrer dans les paramètres d'intervention de l'exception « un ensemble de circonstances, appréciées au cas par cas, qui contribuent à rattacher au territoire du for une situation normalement régie par une loi étrangère et à révéler ainsi l'atteinte à l'ordre public du for provoquée par l'application de cette loi étrangère »¹⁷³⁶. La théorie de l'ordre public de proximité est fondée sur le fait que la reconnaissance de certains effets d'une situation créée à l'étranger doit s'accompagner de l'analyse de l'intensité des liens de la situation juridique en cause avec l'ordre juridique du for. Autrement dit, « la perturbation de l'ordre juridique du for [...] est fonction de l'intensité des liens de la situation particulière avec lui »¹⁷³⁷. L'intervention de l'exception de l'ordre public international est alors conditionnée par le concept de « *Binnenbeziehung* » du droit suisse et de « *Inlandsbeziehung* » du droit allemand. L'atteinte à l'ordre public international est de moindre intensité, voire inexistante, si la situation juridique en cause ne présente que des liens de faible importance avec l'État du for au moment de sa création ou avec celui de la production de ses effets¹⁷³⁸.

526. Afin de réduire les incertitudes engendrées par la notion d'ordre public de proximité¹⁷³⁹, certains législateurs étrangers utilisent des clauses spéciales d'ordre public. Ces dernières se caractérisent par deux éléments : « d'une part, le seuil de tolérance de l'ordre juridique du for à la loi étrangère, c'est-à-dire le contenu de l'ordre public du for, d'autre part, le lien requis avec le for pour provoquer l'éviction de la loi étrangère, en d'autres termes l'*Inlandsbeziehung* »¹⁷⁴⁰. Autrement dit, lesdites clauses indiquent « le résultat à éviter et les conditions de rattachement à l'ordre juridique de référence nécessaires à l'éviction de la loi étrangère »¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 382, n° 402.

¹⁷³⁶ P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », in *Mél. F. Rigaux*, Bruylant, 1993, Bruxelles, p. 263 et s., spéc. p. 263.

¹⁷³⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 336, n° 374.

¹⁷³⁸ N. Watté, « Chronique de jurisprudence belge (1995-2010) », *JDI*, 2011, chron. 9, spéc. n° 10.

¹⁷³⁹ V. notamment : K. Bihannac, *Repenser l'ordre public de proximité. D'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2017.

¹⁷⁴⁰ P. Lagarde, « Ordre public », préc., n° 27.

¹⁷⁴¹ J. Guillaumé, « Ordre public international. - Notion d'ordre public international », préc., n° 85.

Si le législateur français n'a pas utilisé cette technique, elle pourrait pourtant se révéler utile. Il est à noter que des hésitations doctrinales existent quant à la qualification de l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil qui dispose que « *l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France* ». En effet, certains y voient une clause spéciale d'ordre public étant donné que « *le résultat auquel elle aboutit est identique à celui qui serait atteint par le jeu de l'ordre public de proximité* »¹⁷⁴².

À titre d'exemple, l'article 46 de la loi belge de droit international est analysé comme une clause spéciale d'ordre public. Cet article prévoit que les conditions de fond du mariage sont régies par la loi nationale des époux ; toutefois, la loi *nationale* « *est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage* ». Il est acquis que le législateur français s'est largement inspiré de cette disposition malgré une formulation maladroite. Ainsi, il est possible de penser que l'innovation existe et que pour la première fois, le législateur français a utilisé la technique des clauses spéciales d'ordre public en adoptant l'article 202-1 du Code civil. Ladite clause a pour avantage d'assurer « *une prévisibilité des solutions en définissant à la fois le contenu de l'ordre public et le lien requis avec le for pour écarter la norme étrangère* »¹⁷⁴³.

527. Si traditionnellement la proximité se caractérise par la nationalité ou le domicile, la volonté de faciliter la célébration du mariage homosexuel a conduit tant le législateur que la jurisprudence à assouplir les liens traditionnels. Ainsi, s'y ajoute la proximité fondée sur la résidence, qui plus est celle-ci n'a nul besoin d'être habituelle. Le législateur français est allé plus loin, innovation quant à la nature de règle adoptée, mais également quant aux liens de proximité retenus avec le territoire, il n'est pas nécessaire que l'ordre juridique de proximité permettant de faire jouer l'ordre public international français soit celui du for.

II. L'originale proximité avec un ordre juridique étranger

528. Les termes de l'arrêt du 28 janvier 2015¹⁷⁴⁴, fondés sur les dispositions prévues par l'article 202-1 du Code civil, indiquent que l'ordre public international a vocation à intervenir même en l'absence de liens avec la France, à partir du moment où la condition de rattachement

¹⁷⁴² J. Guillaumé, « Ordre public international. - Notion d'ordre public international », préc., n° 85. V. aussi : B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 620.

¹⁷⁴³ J. Guillaumé et S. Godechot-Patris, « Conflit de lois. – Mariage entre personnes de même sexe. – Convention franco-marocaine. – Ordre public international », art. préc.

¹⁷⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, préc.

- nationalité, domicile ou résidence - est satisfaite à l'égard d'un État étranger dont la loi autorise le mariage homosexuel. Cette technique est « *inédite et méthodologiquement déstabilisante* »¹⁷⁴⁵ étant donné que les exigences d'un ordre juridique étranger ne sont pas supposées intervenir lorsque le juge français doit décider de déclencher ou non l'exception d'ordre public international. Effectivement, l'exception d'ordre public étant destinée à protéger l'ordre juridique français, le juge peut rejeter une norme étrangère seulement au regard des exigences de l'ordre juridique du for. Autrement dit, en principe, « *c'est par rapport aux exigences de son ordre juridique et non de celles d'un ordre juridique étranger que le juge peut décider l'éviction de la loi applicable* »¹⁷⁴⁶.

529. Ainsi, utiliser le mécanisme de l'ordre public de proximité par référence à un ordre juridique étranger apparaît critiquable. S'il s'agit certainement « *d'attacher des conséquences à une communauté de valeurs constatée avec un ordre juridique avec lequel la situation a des liens* »¹⁷⁴⁷, Messieurs les Professeurs Sylvain Bollée et Bernard Haftel relèvent tout de même le caractère « *des plus douteux d'une telle approche* »¹⁷⁴⁸. En effet, selon leurs propos, « *il serait paradoxal que les vues de la loi étrangère désignée par la règle de conflit s'effacent devant celle d'une autre loi qui a priori n'a aucune raison particulière de s'appliquer* »¹⁷⁴⁹.

530. Certains ont utilisé l'effet réflexe de l'ordre public¹⁷⁵⁰ afin de justifier les dispositions prises par le législateur français et la solution adoptée par la Cour de cassation. Si l'exception d'ordre public international ne protège, en principe, que les valeurs de l'ordre juridique du for, l'effet réflexe de l'ordre public intervient « *lorsque les valeurs d'un système juridique étranger sont similaires à celles du for* »¹⁷⁵¹. L'ordre public étranger est alors pris en compte « *spécialement quand cet effet "réflexe" de l'ordre public aboutit à valider une situation juridique* »¹⁷⁵². Ainsi, ce raisonnement pourrait expliquer les dispositions prises par le législateur français à l'égard du mariage entre personnes de même sexe¹⁷⁵³. Or, cette appréciation ne semble pas convaincre à tous les niveaux. L'admission de l'effet réflexe de l'ordre public divise la doctrine, mais cette intervention intéresse, en principe, les hypothèses

¹⁷⁴⁵ L. Usunier, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », art. préc.

¹⁷⁴⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 589, n° 366.

¹⁷⁴⁷ S. Bollée et B. Haftel, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *Rev. crit DIP*, 2015, p. 400.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*

¹⁷⁵⁰ V. sur cette notion : Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 381 et s., n°s 400 et s.

¹⁷⁵¹ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 293, n° 392.

¹⁷⁵² *Ibid.*

¹⁷⁵³ V. en ce sens : M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 293, n° 392.

où la situation est déjà acquise à l'étranger¹⁷⁵⁴. À titre d'exemple, deux Polonais dont la loi nationale commune interdit le mariage entre personnes de religion différente et n'appartenant pas à la même confession se sont mariés en Belgique. Pour ce faire, les autorités belges ont substitué à la loi polonaise, normalement compétente, la loi belge, car elles ont jugé la première incompatible avec l'ordre public international belge. Ultérieurement, les époux s'installent en France. Ledit mariage doit-il être considéré comme valable en France ? Si une partie de la doctrine considère que l'ordre public étranger ne doit jamais être pris en compte et permettre qu'une situation puisse produire des effets sur notre territoire alors qu'elle n'a pas été constituée en conformité avec la loi normalement compétente en vertu de la règle de conflit de lois française¹⁷⁵⁵, certains auteurs adoptent une position différente. Ces derniers estiment que lorsque l'ordre public étranger et l'ordre public français sont concordants, la solution se doit d'être moins stricte permettant alors à la situation acquise à l'étranger de produire des effets en France¹⁷⁵⁶.

Contrairement à cette hypothèse, à propos du mariage entre personnes de même sexe, il ne s'agit pas de savoir si une situation déjà acquise à l'étranger est susceptible de produire des effets en France, mais de permettre la création d'une situation en France. En outre, les termes de l'article 202-1 du Code civil confortés par la solution de la Cour de cassation issue de l'arrêt du 28 janvier 2015¹⁷⁵⁷ évoquent seulement le fait que la loi étrangère de nationalité, domicile ou résidence autorise le mariage homosexuel. Il n'est pas imposé que l'ouverture d'une telle union soit comprise dans l'ordre public de l'État étranger en cause. Ainsi, pour ces deux raisons, la prise en compte des dispositions libérales de droit étranger ne semble pas justifiable par la théorie de l'effet réflexe de l'ordre public.

531. Il est certain que le législateur s'est montré original et innovant quant aux conditions de mise en œuvre de l'ordre public international, en est-il de même concernant ses effets ?

¹⁷⁵⁴ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 27.

¹⁷⁵⁵ P. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, n° 287.

¹⁷⁵⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 381, n° 401.

¹⁷⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, préc.

Paragraphe 2. Les effets de l'exception d'ordre public

532. La conséquence de l'éviction de la loi étrangère contraire à l'ordre public international français implique nécessairement sa substitution. Ainsi, cette dernière se fera au profit de la loi plus libérale (I), mais sera limitée à la seule disposition prohibitive (II).

I. Une substitution en faveur de la loi plus libérale

533. À côté de l'effet négatif de l'ordre public, soit l'éviction de la loi étrangère normalement compétente, se trouve son effet positif¹⁷⁵⁸. En effet, la seule exclusion de la loi en cause ne suffit pas, le juge se doit de rechercher une loi de remplacement à substituer à la loi étrangère. En France, le juge applique sa propre loi. En effet, la jurisprudence a très tôt admis qu'il y a « *substitution de la loi française à la loi normalement compétente* »¹⁷⁵⁹. Cette solution se justifie aisément en tenant compte de deux raisons principales : l'une logique et l'autre pratique. D'une part, « *la loi étrangère est évincée parce que son application, du fait précisément des liens de la situation avec le territoire du for, porterait atteinte à des principes jugés essentiels dans l'ordre juridique du for* »¹⁷⁶⁰. D'autre part, « *il est plus simple [...] de combler la lacune résultant de l'éviction de la disposition étrangère par la disposition correspondante de la loi du for plutôt que [...] par une disposition de la loi évincée, qui, par hypothèse, ne sera pas celle que le droit étranger voulait appliquer à l'espèce* »¹⁷⁶¹.

534. Dans le même ordre d'idée, raison supplémentaire qui laisse penser que cette disposition revêt en réalité la qualification d'exception d'ordre public¹⁷⁶², l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil entraîne l'éviction de la loi étrangère normalement applicable qui prohibe le mariage entre personnes de même sexe dès lors que la situation présente des liens - nationalité, domicile ou encore résidence - avec un système qui admet l'union entre personnes de même sexe. La substitution de la loi libérale à la loi étrangère prohibitive est certaine quant à la loi française, mais en est-il de même pour une loi étrangère présentant les mêmes caractères de proximité que ceux exigés en droit français ? Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron souligne que l'innovation serait considérable étant donné qu'elle reviendrait à appliquer à une question de statut personnel la loi du domicile ou de résidence de l'un des époux en vertu d'une

¹⁷⁵⁸ Cf. *supra* n° 280.

¹⁷⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1963, *Patino*, préc.

¹⁷⁶⁰ P. Lagarde, « *Ordre public* », préc., n° 68.

¹⁷⁶¹ *Ibid.*

¹⁷⁶² Cf. *supra* n° 420 et s.

sorte d' « *ordre public partagé* »¹⁷⁶³. Il souligne qu'il ne semble pas que ce soit le vœu du législateur français justifiant cette analyse sur le fait que même si la loi française et la loi étrangère partagent des valeurs identiques, il paraît difficile de justifier à quel titre la loi étrangère trouverait à s'appliquer¹⁷⁶⁴.

535. La substitution se doit d'être limitée à la seule disposition prohibitive, soit la différence de sexes. L'application de la loi nationale quant aux autres conditions de fond de formation de l'union se doit d'être respectée.

II. Une substitution limitée à la disposition prohibitive

536. Les effets de l'exception d'ordre public doivent être strictement limités aux dispositions heurtant l'ordre public international français, « *au strict nécessaire* »¹⁷⁶⁵. En effet, ce mécanisme a pour conséquence « *le rejet d'une disposition particulière du droit étranger et non celui du droit étranger considéré dans son ensemble* »¹⁷⁶⁶. En pratique, l'exception d'ordre public ne doit produire effet, neutraliser et éliminer la loi étrangère dans la seule mesure nécessaire à la défense des impératifs français¹⁷⁶⁷.

537. Une partie minoritaire de la doctrine estime « *qu'à partir du moment où une disposition quelconque de la loi étrangère applicable au litige heurte notre ordre public, il est préférable de soumettre l'ensemble du litige à la loi française* »¹⁷⁶⁸. La jurisprudence française a initialement adopté une intervention limitée de l'effet de substitution à la faveur de l'arrêt *Fayeulle*¹⁷⁶⁹. Ainsi, en matière de filiation, la Cour de cassation a considéré que « *la loi allemande de l'époque n'était contraire à l'ordre public français qu'en ce qui concerne l'admissibilité des modes de preuve, en sorte que la substitution de la loi française devait être limitée à cette question, sans s'étendre aux effets de la filiation* »¹⁷⁷⁰. Elle a, ultérieurement, étendu la substitution de la loi française à la loi étrangère aux matières qui semblaient indissolublement liées à celles pour lesquelles l'éviction était nécessaire dans la célèbre affaire *Patino*¹⁷⁷¹. En l'espèce, la Cour de cassation a approuvé le prononcé de la séparation de corps

¹⁷⁶³ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 43.

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*

¹⁷⁶⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 593, n° 368.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

¹⁷⁶⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 373, n° 392.

¹⁷⁶⁸ *Ibid.*

¹⁷⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 1943, *Fayeulle*, *Rev. crit. DIP* 1926, p. 271 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1964, *JCP* 1965, II, 13978, concl. Lindon ; *Réc. gén. lois*, 1965, n° 311, obs. G. Droz.

¹⁷⁷⁰ P. Lagarde, « Ordre public », préc., n° 69.

¹⁷⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1963, *Patino*, préc.

entre les époux boliviens en vertu de la loi française substituée au nom de l'ordre public à leur loi nationale commune qui ne permettait pas le divorce et ignorait la séparation de corps. Mais, elle a également approuvé la cour d'appel d'avoir considéré « *que pareille décision entraînait légitimement, par un corollaire nécessaire, le règlement des intérêts patrimoniaux des époux* » dans la mesure où la loi bolivienne, également applicable au régime matrimonial, ne prévoyait pas sa liquidation à la séparation de corps qu'elle ignore. L'extension de la substitution de la *lex fori* à la loi étrangère à « *des mesures qui apparaissant [...] comme le corollaire nécessaire de celles visées par l'exception d'ordre public* »¹⁷⁷² se justifie dans la mesure où une certaine cohérence est indispensable. Néanmoins, cette substitution totale se doit de rester ponctuelle afin de ne pas fausser le mécanisme conflictuel propre au droit international privé.

538. En définitive, l'éviction de la loi étrangère et *a fortiori* sa substitution ne doivent concerner que la question de la différence de sexes dans le nombre important de conditions de fond de formation du mariage. Pour ces dernières, la loi étrangère se doit de rester applicable dans ses autres dispositions.

¹⁷⁷² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 375, n° 393.

CHAPITRE II : LA RECONNAISSANCE ACCRUE DES MARIAGES ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE

539. Le premier État ayant ouvert le mariage au profit des couples de même sexe est les Pays-Bas en 2001¹⁷⁷³. Par la suite, et jusqu'à l'ouverture du même mariage en France, d'autres législations étrangères ont fait de même. Ainsi, cette situation a conduit à la célébration de plusieurs mariages homosexuels à l'étranger concernant des couples impliquant des Français et des étrangers alors que leur loi nationale ne reconnaissait pas une telle possibilité. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013¹⁷⁷⁴, la question de la reconnaissance en France de telles unions faisait l'objet d'études doctrinales¹⁷⁷⁵, mais n'avait jamais été tranchée en jurisprudence. Plusieurs réponses ministérielles¹⁷⁷⁶ avaient permis de résoudre l'accueil desdites unions. Afin qu'elles soient reconnues en France, il était nécessaire que la loi nationale d'aucun des deux intéressés n'interdise le mariage homosexuel. Classiquement, en présence d'un couple mixte, il était procédé à une application distributive des lois en présence. À cette condition, le mariage en cause pouvait produire des effets juridiques en France s'il l'avait été régulièrement contracté à l'étranger. Selon cette appréciation, le mariage conclu à l'étranger impliquant au moins un Français ne pouvait produire d'effet en France dans la mesure où la loi nationale d'au moins une des deux personnes interdisait une telle union. Le législateur français ayant ouvert le mariage entre personnes de même sexe par le biais de la loi du 17 mai 2013¹⁷⁷⁷ a adopté une disposition transitoire afin de traiter le sort des mariages homosexuels célébrés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de cette même loi (Section 1).

540. La reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger après la loi du 17 mai 2013¹⁷⁷⁸ pose nécessairement moins de difficultés eu égard à l'ouverture internationale déjà connue voulue par le législateur français par l'adoption de ces nouvelles dispositions¹⁷⁷⁹. Cependant, si le droit français s'avère très libéral et permet une large

¹⁷⁷³ Pays-Bas, L. du 21 déc. 2000, entrée en vigueur le 1^{er} avr. 2001, ouvrant le mariage aux couples homosexuels. V. pour une présentation détaillée : H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », art. préc.

¹⁷⁷⁴ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁷⁷⁵ V. notamment : H. Gaudement-Tallon, « Incertaines familles, incertaines frontières, quel droit international privé ? », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, p. 154 et s. ; I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », préc., n°s 39 et s. ; M. Revillard, « Les unions entre personnes de même sexe », *JCP N*, n° 25, 22 juin 2012, p. 1267 ; M. Revillard, « Le pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique de droit international privé », *Defrénois*, 30 mars 2005, p. 461.

¹⁷⁷⁶ Rép. min. n° 41533, *JOAN Q*, 26 juill. 2005, p. 7437 ; *JDI* 2006, p. 477 ; *LPA* 3 avr. 2006, p. 16, note F. Jault ; Rép. min. n° 20257, *JO Sénat Q*, 9 mars 2006, p. 722 ; Rép. min. n° 886, *JO Sénat Q*, 24 janv. 2008, p. 161 ; Rép. min. n° 11275, *JO Sénat Q*, 19 janv. 2011, p. 138.

¹⁷⁷⁷ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁷⁹ Cf. *supra* n° 425 et s.

reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger, les législateurs étrangers n'ont pas forcément légalisé une telle union et même s'ils l'ont fait n'y ont pas apporté une ouverture aussi importante. Ainsi, des difficultés apparaissent également en matière de reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés après la loi du 17 mai 2013 (Section 2).

Section 1. La reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger en France avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013

541. Le législateur français a inséré des dispositions transitoires par le biais de l'article 21 de la loi du 17 mai 2013 disposant que « *le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu en France, sous réserve du respect des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180, 191 du Code civil. Il pourra faire l'objet d'une transcription dans les conditions prévues à la section III, du chapitre II bis, du titre cinquième du Livre premier du Code civil. À compter de sa transcription, il produit ses effets à l'égard des tiers* ». Ainsi, des unions célébrées à l'étranger avant que le mariage soit ouvert aux personnes de même sexe sur notre territoire sont validées. Il n'est pas question de la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe célébré en France avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, la Cour de cassation ayant déjà prononcé l'annulation de telles unions. La certitude est que la règle vise uniquement les mariages célébrés à l'étranger. La règle assurant la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe en France célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 mérite des précisions concernant d'une part, son champ d'application (Sous-section 1) et d'autre part, ses effets (Sous-section 2).

Sous-section 1. Une reconnaissance au champ d'application incertain

542. Les termes de l'article 21 de la loi du 17 mai 2013 ne permettent pas de déterminer avec certitude les couples concernés par la faveur du législateur français, soit la reconnaissance des mariages célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013. La doctrine se montre divisée et une incertitude quant aux nationalités des couples concernés par une telle possibilité demeure (Paragraphe 1). Cependant, si l'on s'en tient à la lettre de l'article 21 et par une appréhension logique dudit article, il est possible de dégager des arguments en faveur du seul couple impliquant au moins un Français (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'incertitude relative aux nationalités des couples concernés

543. L'article 21 de la loi du 17 mai 2013 semble assez vague quant à son champ d'application. Concerne-t-il uniquement les mariages entre Français, les mariages mixtes composés d'un étranger et d'un Français ou également les mariages entre étrangers ? Les députés et sénateurs requérants déférant au Conseil constitutionnel la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe soutenaient d'ailleurs que la portée de cette validation n'était pas strictement définie et ne répondait pas à un motif suffisant d'intérêt général pour justifier cette rétroactivité, tout en étant contraire à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Leurs griefs ont été rejetés par le Conseil qui a considéré que ces dispositions ne portaient atteinte à aucun droit acquis et qu' « *il était loisible au législateur d'instaurer une exception à la règle selon laquelle la validité d'un mariage s'apprécie au jour de sa célébration* »¹⁷⁸⁰. Au vu des interrogations que suscite cette disposition, Monsieur le Professeur Jean Hauser l'a même qualifiée de « *dangereuse* »¹⁷⁸¹ et a considéré qu'elle n'était « *pas nécessaire* »¹⁷⁸². S'il est possible d'affirmer avec certitude que cette règle est applicable aux mariages impliquant au moins une personne de nationalité française (I), il en va différemment des mariages impliquant deux personnes de nationalité étrangère (II).

I. Le mariage impliquant au moins une personne de nationalité française assurément inclus

544. *A priori*, cette règle vise uniquement les mariages célébrés à l'étranger impliquant au moins un Français. Ainsi, elle concernerait par exemple deux Français s'étant unis en Belgique, pays de leur résidence, ou encore un Français et un Marocain résidant aux Pays-Bas. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013¹⁷⁸³, la nullité de tels mariages était incontestable. Or, le législateur a pris la position de sauver de telles unions alors qu'il aurait pu exiger par exemple un nouveau mariage. Ainsi, le mariage célébré antérieurement à la loi sera validé et pourra être transcrit sur les registres de l'état civil français. Le fait que loi française de l'époque rejetait le mariage entre personnes de même sexe et exigeait l'altérité n'aura pas

¹⁷⁸⁰ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc..

¹⁷⁸¹ J. Hauser, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », *JCP N*, 2013, p. 1164, spéc. n° 4.

¹⁷⁸² *Ibid.*

¹⁷⁸³ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

d'incidence. L'article 21 implique uniquement que certaines prescriptions minimales s'imposent à tout mariage impliquant un époux de nationalité française soient respectées.

545. Madame le Professeur Petra Hammje relève diverses justifications à l'application unique de cette disposition aux mariages impliquant au moins un époux de nationalité française¹⁷⁸⁴. Tout d'abord, elle s'appuie sur le fait que les conditions de fond énumérées par l'article 21¹⁷⁸⁵ sont celles qui, selon l'article 171-2 du Code civil, justifient une éventuelle opposition du Ministère public pour tout mariage d'un Français à l'étranger s'il suspecte une fraude. De plus, la formalité de transcription¹⁷⁸⁶ conditionnant l'effet du mariage à l'égard des tiers n'est imposée que pour les mariages de Français à l'étranger. Enfin, les conditions de reconnaissance se réduisent au respect des conditions de fond prévues par la loi française.

546. Il semble que l'article 21 de loi du 17 mai 2013 n'ait vocation à s'appliquer qu'à l'égard des couples impliquant deux personnes de nationalité française ou au moins un Français dans la mesure où seule la loi française est prise en considération. Cependant, il convient de s'intéresser à une éventuelle application dudit article aux couples impliquant des personnes de nationalité étrangère qui semble-t-il doivent être exclus.

II. Le mariage impliquant deux personnes de nationalité étrangère *a priori* exclu

547. Madame le Professeur Petra Hammje¹⁷⁸⁷ relève que si l'article 21 visait également les mariages entre étrangers à l'étranger, il serait en totale incohérence avec plusieurs autres dispositions de droit international privé, notamment avec les nouvelles règles de conflit de lois, puisque ledit article évincerait complètement les lois nationales en présence et la *lex loci celebrationis* en imposant le seul respect des dispositions du droit français. Il en serait de même avec les conditions de fond posées par l'article 21 dans la mesure où elles ne sont pas considérées comme s'imposant à tout mariage, mais n'interviennent qu'en tant que loi nationale d'un Français. Il paraîtrait abusif de méconnaître, par exemple, la condition d'âge posée par le droit national étranger d'un époux ou d'imposer les exigences françaises quant au consentement pour reconnaître un mariage antérieurement contracté. L'inclusion des mariages mixtes et surtout des mariages entre étrangers dans le champ d'application de l'article 21 impliquerait que

¹⁷⁸⁴ P. Hammje, « « Mariage pour tous » et droit international privé », art. préc., spéc. n° 22.

¹⁷⁸⁵ Cf. *infra* n° 554.

¹⁷⁸⁶ Cf. *infra* n° 576 et s.

¹⁷⁸⁷ P. Hammje, « « Mariage pour tous » et droit international privé », art. préc., spéc. n° 22.

l'ensemble de la loi nationale de l'intéressé, normalement applicable aux conditions de fond de formation du mariage, soit purement évincé au profit de la loi française¹⁷⁸⁸.

548. Néanmoins, il est également possible de relever, à l'instar de Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron¹⁷⁸⁹, que l'exclusion du mariage entre étrangers célébré à l'étranger du champ d'application de l'article 21 pourrait entraîner la sanction de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale et l'interdiction des discriminations prévus respectivement par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁹⁰ ainsi que de la Cour de justice de l'Union européenne sur le fondement d'une entrave à la liberté de circulation des personnes¹⁷⁹¹. Néanmoins, dans l'hypothèse où l'article 21 serait applicable aux mariages entre personnes de même sexe impliquant deux personnes de nationalité étrangère, il pourrait assurer la reconnaissance de mariages qui ne seraient pas valables en vertu de l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil dans la mesure où l'article 21 ne fait pas allusion aux prescriptions de la nouvelle règle de conflit. En effet, « *il se contente de poser le nécessaire respect d'un certain nombre de règles de fond prévues par le droit français. Peu importe donc que la loi nationale des intéressés, la loi de leur domicile ou celle de leur résidence eût permis à l'époque le mariage entre personnes de même sexe* »¹⁷⁹².

549. En outre, la circulaire du 29 mai 2013 accompagnant la loi du 17 mai 2013 semble viser uniquement les couples impliquant au moins un Français comme l'indiquent les expressions suivantes : « *certains Français ont pu, avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, contracter valablement, au regard de la loi étrangère, à l'étranger un mariage avec une personne de même sexe, ressortissante française ou étrangère* »¹⁷⁹³ ou « *aussi, sans règle transitoire, les ressortissants français auraient dû se marier de nouveau* »¹⁷⁹⁴.

¹⁷⁸⁸ *Contra* : M. Revillard, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé », *Defrénois*, 15 juill. 2013, n° 13-14, spéc. n° 27.

¹⁷⁸⁹ H. Fulchiron, « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur à la peine ... », art. préc., spéc. n° 29.

¹⁷⁹⁰ Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, req. n° 76240/01, *JCP G* 2007, I, p. 182, n° 9, obs. F. Sudre ; *D.* 2007, p. 2700, note F. Marchadier ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 830, note P. Kinsh ; *JDI* 2008, comm. 5, p. 183, obs. L. d'Avout.

¹⁷⁹¹ CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, préc. ; CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/209, préc.

¹⁷⁹² H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 103.

¹⁷⁹³ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 8.

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 9.

550. Ainsi, il semble que la meilleure solution soit de retenir l'application de l'article 21 de la loi du 17 mai 2013 au profit des seuls couples de Français ou de couples mixtes impliquant un Français.

Paragraphe 2. L'application de la règle transitoire au couple impliquant un Français

551. Il a été vu que la possibilité de se marier en la forme locale étrangère est expressément reconnue aux Français par l'article 171-1 du Code civil. Face à ce très grand libéralisme, le législateur a prévu de nombreuses règles de forme dans le but de protéger et de renforcer la compétence des dispositions de fond de la loi française. Ainsi, le principe général de l'article 171-1 du Code civil est entravé par les formalités que doivent respecter les époux au préalable de la cérémonie du mariage. Ces formalités sont, en principe, pour certaines indispensables afin que le mariage soit valide. Cependant, afin que les mariages litigieux puissent être reconnus, le législateur a pris le parti de ne pas tenir compte de l'irrespect de celles-ci (II). Au préalable, doivent tout de même être respectées les conditions prévues par le droit français (I).

I. Le respect des conditions du droit français

552. L'article 171-1 du Code civil prévoit expressément la possibilité pour des Français ou pour un Français et un étranger de se marier selon les formes du pays de célébration. La jurisprudence admet la validité d'un mariage contracté à l'étranger selon les formes locales en vigueur dans le pays de célébration. Ainsi, la cérémonie pourra être identique ou comparable à celle du droit français, c'est-à-dire de nature civile. Par exemple, le Conseil d'État a validé le mariage d'une Camerounaise et d'un Français devant l'officier de l'état civil camerounais¹⁷⁹⁵ ou encore le mariage célébré dans les formes légales de l'État de New York a été considéré comme valable¹⁷⁹⁶. Ces rites de célébration sont assez proches de la célébration civile imposée en droit français, mais les formes requises à l'étranger peuvent être plus éloignées de la nôtre. Ainsi, la cérémonie exigée peut être de nature religieuse, la jurisprudence admet la validité des mariages religieux de citoyens français célébrés selon le rite en vigueur dans le pays de célébration. Des unions célébrées selon le rite catholique en Espagne¹⁷⁹⁷, selon le rite catholique et la loi

¹⁷⁹⁵ CE, 5^{ème} et 3^{ème} ss-sect, 16 juin 1999, *Préfet de police c./ Mme Souffou*, n° 201052.

¹⁷⁹⁶ CA Nancy, 5 févr. 1999, *JurisData* n° 1999-106010.

¹⁷⁹⁷ CA Pau, 29 déc. 1925, *Gaz. Pal.* 1926, 1, p. 363.

ottomane en Turquie¹⁷⁹⁸ ou selon le rite israélite en Israël¹⁷⁹⁹ seront valables en France. Encore moins proche que le droit du for, les tribunaux français ont également admis les cérémonies privées sans acte ni registre, mais en présence de témoins telles que pratiquées dans les pays musulmans. Par exemple, un mariage célébré au Niger selon la coutume musulmane entre une Française et un ressortissant du Niger a été considéré comme valable en France¹⁸⁰⁰.

553. La position n'est pas aussi nette concernant l'admission d'un mariage sans cérémonie résultant du seul échange des consentements. Le mariage « *by cohabitation and reputation* »¹⁸⁰¹ de certains États des États-Unis en est encore aujourd'hui une illustration. Niboyet a relevé que l'article 171-1 du Code civil semblait dégager l'exigence d'une célébration, l'absence totale de cette dernière constituerait un obstacle à la reconnaissance d'un tel mariage¹⁸⁰². De plus, l'instruction générale relative à l'état civil semble aller dans le même sens en prévoyant que « *le mariage contracté sans l'intervention d'aucune autorité pourrait être déclaré nul en France, alors même qu'une telle forme d'union serait usitée dans le pays envisagé* »¹⁸⁰³. Cependant, elle nuance cette règle en considérant que « *sous réserve de l'appréciation des tribunaux, on pourrait admettre la validité d'un mariage résultant d'un simple échange des consentements dont le lieu et la date seraient constatés dans un acte reçu dans un délai raisonnable par une autorité locale compétente. Cet acte devrait aussi préciser l'état civil des époux* ». Néanmoins, les décisions rendues par la jurisprudence font toujours preuve d'un grand libéralisme. Par exemple, la Cour de cassation a validé un mariage, impliquant deux Français, célébré à Las Vegas par un officiant religieux délégué dans les fonctions d'officier d'état civil en considérant qu'étant célébré dans les formes usuelles locales, l'acte de mariage faisait foi¹⁸⁰⁴.

554. Cette règle très libérale, selon laquelle le mariage célébré entre Français ou entre un Français et un étranger selon la forme locale est valable, suppose tout de même que soient respectées les conditions de fond de formation du mariage posées par la loi française. L'article 21 de la loi du 17 mai 2013 a donc pris le parti de rappeler ces dernières afin que les mariages célébrés avant ladite loi entre personnes de même sexe soient reconnus sur notre territoire. Il s'agit de l'article 144 du Code civil imposant un âge minimal de dix-huit ans afin de pouvoir

¹⁷⁹⁸ CA Aix, 8 mai 1967, *JCP G* 1968, II, 15352.

¹⁷⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 15 juill. 1963, préc.

¹⁸⁰⁰ CA Paris, 7 févr. 2002, *JCP G* 2002, IV, 1854.

¹⁸⁰¹ V. les références citées par H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 2, *op. cit.*, n° 420.

¹⁸⁰² J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Tome VI, 1949, Paris, Sirey, n° 1585.

¹⁸⁰³ IGREC, n° 493.

¹⁸⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 29 sept. 2004, n° 02-17.096, *JDI* 2005, p. 385, note F. Monéger.

contracter une union et des articles 146 et 146-1 respectivement relatifs au consentement et à la présence de l'époux français à la célébration, mais aussi de l'article 147 du même Code prohibant la bigamie et des articles 161, 162 et 163 posant des empêchements à mariage pour lien de parenté. Enfin, sont également envisagés l'article 180 du Code civil traitant de l'intégrité du consentement et l'article 191 dudit Code imposant le caractère public du mariage célébré par un officier d'état civil compétent.

555. Le respect des conditions de fond du droit français n'est, en principe, pas à lui seul suffisant afin que le mariage entre Français célébré à l'étranger selon la forme locale soit valable. En effet, traditionnellement, des formalités préalables à la célébration de l'union doivent être respectées. Or, tel n'est pas le parti pris du législateur français en ce qui concerne la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés avant la loi du 17 mai 2013.

II. L'irrespect des formalités préalables au mariage excusé

556. La circulaire du 29 mai 2013 indique que la règle transitoire prévue par l'article 21 de la loi du 17 mai 2013 « *permettra de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger, même dans les cas où les formalités préalables au mariage prévues à l'article 171-2 du Code civil n'auraient pas été respectées* »¹⁸⁰⁵. Les formalités en cause voient leur raison d'être afin de nuancer le très grand libéralisme adopté par le législateur français. Ainsi, le principe général de l'article 171-1 du Code civil est entravé par les formalités que les époux doivent respecter au préalable de la cérémonie du mariage. La régularité formelle du mariage sera alors assurée si les époux n'ont pas contrevenu aux dispositions prévoyant la publication des bans avant la célébration du mariage (A) et si la délivrance du certificat de capacité à mariage a bien eu lieu (B). Or, dans un esprit de cohérence et de logique, il est évident que les couples entre personnes de même sexe n'ont pas pu procéder à de telles formalités qui auraient été refusées par l'autorité compétente, faute de possible mariage entre personnes de même sexe en France avant la loi du 17 mai 2013.

A. La publication des bans

557. L'article 63 du Code civil prévoit qu'« *avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs*

¹⁸⁰⁵ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 9.

époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré ». L'article 166 du même Code précise que cette publication « sera faite à la mairie du lieu du mariage et à celle du lieu où chacun des futurs époux a son domicile ou, à défaut de domicile sa résidence ». Cette formalité, appelée la publication des bans est d'origine canonique et permet aux personnes de l'entourage des époux de former opposition au mariage projeté. Il est prévu qu'il appartient aux futurs époux français de faire procéder à la publication, et non à l'autorité étrangère, à moins qu'un traité ne lui en fasse obligation¹⁸⁰⁶. La publication des bans s'impose aussi lorsque le ou les futurs époux français n'ont ni domicile ni résidence en France. Dans cette hypothèse, elle doit être effectuée auprès des autorités diplomatiques et consulaires françaises dans le pays de célébration¹⁸⁰⁷.

558. En cas de non-respect de l'obligation faite aux futurs époux français de procéder à la publication des bans préalablement à la célébration de l'union à l'étranger, la jurisprudence a adopté une distinction concernant la sanction. Il convient de préciser qu'en droit interne, le non-respect des prescriptions posées par l'article 63 du Code civil ne constitue pas une nullité du mariage, mais un empêchement simple ou prohibitif. Or, la même sanction serait sans effet à l'égard d'une autorité étrangère¹⁸⁰⁸. La jurisprudence adopte deux solutions : soit le défaut de publicité présente un caractère intentionnel permettant de qualifier le mariage de clandestin ou de frauduleux, sa nullité ou son inopposabilité sera alors prononcée, soit la non-publication des bans résulte d'une négligence ou de l'ignorance, l'union ne sera donc pas invalidée¹⁸⁰⁹. La solution a été clairement affirmée par la Cour de cassation le 13 février 1961¹⁸¹⁰. En l'espèce, une femme de nationalité française et un homme de nationalité roumaine s'étaient mariés en Espagne sans publication préalable en France. L'année suivante, les mêmes individus ont contracté ensemble un nouveau mariage en France. Il était reproché aux juges du fond d'avoir admis la validité du premier mariage et, par voie de conséquence, d'avoir constaté la nullité du second. La Cour de cassation a considéré que « *l'inobservation des formalités de publicité prescrites par l'article 170*¹⁸¹¹ *pour le mariage contracté en pays étranger par une personne de nationalité française ne peut entraîner la nullité que si les parties ont entendu faire fraude à la*

¹⁸⁰⁶ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », préc., n° 60. L'auteur cite la Convention franco-vietnamienne du 16 septembre 1954 qui prévoit que « *l'officier d'état civil vietnamien, seul compétent pour célébrer un mariage entre Français et Vietnamiens et entre Français et étrangers, ne pourra procéder au mariage d'un Français qu'après production par ce dernier d'un certificat de capacité à mariage délivré par le représentant de la France au Vietnam localement compétent et attestant que la publicité prescrite par la loi française a été effectuée* ».

¹⁸⁰⁷ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de fond », préc., n° 81.

¹⁸⁰⁸ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », préc., n° 57.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*, n° 58.

¹⁸¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 1961, *D.* 1961, p. 349, note D. Holleaux ; *JDI* 1961, p. 1094, note B.G.

¹⁸¹¹ Depuis la loi du 14 novembre 2006 (L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, préc.), l'article 170 du Code civil a été abrogé et remplacé par l'article 171-1 du même Code.

loi française et éluder la publicité prescrite par elle ». Ainsi, faute de preuve de fait de nature à faire apparaître, lors de la célébration en Espagne du premier mariage, la moindre volonté de fraude, la Cour de cassation retient la validité du premier mariage rendant le second nécessairement nul. Dès lors, la Cour d'appel de Nancy a rejeté l'action en annulation d'un mariage contracté aux États-Unis, sans publication préalable des bans en France, dans la mesure où la preuve que cette omission avait pour objectif de frauder la loi n'avait pas été rapportée¹⁸¹². En revanche, la Cour d'appel de Basse-Terre a jugé que le mariage litigieux, contracté aux Bermudes selon les formes locales requises, doit être déclaré clandestin en ce qu'il a été célébré sans être précédé de la publication des bans. En l'espèce, l'intention de frauder la loi française a été établie par la production d'actes notariés postérieurs au mariage dans lesquels le mari est déclaré célibataire et la femme veuve non remariée et qui à ce titre, a continué, jusqu'à son décès, à percevoir la pension de réversion de son premier mari. De plus, le mariage qui n'avait jamais été transcrit en France l'a été plus tard alors que la procédure en annulation était déjà introduite¹⁸¹³.

559. La position de la jurisprudence est constante alors que celle de la doctrine n'est pas aussi tranchée. Pour Messieurs les Professeurs Pierre Mayer et Vincent Heuzé, « *ce recours à l'exception de fraude est inutile, car la compétence de la loi française résulte tout simplement du fait que l'article 171-2 du Code civil est une loi d'application nécessaire, visant impérativement tous les Français [...]. La distinction entre les cas où son inobservation est sanctionnée par la nullité et ceux où elle ne l'est pas n'est que l'extension sur le plan international de la jurisprudence française qui valide le mariage interne malgré le défaut de publication préalable, sauf lorsqu'il est de surcroît clandestin* »¹⁸¹⁴. Monsieur le Professeur Thierry Vignal relève de la même manière que « *le recours à la fraude à la loi, dans ce cas, n'est pas nécessairement utile, puisqu'un mariage purement interne non publié peut aussi être validé sans qu'il soit fait référence à l'absence d'intention frauduleuse* »¹⁸¹⁵. Néanmoins, la majorité des auteurs adoptent une position contraire. Batiffol et Monsieur le Professeur Paul Lagarde considèrent que la notion de fraude à la loi est indispensable pour justifier la nullité en relevant que « *le mariage étant célébré à l'étranger, ses formes échappent à la loi française donc au principe de solennité [...], la seule violation de cette règle ne saurait entraîner la nullité, puisque le défaut de publication préalable n'est pas à lui seul constitutif de clandestinité.*

¹⁸¹² CA Nancy, 5 févr. 1999, préc. V. également : CA Paris, 25 sept. 2003, *JurisData* n° 2003-226986 ; CA Paris, 11 déc. 1997, *JurisData* n° 1997-024808 ; CA Dijon, 29 nov. 2000, *JurisData* n° 2000-142061.

¹⁸¹³ CA Basse-Terre, 26 juin 2000, *JurisData* n° 2000-149836.

¹⁸¹⁴ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, n° 587.

¹⁸¹⁵ T. Vignal, *Droit international privé, op. cit.*, n° 277.

Le vrai motif de la nullité est donc que les parties ne sont allées contracter mariage à l'étranger que pour échapper à l'ensemble des lois françaises sur la publicité, l'inobservation de l'article 170 n'étant qu'un indice de cette intention : la raison formelle de l'annulation est donc bien la fraude à la loi »¹⁸¹⁶.

560. Il semble que le maintien de la notion de fraude à la loi pour justifier la sanction du manquement de publicité préalable semble le plus adapté. En effet, « *tout en étant apte à saisir des formes très diverses de comportements répréhensibles, [l'utilisation de fraude à la loi] limite aussi opportunément les risques d'annulation du mariage, dans un contexte législatif qui érige de nouveaux obstacles à la validité des mariages célébrés à l'étranger »¹⁸¹⁷.*

561. Quoiqu'il en soit, la loi du 14 novembre 2006¹⁸¹⁸ a durci les conditions du mariage d'un Français à l'étranger lorsque celui-ci est célébré devant une autorité étrangère. Ainsi, la délivrance d'un certificat de capacité à mariage précédée de l'audition des futurs époux, déjà prévue par la loi du 26 novembre 2003¹⁸¹⁹, exigée pour la célébration permet d'assurer une certaine maîtrise sur le risque de mariages frauduleux.

B. La délivrance d'un certificat de capacité à mariage

562. La loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration¹⁸²⁰ a prévu une formalité d'audition commune des futurs époux à l'article 171-3 du Code civil destinée à vérifier la réalité et l'intégrité du consentement des futurs époux. L'article précité précise les modalités de cette audition prévue à l'article 63 du Code civil. Elle est « *réalisée par l'officier de l'état civil du lieu de domicile ou de résidence en France du ou des futurs conjoints, ou par l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente en cas de domicile ou de résidence à l'étranger »*. Cette audition a pour objectif de permettre aux autorités françaises de déceler la violation des conditions françaises si le mariage était célébré. Les préoccupations concernent, notamment, un consentement vicié par un défaut d'intention matrimoniale aux fins d'obtenir pour l'étranger un titre de séjour en France ou la nationalité française. De plus, la loi du 14 novembre 2006¹⁸²¹ a assigné un nouvel objectif à l'audition des futurs époux : la lutte contre les mariages forcés. Ainsi, « *cette mesure est [...] étendue au cas où l'officier de l'état civil ou*

¹⁸¹⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 2, *op. cit.*, n° 421.

¹⁸¹⁷ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », *préc.*, n° 60.

¹⁸¹⁸ L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, *préc.*

¹⁸¹⁹ L. n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *JORF*, n° 274, 27 nov. 2003, p. 20136.

¹⁸²⁰ *Ibid.*

¹⁸²¹ L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, *préc.*

l'agent diplomatique ou consulaire estime que le consentement n'est pas libre »¹⁸²². Les futurs époux échappent à cette audition en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces fournies¹⁸²³, qu'elle n'est pas nécessaire au regard des articles 146 et 180 du Code civil.

563. La loi du 14 novembre 2006¹⁸²⁴ a institué une nouvelle condition du mariage des Français à l'étranger à l'article 171-2, alinéa 1^{er} du Code civil qui dispose que « *lorsqu'il est célébré par une autorité étrangère, le mariage d'un Français doit être précédé de la délivrance d'un certificat de capacité à mariage établi après l'accomplissement, auprès de l'autorité diplomatique ou consulaire compétente au regard du lieu de célébration du mariage, des prescriptions prévues à l'article 63* ». Le certificat de capacité à mariage n'est délivré qu'après l'accomplissement des formalités prévues à l'article 63 du Code civil, c'est-à-dire la fourniture des pièces d'état civil et d'identité et, le cas échéant, l'audition des futurs époux par l'officier de l'état civil français.

564. Le certificat de capacité à mariage existait déjà en droit français depuis le décret n° 46-1917 du 19 août 1946¹⁸²⁵, mais il représentait seulement le moyen pour un Français d'établir devant l'autorité étrangère célébrante que les conditions posées par sa loi nationale étaient bien remplies. Ainsi, aucune demande de nullité pour défaut d'un tel certificat ne pouvait aboutir¹⁸²⁶. La valeur de ce certificat est différente depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2006 qui l'a érigé en véritable condition de formation du mariage. Le décret du 19 août 1946 a été abrogé par le décret n° 2008-521 du 2 juin 2008¹⁸²⁷ lequel vient apporter des précisions quant au contenu du certificat de capacité à mariage à propos duquel le premier était muet. Il est précisé, en son article 11, que « *ce document atteste que les prescriptions de l'article 63 du Code civil ont été accomplies et qu'il n'y a eu aucune opposition au mariage au titre des articles 172 à 175 du Code civil* ». Il atteste également « *soit que le futur conjoint français remplit les conditions de fond prévues [...], soit qu'il n'y a eu aucune opposition au mariage [...]. Le certificat porte indication des informations prévues au deuxième alinéa de l'article 171-5* ».

¹⁸²² I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de fond », préc., n° 61.

¹⁸²³ Les pièces à fournir sont pour chacun des époux : l'extrait avec indication de la filiation de son acte de naissance, la justification de l'identité au moyen d'une pièce délivrée par une autorité publique, l'indication des prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile des témoins et, le cas échéant, la justification de l'information de la personne chargée de la mesure de protection.

¹⁸²⁴ L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, préc.

¹⁸²⁵ Décr. n° 46-1917 du 19 août 1946 sur les attributions des agents diplomatiques et consulaires en matière d'état civil, préc.

¹⁸²⁶ C. Rabat, 2 nov. 1962, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 683, note P. Lagarde.

¹⁸²⁷ Décr. n° 2008-521 du 2 juin 2008 relatif aux attributions des autorités diplomatiques et consulaires françaises en matière d'état civil, *JORF*, n° 0129, 4 juin 2008, p. 9183.

565. Les formalités préalables aux mariages permettent d'avoir un contrôle sur les mariages impliquant au moins un Français célébrés à l'étranger et assurent ainsi le respect des conditions de fond posées par le droit français. Dans un esprit toujours libéral, il est admis que le législateur français a permis la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger impliquant au moins un Français sous des conditions très souples. Il convient désormais d'envisager les effets de cette même reconnaissance.

Sous-section 2. Les effets de la reconnaissance du mariage

566. Classiquement en droit international privé et selon, en outre, l'article 21 de la loi du 17 mai 2013, le point de départ des effets du mariage diffère selon ses bénéficiaires. S'il débute au jour de la célébration à l'égard des époux et des enfants (Paragraphe 1), ce n'est, en principe, qu'au jour de la transcription que le mariage sera opposable aux tiers (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les effets à l'égard des époux et des enfants

567. Les effets du mariage entre personnes de même sexe, célébré à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, entre les époux et à l'égard des enfants seront reconnus rétroactivement au jour de la célébration du mariage (I). Cependant, d'apparence simple, cette règle pose, en pratique, de réelles difficultés de détermination (II).

I. Des effets liés à la célébration du mariage

568. La transcription du mariage sur les registres de l'état civil français ne constitue pas une condition afin que le mariage produise ses effets entre époux et à l'égard des enfants¹⁸²⁸. En effet, la sanction du défaut de transcription du mariage ne constitue pas une cause de nullité dans la mesure où elle n'est qu'une mesure de publicité par inscription sur les registres de l'état civil français. Ainsi, en l'absence de transcription, le mariage produira tous ses effets civils entre époux et à l'égard des enfants.

Par exemple, un couple s'étant marié à l'étranger vient s'installer en France sans avoir procédé à la transcription du mariage sur les registres de l'état civil français, le mariage sera valable. Par conséquent, il produira tous ses effets entre époux. Ainsi, les devoirs et obligations du mariage, à savoir ceux de fidélité, de secours, d'assistance et de respect, ainsi que

¹⁸²⁸ Il est possible pour un couple homosexuel masculin d'avoir un enfant commun en ayant notamment recours à une adoption conjointe ou à une gestation pour autrui dans un État étranger. De même, un couple homosexuel féminin peut avoir un enfant en bénéficiant d'une insémination artificielle avec tiers donneur à l'étranger ou en recourant à une adoption conjointe. Cf. *infra* Deuxième partie.

l'application des règles du régime primaire ou légal s'appliqueront. En outre, les époux seront solidairement tenus, à l'égard des tiers, des dettes ménagères malgré l'absence de transcription. Devront également s'appliquer les règles relatives aux successions et à l'obligation alimentaire.

569. Madame le Professeur Anne-Marie Leroyer a dégagé une comparaison intéressante. Elle relève que le système retenu par la loi du 14 novembre 2006¹⁸²⁹ ressemble de près à celui prévu par le Code de Napoléon de 1804¹⁸³⁰. L'ancien article 171 du Code civil prévoyait que « *dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile* ». À cette époque, tant la doctrine que la jurisprudence « *s'accordaient alors pour considérer que le défaut de transcription ne privait pas les époux et les enfants des effets civils du mariage* »¹⁸³¹.

570. L'article 21 de la loi ouvrant le mariage entre personnes de même sexe indique simplement que « *le mariage entre personnes de même sexe [...] est reconnu, dans ses effets à l'égard des époux et des enfants, en France* ». Le point de départ de ladite reconnaissance n'est pas précisé, mais il est possible d'en déduire « *dans la logique habituelle* »¹⁸³² que le mariage produit ses effets à compter du jour de sa célébration¹⁸³³.

La règle issue de l'article 21 de la loi du 17 mai 2013 a été déférée devant le Conseil constitutionnel au motif que la disposition ayant pour objet de valider des mariages conclus, avant la nouvelle loi, en contrariété avec la loi qui était alors applicable crée une insécurité juridique manifeste et que la validation, dont la portée n'est pas strictement définie, ne répondrait pas à un motif suffisant d'intérêt général. En outre, ces dispositions seraient contraires à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Le Conseil n'a pas accueilli ces arguments et a déclaré l'article 21 conforme à la Constitution en considérant d'une part, qu'il ne porte atteinte à aucun droit acquis et d'autre part, qu'il était loisible au législateur d'instaurer une exception à la règle selon laquelle la validité d'un mariage s'apprécie au jour de sa célébration, en faisant produire des effets en France aux mariages célébrés à l'étranger antérieurement à la promulgation de la loi¹⁸³⁴. Malgré cette validation constitutionnelle, des problèmes se posent effectivement quant à la portée de cette règle.

¹⁸²⁹ L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, préc.

¹⁸³⁰ A.-M. Leroyer, « Validité des mariages – Contrôle », *RTD civ.*, 2007, p. 191.

¹⁸³¹ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, Tome V, 4^{ème} éd., Paris, 1872, p. 125 et s.

¹⁸³² P. Hammje, « « Mariage pour tous » et droit international privé », art. préc., spéc. n° 23.

¹⁸³³ V. dans le même sens : H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », art. préc., spéc. n° 29.

¹⁸³⁴ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., consid. 83 et s.

II. Les difficultés de détermination de l'étendue de la rétroactivité

571. Le principe et les conditions de la reconnaissance sont admis, mais la tâche ne paraît pas aussi simple quant à la détermination de sa portée. Il est acquis que le mariage produit effet entre les époux et à l'égard des enfants. Néanmoins, au vu de la célébration particulière de cette union en contradiction avec la loi française en vigueur au jour de la célébration, il convient de s'intéresser tant aux époux concernés qu'aux enfants concernés.

572. Monsieur le Professeur Jean Hauser relève plusieurs difficultés quant à la détermination des époux concernés par la reconnaissance rétroactive prévue par l'article 21 de la loi du 17 mai 2013. Tout d'abord, il convient de prendre en compte le fait qu'un mariage célébré à l'étranger, avant l'entrée en vigueur de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe en France, a pu être annulé par les juges précédemment. Ainsi, « *va-t-on le faire revivre au prix de difficultés considérables dans la combinaison des périodes de validité et de nullité* »¹⁸³⁵ ? Ensuite, « *quel sera le régime matrimonial d'un tel couple marié "rétroactif"* »¹⁸³⁶ ? Il semble peu probable que le législateur français autorise l'adoption d'un contrat de mariage rétroactif. Ainsi, les époux seraient, logiquement, soumis au régime légal « *qui pourrait, si le passé est assez lointain, réserver bien des surprises* »¹⁸³⁷ qu'ils ne soupçonnaient pas. Enfin, si le mariage en cause a été dissout par le décès de l'un des époux et si la succession n'est pas encore liquidée, « *l'époux de même sexe survivant sera-t-il considéré comme conjoint survivant, alors même qu'au jour du décès de son époux le mariage n'existait pas valablement en France* »¹⁸³⁸ ?

573. Il est acquis que la règle transitoire posée par le législateur français pose de nombreuses problématiques que seule la jurisprudence sera amenée à résoudre. L'étendue de la rétroactivité à l'égard des enfants mérite les mêmes remarques. Le souci d'application de l'article 21 de la loi du 17 mai 2013 se pose dans la détermination des enfants concernés par cette reconnaissance rétroactive : « *enfants à venir ou enfants nés antérieurement* »¹⁸³⁹ ? Un premier éclaircissement peut être dégagé de la circulaire du 29 mai 2013. En effet, celle-ci précise que « *dans le cas d'un mariage valablement célébré à l'étranger suivi d'une adoption, la règle qui impose que le couple d'adoptants soit marié, sera, par application de la loi,*

¹⁸³⁵ J. Hauser, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », art. préc., spéc. n°4

¹⁸³⁶ *Ibid.*

¹⁸³⁷ *Ibid.*

¹⁸³⁸ P. Hammje, « « Mariage pour tous » et droit international privé », art. préc., n° 23.

¹⁸³⁹ *Ibid.*

satisfaite »¹⁸⁴⁰. Néanmoins, Monsieur le Professeur Jean Hauser s'engage dans un parallèle qui pose la limite de cette règle. En effet, dans l'hypothèse où une régularisation des enfants adoptés à l'étranger, adoption pourtant fermée aux couples de personnes de même sexe à l'époque des faits, est admise, « *il faudra alors expliquer aux couples hétérosexuels qui ont eu recours à une adoption après une GPA pour cause de stérilité qu'ils n'auront pas droit à cette rétroactivité* »¹⁸⁴¹.

574. Le libéralisme choisi par le législateur français ne touche pas seulement les effets de la reconnaissance des mariages homosexuels entre les époux et à l'égard des enfants. Effectivement, la règle transitoire a également vocation à jouer à l'égard des tiers, sous réserve de la transcription sur les registres de l'état civil français du mariage célébré à l'étranger.

Paragraphe 2. Les effets à l'égard des tiers

575. Afin d'être opposable aux tiers, le mariage valablement contracté à l'étranger se doit classiquement d'être transcrit sur les registres de l'état civil français. Il convient de préciser que cette possibilité est limitée dans la mesure où elle est offerte aux seuls couples de personnes de même sexe impliquant au moins un Français. Ainsi, afin de ne pas se voir affectés par la sanction d'inopposabilité aux tiers et bénéficier de la faveur apportée par l'article 21 de la loi du 17 mai 2013, les couples de personnes de même sexe doivent nécessairement transcrire leur union sur les registres de l'état civil français (I). Pour autant, au vu de la situation très particulière que représente cette rétroactivité, une discussion existe en ce qui concerne la date d'opposabilité à l'égard des tiers (II).

I. L'indispensable transcription sur les registres de l'état civil français

576. Initialement, l'ancien article 171 du Code civil prévoyait l'obligation pour les Français souhaitant contracter un mariage à l'étranger de faire ensuite transcrire ce dernier sur les registres d'état civil français. Cet article a été abrogé par la loi du 10 mars 1938¹⁸⁴² qui a soumis les actes de mariage des Français à l'étranger au même régime que les autres actes de l'état civil concernant des Français à l'étranger. Ce régime de transcription du mariage n'était alors enfermé dans aucun délai et n'était pas sanctionné par la nullité de l'union. Jusqu'à la loi

¹⁸⁴⁰ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc., p. 10.

¹⁸⁴¹ J. Hauser, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », art. préc., spéc. n° 4.

¹⁸⁴² L. du 10 mars 1938 relative aux actes de l'état civil à l'étranger, *JORF*, n° 7, 15 mars 1939, p. 119.

n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages¹⁸⁴³, la transcription du mariage était simplement conçue comme un moyen de faciliter la publicité et l'utilisation en France des actes de l'état civil dressés à l'étranger¹⁸⁴⁴. Avec l'entrée en vigueur de la loi précitée, la transcription, mesure de publicité légale du mariage conclu par un Français à l'étranger en la forme locale, a pris une ampleur importante. Après avoir présenté les conditions et enjeux de la transcription sur les registres de l'état civil français (A), les éventuels motifs de refus de transcription seront envisagés (B).

A. Les conditions et enjeux de la transcription

577. À ce jour, l'article 171-5 du Code civil prévoit qu'afin d' « être opposable aux tiers en France, l'acte de mariage d'un Français célébré par une autorité étrangère doit être transcrit sur les registres de l'état civil français ». Cette demande de transcription doit être faite auprès de l'autorité consulaire ou diplomatique compétente au regard du lieu de célébration du mariage. L'article 8 du décret du 10 mai 2007¹⁸⁴⁵ précise à ce propos que l'époux demandant la transcription doit justifier simultanément l'adresse de sa résidence ou de son domicile ainsi que celle de son conjoint. En l'absence de transcription, le mariage d'un Français valablement célébré à l'étranger ne produit des effets qu'à l'égard des époux et des enfants.

578. La transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de mariage d'un Français, célébré par une autorité étrangère, est désormais une condition d'opposabilité aux tiers du mariage, notamment les administrations et organismes publics. Les époux ne pourront contraindre les tiers à faire produire effet au mariage si l'acte n'a pas été transcrit. Ainsi, les époux ne pourront pas bénéficier des dispositions du droit fiscal en déclarant conjointement leurs revenus, ils seront taxés comme des tiers ou encore, en cas de décès, ils ne pourront pas demander les pensions de réversion. En outre, ils ne bénéficieront pas de certains avantages sociaux. Le mariage ne pourra pas non plus être opposé aux tiers privés, notamment en cas de décès du conjoint français, lorsque le conjoint étranger veut bénéficier du droit au bail ou faire valoir sa qualité de conjoint survivant à l'égard des autres héritiers, à l'exception toutefois des enfants qui ne sont pas concernés par l'inopposabilité. Il a été justement relevé que ce régime « aboutit à traiter un couple de Français ou un couple mixte moins bien qu'un couple

¹⁸⁴³ L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, préc.

¹⁸⁴⁴ I. Barrière-Brousse, « Mariage : conditions de forme », préc., n° 63.

¹⁸⁴⁵ Décr. n° 2007-773 du 10 mai 2007 pris pour l'application de la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil, *JORF*, n° 109, 11 mai 2007, p. 8487.

d'étrangers à qui l'obligation de transcription n'est pas applicable et qui pourront donc se prévaloir de leur qualité de conjoint sans restriction équivalente »¹⁸⁴⁶.

579. Les tiers, quant à eux, pourront se prévaloir de l'existence de ce mariage s'ils en ont connaissance. Par exemple, « *un officier de l'état civil qui aurait connaissance de l'existence d'une précédente union non dissoute devrait refuser de célébrer un second mariage engageant la même personne, même si l'acte de célébration de la première union n'a pas été transcrit* »¹⁸⁴⁷.

580. Le Conseil constitutionnel a considéré que les dispositions de la loi de 2006 ne portaient pas atteinte à la liberté du mariage et au droit de mener une vie familiale normale. Il a relevé dans une décision rendue le 9 novembre 2006 que « *la transcription ayant pour seul objet et pour seul effet l'opposabilité du mariage aux tiers dans l'ordre juridique français, son absence ne prive le mariage d'aucun de ses effets civils entre les époux eux-mêmes, ni entre ceux-ci et leurs enfants* »¹⁸⁴⁸. La loi du 14 novembre 2006 a donc consacré « *une séparation entre la validité du mariage et certains de ses effets* »¹⁸⁴⁹.

581. La transcription de l'acte civil étranger de mariage sur les registres de l'état civil français présente sans aucun doute un intérêt non négligeable pour la vie future des époux sur le territoire français. Néanmoins, même si ces derniers veulent respecter l'exigence imposée par le droit français, il est possible qu'une éventuelle opposition à la transcription du mariage célébré devant les autorités locales étrangères vienne entraver leur chemin.

B. Les motifs de refus de transcription

582. L'autorité diplomatique ou consulaire compétente au regard du lieu de célébration du mariage peut surseoir à la transcription du mariage célébré à l'étranger par l'autorité locale dans plusieurs hypothèses prévues aux articles 171-6 à 171-8 du Code civil. Ainsi, ce refus pourra être opposé aux époux en cas d'irrégularité du mariage, de suspicion d'irrégularité du mariage ou pour un mariage régulier a priori.

Tout d'abord, l'article 171-6 du Code civil évoque le refus de transcription pour irrégularité du mariage. Il s'agit de la situation où le mariage a été célébré malgré l'opposition du procureur de la République. Dans ce cas, « *l'officier de l'état civil consulaire ne peut*

¹⁸⁴⁶ S. Corneloup, « Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages », *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 228.

¹⁸⁴⁷ Ph. Brunel, « Le contrôle de la validité du mariage des Français à l'étranger », *AJ fam.*, 2006, p. 440.

¹⁸⁴⁸ Cons. const., 9 nov. 2006, n° 2006-542 DC, *Dr. fam.* 2007, comm. 1, V. Larribau-Terneyre.

¹⁸⁴⁹ P. Lagarde, « De la loi applicable à l'intention matrimoniale », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 493.

transcrire l'acte de mariage étranger sur les registres de l'état civil français qu'après remise par les époux d'une décision de mainlevée judiciaire ».

Ensuite, l'article 171-7 du même Code évoque l'hypothèse du refus de transcription pour suspicion d'irrégularité du mariage. Si le mariage a été célébré sans qu'un certificat de capacité à mariage n'ait été délivré et que les prescriptions de l'article 63 n'aient été respectées, la transcription est précédée de l'audition des époux, ensemble ou séparément, par l'autorité diplomatique ou consulaire. Néanmoins, ce contrôle peut être évité si la même autorité dispose « *d'informations établissant que la validité du mariage n'est pas en cause au regard des articles 146 et 180* ». Elle procédera alors à la transcription sans audition préalable des époux. Comme le soulève, Madame le Professeur Béatrice Bourdelois, si les deux époux sont Français, le mariage en question ne peut être un mariage de complaisance, ainsi l'audition des époux paraît être inutile¹⁸⁵⁰. Pour autant, si l'audition des époux a lieu, c'est-à-dire en cas de suspicion, elle peut entraîner un sursis à la transcription et l'information immédiate du Ministère public dans l'hypothèse où « *des indices sérieux laissent présumer que le mariage célébré devant une autorité étrangère encourt la nullité au titre des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 180 ou 191* ». À partir de l'information du Ministère public, ce dernier dispose d'un délai de six mois pour se prononcer sur la transcription. Si aucune décision n'a été donnée par le Ministère public à l'issue du délai, son silence ne vaut pas acceptation. Un recours est alors ouvert aux époux devant le tribunal de grande instance qui doit statuer dans un bref délai d'un mois. Si l'affaire est par la suite portée devant la cour d'appel, le même délai d'un mois s'impose. Le procureur de la République détient également la possibilité de demander la nullité du mariage dans le même délai de six mois lui étant imparti, il ordonnera alors que la transcription soit limitée à la seule fin de saisine du juge.

Solution plus étonnante, même lorsque le mariage est régulier *a priori*, c'est-à-dire qu'il a été contracté en respectant les exigences imposées, un éventuel refus de transcription est également envisageable. En effet, même si l'union a été célébrée en respectant les formalités imposées par la loi française à l'article 171-2 du Code civil et dans les formes prévues par la loi locale, autrement dit même si le mariage est régulier, la transcription peut être refusée. L'article 171-8 du Code civil prévoit que l'autorité diplomatique ou consulaire peut surseoir à la transcription si « *des éléments nouveaux fondés sur des indices sérieux laissent présumer que le mariage encourt la nullité au titre des articles 144, 146, 146-1, 147, 1161, 162, 163, 180 ou 191* ». Tout comme l'hypothèse du refus de transcription pour suspicion d'irrégularité du

¹⁸⁵⁰ B. Bourdelois, « Mariage », préc., n° 95.

mariage, cette situation entraîne une audition des époux, l'information immédiate du Ministère public et le sursis à la transcription, et le cas échéant la demande de ce dernier d'annulation du mariage. À la différence du cas précédent, l'accomplissement préalable des formalités de l'article 171-2 du Code civil crée au profit des époux une présomption de régularité. Ainsi, si le procureur ne s'est pas prononcé dans le délai de six mois imparti, l'autorité diplomatique ou consulaire transcrit l'acte de mariage, mais cette transcription n'empêche pas l'exercice ultérieur d'une action en nullité fondée sur les articles 180 et 184 du Code civil.

583. Il convient de préciser que peu importe l'hypothèse, refus de transcription pour irrégularité, suspicion d'irrégularité ou mariage régulier a priori, les époux peuvent demander la mainlevée de l'opposition à la transcription du mariage en assignant le procureur de la République de Nantes devant le tribunal de grande instance de Nantes. Ainsi, la Cour d'appel de Rennes a ordonné la main levée de l'opposition à la transcription d'un mariage célébré au Nigeria dans la mesure où les éléments de preuve en présence rapportent suffisamment l'intention matrimoniale. La Cour s'appuie, notamment, sur le fait que la femme ait rapporté la preuve d'un séjour d'une durée de trois mois au Nigeria avant le mariage et au moment de la période de conception de l'enfant et un rétablissement judiciaire de la présomption de paternité sur demande conjointe des deux époux¹⁸⁵¹. En revanche, la même Cour a rejeté la demande de main levée de l'opposition à la transcription d'un mariage célébré en Algérie entre un homme de nationalité algérienne et une femme de nationalité française. Les juges s'appuient sur la différence d'âge importante entre les époux, l'absence de communauté de vie depuis la célébration du mariage, les nombreuses tentatives de séjours dans des États européens de l'époux, sa connaissance assez limitée de son épouse et son absence d'engagement dans la procédure. Par conséquent, au vu des doutes sérieux sur la validité du mariage célébré à l'étranger, la Cour d'appel de Rennes rejette la demande de main levée de l'opposition¹⁸⁵².

584. L'absence de transcription du mariage célébré à l'étranger sur les registres de l'état civil français entraîne l'inopposabilité aux tiers. Ainsi, les intéressés sont considérés comme célibataires. Cette situation préjudiciable pour le couple lui-même ne l'est pas moins pour les tiers à qui aucune certitude n'est accordée quant à la date d'opposabilité.

¹⁸⁵¹ CA Rennes, 4 déc. 2012, n° 11/01403. V. aussi : CA Rennes, 27 mai 2014, n° 13/05163 ; CA Rennes, 16 juin 2015, n° 14/02252.

¹⁸⁵² CA Rennes, 8 janv. 2013, n° 11/03093. V. aussi : CA Rennes, 6 mars 2012, n° 10/01683 ; CA Rennes, 24 juin 2014, n° 13/06168 ; CA Rennes, 24 juin 2014, n° 13/05759.

II. Une date d'opposabilité aux tiers discutée

585. À s'en tenir aux termes de l'article 21 de la loi du 17 mai 2013, les mariages célébrés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la même loi prennent effet à l'égard des époux et des enfants au jour du mariage et à l'égard des tiers à compter de la date de transcription. Des difficultés naissent nécessairement pour les praticiens du fait de cette prise d'effets différée (A). La jurisprudence ne leur a, en outre, pas rendu la tâche plus aisée en admettant récemment un tempérament à la sanction d'inopposabilité (B).

A. Les difficultés liées à une prise d'effets différée

586. L'article 21 de la loi du 17 mai 2013 précise *in fine* que le mariage produit effet à l'égard des tiers à compter de la date de transcription. Cette règle a pour principal avantage d'assurer la protection des tiers dans la mesure où au moment où l'acte a été passé, ceux-ci ne pouvaient prendre en compte un mariage qui à l'époque était nul. Néanmoins, Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron apporte une remarque intéressante. Pour reprendre son propos, « *encore faudrait-il distinguer les tiers qui dans l'ordre juridique français ne pouvaient que le considérer comme tel, et les tiers qui dans l'ordre juridique d'origine notamment ne pouvaient pas douter de sa validité* »¹⁸⁵³. Ainsi, des difficultés naîtront nécessairement afin de déterminer précisément les effets de l'union en fonction de cette double date. Madame le Professeur Petra Hammje, afin d'illustrer la problématique liée à cette prise d'effets différée, relève par exemple les difficultés qui pourraient se poser « *au regard du droit de la nationalité quant à la computation des divers délais nécessaires pour permettre au conjoint étranger d'acquérir la nationalité française de son époux* »¹⁸⁵⁴. Face aux nombreuses incidences pratiques résultant de cette disposition, Monsieur le Professeur Jean Hauser met en garde, à juste titre, les praticiens « *qui seraient sollicités par des anciens mariés illégaux de ne pas choisir cette effrayante et irresponsable rétroactivité mais de les inciter à voir vers l'avenir en se mariant selon la nouvelle possibilité pour régulariser leur situation* »¹⁸⁵⁵.

587. Il convient de noter que la validation rétroactive du mariage entre personnes de même sexe peut avoir des conséquences peu cohérentes en France. En effet, Madame Mariel

¹⁸⁵³ H. Fulchiron, « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur français à la peine ... », art. préc., spéc. n° 30.

¹⁸⁵⁴ P. Hammje, « « Mariage pour tous » et droit international privé », art. préc., spéc. n° 23.

¹⁸⁵⁵ J. Hauser, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », art. préc., spéc. n° 4.

Revillard a principalement insisté sur une situation¹⁸⁵⁶. Antérieurement à l'arrêt du 28 janvier 2015¹⁸⁵⁷ qui, comme il l'a été vu, a validé le mariage entre personnes de même sexe impliquant un Français et un Marocain, un tel mariage n'aurait pu être célébré en France afin de respecter la Convention franco-marocaine du 10 août 1981¹⁸⁵⁸. Or, si ce même couple s'était marié dans un État autorisant le mariage homosexuel avant la loi du 17 mai 2013, leur union aurait été reconnue par le jeu de l'article 21.

588. Soucieux de bien faire, le législateur n'a pas envisagé le manque de cohérence que pouvait entraîner une disposition transitoire telle que celle prévue à l'article 21 de la loi du 17 mai 2013. La jurisprudence est venue apporter un tempérament à la sanction d'inopposabilité qui vient confirmer l'idée de faveur toujours plus présente en France.

B. L'original tempérament à la sanction d'inopposabilité

589. Malgré la lettre de l'article 21, la première chambre civile de la Cour de cassation a récemment rendu une décision *contra legem*, dans le cadre de la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe contracté avant la loi du 17 mai 2013, à l'occasion de laquelle elle a considéré que le mariage produit effet à l'égard des tiers, non pas au jour de la transcription, mais au jour de la célébration. En l'espèce, les époux, l'un de nationalité franco-espagnole et l'autre de nationalité italienne, se sont mariés à Madrid le 23 mai 2011. À la suite du décès du premier survenu le 29 août 2013, le second a sollicité le transfert à son profit du bail d'un local à usage d'habitation qui avait été consenti au défunt. Par un arrêt en date du 11 juin 2015, la Cour d'appel de Paris rejette la demande en retenant que le mariage n'a pu produire d'effets à l'égard du tiers bailleur qu'à compter 8 janvier 2014, date de sa transcription sur les registres de l'état civil français, soit postérieurement à la résolution du bail consécutive au décès du locataire¹⁸⁵⁹. Or, la première chambre civile de la Cour de cassation à l'occasion d'un arrêt en date du 7 décembre 2016 casse et annule la précédente décision¹⁸⁶⁰. Au visa des articles 171-1 et 171-5 du Code civil, de l'article 21 de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 et de l'article 14 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, elle rappelle tout d'abord que le mariage contracté en pays étranger entre un Français et un étranger est valable s'il a été célébré selon les formes usitées

¹⁸⁵⁶ M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, Lextenso Editions, 2018, 9^{ème} éd., p. 119, n° 199.

¹⁸⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, préc.

¹⁸⁵⁸ Cf. *supra* n° 491 et s.

¹⁸⁵⁹ CA Paris, 11 juin 2015, n° 14/16347.

¹⁸⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2016, n° 15-22.996, *JCP G* 2016, act. 1380, obs. F. Mailhé ; *JCP G* 2017, p. 136, note E. Fongaro ; *Dr. fam.* 2017, chron. 1, V. Egéra ; *Dr. fam.* 2017, comm. 56, M. Gayet ; *Dr. fam.* 2017, comm. 145, I. Ka ; *Loyers et copropriétés* 2017, comm. 38, B. Vial-Pétroletti.

dans le pays de célébration. Ainsi, la transcription prescrite par le deuxième de ces textes, qui n'est soumise à aucune exigence de délai, rend la qualité de conjoint opposable aux tiers depuis la date du mariage.

590. En pratique, ladite solution prive d'effet la règle de l'inopposabilité dans la mesure où « *le mariage sera presque toujours opposable, puisque la transcription à effet rétroactif pourra toujours être faite, comme l'énonce la Cour de cassation, sans "exigence de délai"* »¹⁸⁶¹. Il est vrai qu'il est possible de tempérer cette solution en se fondant sur l'article 171-5 du Code civil qui dispose que « *pour être opposable aux tiers en France, l'acte de mariage d'un Français célébré par une autorité étrangère doit être transcrit sur les registres de l'état civil français* »¹⁸⁶², et ce sans préciser la date d'effet du mariage. Néanmoins, la Cour de cassation se prononce également au visa de l'article 21 de la loi du 17 mai 2013 dont les termes sont suffisamment clairs afin de ne pas avoir de doute concernant la date de prise d'effets. De plus, cette disposition ayant été adoptée dans le cadre particulier des mariages entre personnes de même sexe célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi 17 mai 2013, il semble tout à fait opportun de l'appliquer en priorité aux faits de l'espèce. Malgré le tempérament louable apporté à la sanction d'inopposabilité à l'occasion de cet arrêt, « *par la rétroactivité qu'il confère à la transcription, [il] présente des conséquences pratiques dont on ne sait si elles ont été bien mesurées par les conseillers de la première chambre civile* »¹⁸⁶³. En effet, même si cette solution peut être justifiée par le fait « *qu'à partir du moment où le mariage a été valablement contracté à l'étranger et que la transcription qui a pour finalité essentielle de contrôler la réalité des mariages contractés par un Français à l'étranger, n'a révélé aucune fraude, il semble normal que la qualité de conjoint soit reconnue dès la date du mariage et que ne soit pas sanctionnée outre mesure une simple négligence administrative* »¹⁸⁶⁴, il est certain qu'elle n'offre pas une protection suffisante à l'égard des tiers qui ne pouvaient prendre en compte un mariage entre personnes de même sexe qui s'avérait être nul au moment de sa célébration¹⁸⁶⁵.

¹⁸⁶¹ F. Mailhé, « Effet rétroactif de la transcription de l'acte étranger de mariage d'un Français », *JCP G*, n° 51, 19 déc. 2016, p. 1380.

¹⁸⁶² V. en ce sens : F. Mailhé, « Effet rétroactif de la transcription de l'acte étranger de mariage d'un Français », art. préc. - E. Fongaro, « Effet rétroactif de la transcription d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 », *JCP G*, n° 6, 6 févr. 2017, p. 136.

¹⁸⁶³ E. Fongaro, « Effet rétroactif de la transcription d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 », art. préc.

¹⁸⁶⁴ B. Vial-Pedrolettil, « Transfert du bail : date d'opposabilité au bailleur de la transcription de l'acte de mariage », *Loyers et Copropriété*, n° 2, févr. 2017, comm. 38.

¹⁸⁶⁵ I. Ka, « Validité et opposabilité aux tiers du mariage d'un Français célébré à l'étranger », *Dr. fam.*, n° 6, juin 2017, comm. 145.

591. Il a été souligné que la Cour de cassation « *atténue la différence de traitement créée par l'article 171-5 entre les couples de Français (ou dont un membre est Français) et les couples de nationalité étrangère, dont le mariage est directement opposable aux tiers à compter de sa célébration, sans qu'il ne leur soit nécessaire de recourir à la moindre formalité* »¹⁸⁶⁶. Cependant, si cet argument peut convaincre en ce qui concerne les couples hétérosexuels et les couples homosexuels s'étant unis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, il n'est pas certain qu'il se vérifie concernant les époux s'étant mariés antérieurement à cette même loi. En effet, le bénéfice de l'article 21 ne semble s'apparenter qu'aux couples de Français ou aux couples impliquant au moins un Français.

592. Afin d'anticiper les difficultés relatives à l'introduction en droit français du mariage entre personnes de même sexe, le législateur a pris soin de régler les conflits de lois dans le temps par le biais de cette disposition transitoire. Pour autant, elle ne semble pas convaincante à tous les niveaux. La solution est plus aisée en ce qui concerne la reconnaissance des mariages célébrés après la loi du 17 mai 2013.

Section 2. La reconnaissance des mariages célébrés après la loi du 17 mai 2013

593. Afin de trancher la question de la reconnaissance, en France, des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger, il convient de se référer à la règle de conflit de lois inscrite à l'article 202-1 du Code civil (Sous-section 1). Cependant, le législateur français ne réserve pas le mariage homosexuel aux nationaux et aux individus dont la loi nationale permet une telle union, mais favorise son extension. Ainsi, la reconnaissance à l'étranger des mariages entre personnes de même sexe célébrés en France mérite une attention particulière (Sous-section 2).

Sous-section 1. La reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger en France

594. Auparavant, la question de la reconnaissance en France d'un mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger était très discutée. En effet, l'altérité était un élément nécessaire à la formation du mariage, il n'aurait pas été illogique d'intégrer l'union homosexuelle célébrée à l'étranger dans la catégorie en France des partenariats enregistrés,

¹⁸⁶⁶ J. Waszek, « L'opposabilité rétroactive de la transcription du mariage d'un ressortissant français célébré à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2017, p. 66.

offrant un statut aux couples de même sexe¹⁸⁶⁷. Cette solution est retenue par plusieurs droits étrangers, notamment le droit suisse, le droit autrichien ou encore le droit allemand¹⁸⁶⁸. Cependant, la France semblait s'orienter vers la qualification de mariage et vers la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe valablement célébrés à l'étranger¹⁸⁶⁹. Aujourd'hui, le principe de reconnaissance est acquis (Paragraphe 1) et le cas de refus fondé sur la seule condition relative au sexe des époux est exceptionnel (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une reconnaissance acquise par l'article 202-1 du Code civil

595. Selon la tradition française, la même règle de conflit sert à apprécier la validité d'un mariage célébré en France et celle d'un mariage célébré à l'étranger. Le principe de reconnaissance est donc acquis étant donné que le législateur a ouvert le mariage aux personnes de même sexe en droit interne. En outre, la nouvelle règle de conflit de lois édictée à l'article 202-1 du Code civil est si peu exigeante qu'elle permet « *la reconnaissance quasi générale des unions homosexuelles célébrées à l'étranger* »¹⁸⁷⁰. Si la présence de conventions bilatérales relatives au statut personnel conclues par la France avec plusieurs États aurait pu être une entrave à la reconnaissance de certains mariages, tel n'est finalement pas le cas. Ainsi, après avoir envisagé les conditions favorables à l'accueil des unions homosexuelles célébrées à l'étranger (I), il conviendra d'évoquer la mise à l'écart des conventions bilatérales relatives au statut personnel conclues par la France (II).

I. Les conditions favorables à l'accueil des mariages entre personnes de même sexe

596. Un mariage célébré à l'étranger après l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013¹⁸⁷¹ devra seulement respecter les conditions de fond et de forme prévues par le Code civil (A). Le législateur français exigeant un lien avec un territoire autorisant un mariage homosexuel - si ce dernier correspond à la loi nationale, la loi du domicile ou la loi de résidence

¹⁸⁶⁷ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit français : refus et/ou reconnaissance », *RID comp.*, 2010, p. 245.

¹⁸⁶⁸ Cf. *infra* n° 626.

¹⁸⁶⁹ É. Fongaro, « Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé (à propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005) », *JDI*, 2006, p. 477.

¹⁸⁷⁰ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 86.

¹⁸⁷¹ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

- afin que l'union soit valable, la faveur accordée à la reconnaissance se retrouve dans le caractère permissif de ces critères de rattachement (B).

A. Le respect des conditions de fond et de forme de formation de l'union

597. Les mariages seront appréciés par le juge français selon les règles de conflit de lois régissant les conditions de fond et de forme prévues par les articles 202-1 et 202-2 du Code civil. Ainsi, un mariage entre personnes de même sexe sera reconnu dès lors qu'il a été célébré par une autorité étrangère compétente qui émane d'un État admettant l'union entre personnes de même sexe et dans le respect des formalités prévues par la loi de l'État de célébration. De plus, le mariage devra être valable en vertu de la loi nationale de l'un des époux ou bien de la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a son domicile ou sa résidence. La faveur accordée au principe de reconnaissance des unions homosexuelles célébrées à l'étranger est très importante. Il s'agit d'une faveur non étonnante au vu des règles de conflit édictées et de l'éviction de la loi prohibitive normalement compétente.

598. Il est donc uniquement nécessaire que le mariage entre personnes de même sexe puisse être considéré comme ayant été valablement célébré dans un pays étranger. En pratique, il suffira que l'autorité étrangère se déclare compétente puisque si tel est le cas, cela garantit généralement la validité de l'union au regard de l'article 201-1, alinéa 2 du Code civil. Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron en déduit que « *la compétence de l'autorité qui célèbre l'union commande presque toujours la validité internationale du mariage* »¹⁸⁷².

599. Le seul respect des conditions de fond et de forme de formation de l'union entraîne une reconnaissance accrue, en France, des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger. De plus, le législateur français ayant adopté des critères très permissifs, le rayonnement de ce libéralisme se vérifie à nouveau.

B. Des critères de rattachement excessivement permissifs

600. Calquée sur l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil, règle régissant la formation de l'union homosexuelle sur le territoire français, la reconnaissance est tout aussi libérale. Ainsi, le législateur français ayant adopté des critères de rattachement alternatifs avec le territoire d'un État autorisant l'union entre personnes de même sexe¹⁸⁷³, ces mêmes critères se retrouvent en

¹⁸⁷² H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 93.

¹⁸⁷³ Cf. *supra* n° 395 et s.

ce qui concerne la reconnaissance. Il convient, notamment, d'envisager celui de la résidence et celui de la nationalité.

601. L'un des critères de rattachement permettant de valider une union entre personnes de même sexe réside dans l'existence d'une résidence dans un État admettant le mariage homosexuel. La notion de résidence est envisagée au sens du droit interne et non au sens du droit international privé qui impose que celle-ci soit habituelle¹⁸⁷⁴. Ainsi, cette conception laisse clairement entrevoir l'ouverture internationale voulue par le législateur français quant à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. Cependant, l'utilisation de concepts du droit interne à l'échelle internationale et *a fortiori* aux situations impliquant des éléments d'extranéité est nécessairement source de difficultés. Il appartiendra alors à la jurisprudence française d'apprécier si le ou les futurs époux de même sexe s'étant unis à l'étranger possédaient bien leur résidence sur l'État en cause au moment de la célébration du mariage. Or, deux solutions sont envisageables : « *se contenter de projeter internationalement les règles de l'article 74 telles qu'interprétées* »¹⁸⁷⁵ par l'instruction générale relative à l'état civil ou « *poser un minimum d'exigence pour que la proximité avec un État qui admet une telle union paraisse plus significative, sans pour autant recréer une condition de résidence habituelle* »¹⁸⁷⁶. En réalité, aucune des deux solutions n'est satisfaisante. La première impliquerait de retenir un lien très souple avec un État, afin de valider l'union en question, pour la seule raison que celui-ci admet le mariage entre personnes de même sexe. Quant à la seconde, il s'agirait de « *donner aux mêmes mots dans un même texte, deux sens différents selon que l'on apprécie la création d'une situation ou sa reconnaissance* »¹⁸⁷⁷. En réalité, la logique commande d'exiger avec l'État de célébration la même proximité que celle commandée lorsque l'union est célébrée sur le territoire français. Ainsi, la résidence serait établie sous respect d'une durée minimale, à savoir par au moins un mois d'habitation continue sur le territoire en cause.

602. De nouveau apparaissent les limites de la règle de conflit de lois très permissive adoptée par le législateur français. Le critère de la nationalité implique aussi une reconnaissance très favorable, en France, des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger notamment face à un individu présentant une double nationalité. La règle de conflit posée par l'article 202-1 du Code civil reconnaît la proximité fondée sur la nationalité d'un État admettant le mariage entre personnes de même sexe afin de valider une telle union. Or, ce critère implique

¹⁸⁷⁴ Cf. *supra* n° 402.

¹⁸⁷⁵ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 88.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*

de prendre en compte la jurisprudence *Garcia Avello*¹⁸⁷⁸ selon laquelle il est impossible de priver un citoyen européen d'un droit que lui ouvre la loi d'un État membre dont il a la nationalité¹⁸⁷⁹. Par exemple, une personne de nationalité germano-belge résidant en Allemagne se marie, en Belgique, avec un ressortissant allemand résidant également en Allemagne. Il est clair que « *tous les liens feraient de la nationalité allemande la nationalité effective de l'intéressé* »¹⁸⁸⁰. Pour autant, il semble que les juges français se doivent d'accepter la validité d'un tel mariage en conformité avec la jurisprudence précédente.

603. L'esprit de faveur du législateur lors de l'adoption des règles de droit international privé quant à l'union entre personnes de même sexe entraîne des hypothèses où la logique et la cohérence dicteraient une solution différente de celle que la jurisprudence se devra d'adopter afin de respecter les dispositions législatives. En outre, la reconnaissance des unions célébrées à l'étranger mettra nécessairement à l'écart les dispositions issues des Conventions bilatérales conclues par la France.

II. La mise à l'écart des conventions bilatérales relatives au statut personnel

604. Tout comme au stade de la célébration de l'union entre personnes de même sexe, il semble qu'au stade de la reconnaissance, les conventions bilatérales relatives au statut personnel soient écartées¹⁸⁸¹ étant donné que les règles de conflit de lois servent également à assurer la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger.

605. Par exemple, un mariage célébré entre un Marocain et un Français en Belgique sera reconnu en France, nonobstant la Convention franco-marocaine de 1981¹⁸⁸², dès lors que la loi nationale de l'époux français autorise le mariage entre personnes de même sexe et que les formalités prévues par la loi belge et les articles 171-1 et suivants du Code civil auront été respectées, sous réserve que les conditions de fond du mariage au regard de la loi nationale de chacun des époux soient respectivement remplies.

¹⁸⁷⁸ CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, préc.

¹⁸⁷⁹ Cf. *supra* n° 27.

¹⁸⁸⁰ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 89.

¹⁸⁸¹ Cf. *supra* n° 491 et s.

¹⁸⁸² Décr. n° 83-435 du 27 mai 1983 portant publication de la convention entre la république française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, préc.

606. La reconnaissance d'une union homosexuelle célébrée à l'étranger pourrait, éventuellement, se heurter à un refus de reconnaissance dans des circonstances très particulières.

Paragraphe 2. Un refus exceptionnel de reconnaissance

607. Il est aisé de se rendre compte que les mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger seront favorablement accueillis sur le territoire français. Le législateur aurait d'ailleurs pu aller plus loin si la règle de conflit figurant dans le projet de loi avait été adoptée. En effet, celle-ci prévoyait que « *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* »¹⁸⁸³. Une telle règle aurait permis de reconnaître tous les mariages homosexuels à la seule condition qu'ils aient été célébrés sur le territoire d'un État autorisant ledit mariage. Tel n'a pas été le choix du législateur ce qui implique que les mariages célébrés sans aucun lien de rattachement avec le pays de célébration pourraient ne pas être reconnus en France (I). Néanmoins, il convient de nuancer cette sanction qui pourrait être contestée (II).

I. Un mariage autorisé sans aucun lien de rattachement avec le pays de célébration

608. Un mariage célébré à l'étranger pourrait se heurter à un refus de reconnaissance en France, dans le cas où les deux époux sont étrangers, de lois nationales prohibitives, ne possédant pas de résidence dans un État admettant le mariage homosexuel et qu'ils aient pu faire célébrer ce mariage, malgré l'ensemble de ces éléments cumulatifs, dans un État le permettant et n'exigeant aucun lien avec le couple comme la nationalité, le domicile ou la résidence. Autrement dit, il s'agirait d'une situation où un mariage entre personnes de même sexe aurait été célébré dans un État qui ne pose aucune ou peu d'exigence en matière de célébration du mariage.

609. Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron en donne une illustration. Le problème pourrait surgir avec le Québec où aucune condition de domicile ou de résidence n'est posée pour pouvoir s'y marier¹⁸⁸⁴. Certes, le mariage ne peut, en principe, être valablement célébré

¹⁸⁸³ Article 202-1, alinéa 2 du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 nov. 2012.

¹⁸⁸⁴ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », art. préc., spéc. n° 163.

que si la loi du domicile des intéressés l'autorise, mais le Code civil québécois dans son article 366 permet à toute personne qui se fait habilitier par le ministre de la Justice de célébrer un mariage. Ainsi, il pourrait arriver que le célébrant laisse contracter un mariage dont la validité serait douteuse ne connaissant pas les règles de droit international privé dont il est censé vérifier le respect. Néanmoins, il pourrait faire intervenir l'ordre public québécois en matière internationale afin de le valider.

610. La reconnaissance envisagée selon la règle de conflit de lois posée en matière de formation du mariage entraîne très peu de situations dans lesquelles un mariage entre personnes de même sexe contracté à l'étranger ne serait pas reconnu en France. Encore faut-il que les garanties offertes par les juridictions supranationales ne condamnent pas cette absence de reconnaissance.

II. Un refus de reconnaissance contestable

611. Il convient de s'interroger sur l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne qui pourrait imposer la reconnaissance de ces mariages valablement contractés sur le territoire étranger¹⁸⁸⁵. La première est favorable à la reconnaissance des situations familiales valablement créées dans un autre État membre au nom du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁸⁸⁶. La seconde justifierait la reconnaissance des situations créées à l'étranger au nom de la garantie du principe de libre circulation des personnes et de leur statut dans l'Union européenne¹⁸⁸⁷.

612. Le législateur français aurait pu s'inspirer de la Convention de La Haye du 14 mars 1978¹⁸⁸⁸ qui distingue la question de la célébration et de la reconnaissance du mariage et pose un principe général de reconnaissance pour ce dernier. En effet, le droit français s'est montré très favorable aux unions entre personnes de même sexe et aurait donc pu prendre le parti d'une telle solution qui aurait permis d'éviter de nombreuses confusions et difficultés jurisprudentielles. En comparaison, comme le droit international privé français, le droit international privé belge ne connaît pas de règles spécifiques afin d'apprécier la validité d'un mariage célébré à l'étranger. Cependant, dans le cas d'une union entre personnes de même sexe,

¹⁸⁸⁵ Cf. *infra* n° 648 et s.

¹⁸⁸⁶ Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner c./ Luxembourg*, req. n° 76240/01, préc. ; Cour EDH, 3 mai 2011, *Négroponis-Giannisis c./ Grèce*, req. n° 56759/08, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 817, note P. Kinsh.

¹⁸⁸⁷ CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, préc. ; CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/209, préc.

¹⁸⁸⁸ Cf. *infra* n° 641 et s.

le législateur belge est resté fidèle aux concepts de droit international privé en exigeant un lien avec la résidence habituelle - et non une résidence au sens de son droit interne - de l'un des époux pour admettre la reconnaissance de l'union¹⁸⁸⁹.

613. La question de la reconnaissance, en France, des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger a pour avantage principal d'assurer une « *unité de traitement entre mariages entre personnes de même sexe et de sexe différent* »¹⁸⁹⁰. Il convient également d'étudier la situation inverse, soit la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe célébré en France à l'étranger.

Sous-section 2. La reconnaissance d'un mariage célébré en France à l'étranger

614. Il est acquis que le législateur a souhaité, par le biais de la règle de conflit de lois adoptée en matière de mariage entre personnes de même sexe, faciliter la célébration de telles unions en France. Néanmoins, un si large champ d'application va nécessairement causer des problèmes lorsque la reconnaissance des mariages célébrés en France, lors du retour des intéressés dans leur État d'origine, sera envisagée. Les risques d'unions boiteuses, voire de sanctions pénales pour les intéressés ont été vivement critiqués par la doctrine. La circulaire du 29 mai 2013¹⁸⁹¹ a donné une mission particulière aux officiers de l'état civil chargés de célébrer des unions à risque. La reconnaissance des mariages est bien évidemment loin de faire l'unanimité, mais peu importe la réaction adoptée par l'État d'accueil, celle-ci est conditionnée par sa position initiale tant concernant ses dispositions de droit interne que de droit international privé (Paragraphe 1). Après avoir présenté, les différentes réactions auxquelles un mariage entre personnes de même sexe célébré en France pourrait être confronté, il sera utile de s'interroger sur l'éventuelle réception de ces unions à l'aune d'une méthode différente. En effet, la méthode de la reconnaissance des situations créées à l'étranger ne cesse de faire l'objet de travaux doctrinaux et émerge dans la jurisprudence des instances supérieures. Une réflexion sur l'utilisation de cette méthode afin de traiter de la reconnaissance des mariages en cause semble indispensable (Paragraphe 2).

¹⁸⁸⁹ Belgique, Code civil, art. 46, al. 2.

¹⁸⁹⁰ P. Hammje, « « Mariage pour tous » et droit international privé », art. préc., spéc. n° 20.

¹⁸⁹¹ Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc.

Paragraphe 1. Une reconnaissance conditionnée par la position de l'État d'accueil

615. La loi du 17 mai 2013¹⁸⁹² a donné une ouverture internationale au mariage homosexuel en permettant sa célébration sur le territoire français aux couples de Français, aux couples mixtes impliquant un Français et même aux couples de nationalité étrangère. Pour autant, à l'heure actuelle, le nombre de pays ayant ouvert l'accès du mariage aux couples de même sexe reste mince. Des difficultés se poseront donc lorsque la reconnaissance de telles unions sur le territoire étranger sera envisagée. Elles seront réglées eu égard aux règles de conflit étrangères et à l'ordre public international du for. Cette différence de conception du mariage entraînera nécessairement la création de situations boiteuses et constituera un frein à la continuité des situations juridiques dans la sphère internationale. Par souci de clarté, les réactions à l'encontre d'un mariage entre personnes de même sexe méritent d'être scindées selon la position du droit interne étranger. Elles seront ainsi différentes selon l'admission du mariage entre personnes de même sexe dans l'État intéressé (I) ou son refus (II).

I. La reconnaissance dans un pays admettant l'union entre personnes de même sexe

616. *A priori*, la validité d'une union homosexuelle célébrée en France dans un pays admettant le mariage entre personnes de même sexe devrait être facilitée dans la mesure où une communauté de vues existe dans les États en cause. Pour autant, la solution n'est, en pratique, pas si évidente dans la mesure où, selon la méthode classique de reconnaissance, seront regardées les règles de conflit étrangères plus que leurs dispositions de droit interne (A). Or, ladite méthode ne semble pas nécessairement adaptée au caractère international de la situation afin d'assurer la continuité des statuts conjugaux au-delà des frontières (B).

A. L'utilisation de la méthode classique de reconnaissance

617. Afin de traiter la reconnaissance à l'étranger d'un mariage entre personnes de même sexe célébré en France, il convient d'appliquer, selon la méthode classique en droit international, les règles de conflit de lois étrangères. Ainsi, « *le mariage sera reconnu comme ayant été valablement contracté s'il a été célébré en conformité avec la ou les lois applicables selon les règles de conflit régissant le mariage dans le pays d'accueil* »¹⁸⁹³. Cependant, la

¹⁸⁹² L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁸⁹³ H. Fulchiron, « La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain... », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2013, dossier 30, spéc. n° 4.

reconnaissance à l'étranger des mariages entre personnes de même sexe doit également être appréciée eu égard à l'ordre public international de l'état d'accueil.

618. À titre d'exemple, l'article 46 de la loi belge portant Code de droit international privé assure la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe si l'un des intéressés possède la nationalité d'un État ou a sa résidence sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage. Ainsi, le mariage célébré entre une Française et une Suisse en France sera reconnu en Belgique dans la mesure où l'une des épouses possède la nationalité française, soit un État autorisant le mariage homosexuel. Ou encore, un mariage entre un Italien et un Croate, le premier possédant une résidence en France, célébré sur le territoire français sera également reconnu en Belgique. Bien que les deux lois nationales en présence n'admettent pas un tel mariage, le seul fait que l'un des époux possède une résidence dans un pays l'admettant suffira à la reconnaissance du mariage.

619. Néanmoins, parmi les États ayant autorisé le mariage entre personnes de même sexe, certains n'ont pas prévu de règles de conflit de lois. Ainsi, la solution apparaît plus délicate et il semble que « *seule l'intervention de l'ordre public pourrait évincer la loi personnelle prohibitive et sauver le mariage* »¹⁸⁹⁴. Par exemple, un mariage est célébré en France entre une Française et une Italienne, toutes deux résidant habituellement en Italie. Les épouses s'installent au Québec où le mariage entre personnes de même sexe est autorisé. Néanmoins, le législateur étranger n'a prévu aucune règle spéciale de droit international privé à l'encontre des mariages homosexuels. Ainsi, s'applique classiquement la loi du domicile qui correspond, en l'espèce, à la loi italienne qui ne reconnaît pas l'union entre personnes de même sexe. Afin que le mariage soit reconnu au Québec, il conviendrait que l'ordre public international québécois intervienne afin d'évincer la loi italienne.

620. La méthode conflictuelle fait l'objet d'une critique principale : celle qui l'accuse « *de ne pas tenir compte de la spécificité des relations internationales* »¹⁸⁹⁵. Critique de portée générale, cette dernière se vérifie dans le domaine de la reconnaissance du mariage.

B. Une méthode classique hostile à la reconnaissance

621. Le propre du droit international privé est de porter une appréciation sur une situation internationale. Un juge se demandera par exemple si tel mariage a été valablement

¹⁸⁹⁴ H. Fulchiron, « La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain... », art. préc., spéc. n° 6.

¹⁸⁹⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 77, n° 95.

contracté à l'étranger. Pour ce faire, le juge devra suivre le raisonnement conflictuel classique tendant à la compétence d'une loi désignée par les règles de conflit du for. Ainsi, la validité du mariage précédent sera appréciée eu égard à la loi désignée par la règle de conflit française. Cependant, dans l'hypothèse où la situation internationale s'est préalablement constituée à l'étranger, l'ordre juridique qui a, par exemple, procédé à la célébration du mariage l'a fait en conformité avec ses règles de conflit. En application de la méthode classique de reconnaissance, le juge français se doit de soumettre la situation à un nouvel examen selon la loi désignée par ses propres règles de conflit de lois.

622. C'est ici qu'apparaît la limite de cette méthode dans la mesure où la situation donnée, qui s'est pourtant valablement créée à l'étranger, peut ne pas être reconnue sur le territoire de l'État d'accueil. La mise en œuvre de la méthode conflictuelle *« n'atteint pas l'objectif qu'elle s'est fixé de garantir une certaine harmonie internationale des solutions, dans le souci d'offrir aux parties la prévisibilité et la stabilité des situations auxquelles elles peuvent aspirer »*¹⁸⁹⁶. Le statut de couple marié ne parvient pas nécessairement à résister lorsqu'est en jeu un franchissement de frontières. Il conviendrait, *« pour garantir la continuité internationale du lien conjugal, de prendre en compte la loi selon laquelle ce dernier a été constitué plutôt que de soumettre sa validité à une règle de conflit au facteur de rattachement abstraitement déterminé »*¹⁸⁹⁷. Une coordination des ordres juridiques nationaux est nécessaire afin de lutter contre les situations boiteuses de manière générale et les mariages boiteux de manière particulière. Un auteur a émis une remarque intéressante se vérifiant dans le domaine de notre étude. En réalité, *« il n'appartient pas à la règle de conflit du for 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 mais seulement de désignation de la loi applicable, d'une loi applicable »*¹⁸⁹⁸.

623. Le recours aux règles de conflit de lois reste indispensable au stade de la création d'une situation juridique, mais une méthode différente pourrait, semble-t-il, et ce malgré des inconvénients également, s'appliquer au stade de la reconnaissance afin d'assurer au mieux la continuité du statut conjugal au-delà des frontières¹⁸⁹⁹. Les difficultés sont certes moindres face à un État ayant ouvert, au sein de son droit interne, le mariage entre personnes de même sexe, mais elles existent du fait de la dimension internationale des situations. Les solutions seront

¹⁸⁹⁶ S. Clavel, *op. cit.*, p. 121, n° 218.

¹⁸⁹⁷ G. Escudey, *Le couple en droit international privé : contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple*, *op. cit.*, p. 24, n° 15.

¹⁸⁹⁸ Ch. Pamboukis, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », art. préc., spéc. n° 16.

¹⁸⁹⁹ Cf. *infra* n° 632 et s.

encore plus variées face à un État refusant ce type d'union dans la mesure où la conception nouvelle du mariage n'est pas accueillie avec faveur.

II. La reconnaissance dans un pays refusant l'union entre personnes de même sexe

624. La reconnaissance, à l'étranger, d'un mariage entre personnes de même sexe célébré dans un État permissif n'induit pas une solution unique dans la mesure où la réponse dépendra de nombreux facteurs propres à l'État d'accueil. Notamment, les dispositions internes quant au mariage homosexuel, les règles de conflit de lois adoptées par le pays en cause ou encore ses mécanismes internationaux tels que l'ordre public international auront une incidence et dicteront son attitude face à la réception des unions homosexuelles célébrées à l'étranger. Il est néanmoins possible de procéder à un panorama des différentes solutions susceptibles d'être adoptées. Si certains États optent pour un refus de reconnaissance, d'autres requalifient le mariage homosexuel en partenariat enregistré (A). Néanmoins, il arrive que les solutions adoptées soient plus libérales, il s'agira alors d'un accueil de l'union sous certaines conditions ou même purement et simplement (B).

A. Du refus de reconnaissance à la requalification en partenariat enregistré

625. Nombreux sont les États qui n'admettent pas la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe sur leur territoire et qui, en outre, peuvent même refuser catégoriquement les relations homosexuelles au sein de leurs dispositions internes. De tels États adopteront une réaction plutôt prévisible à l'égard des unions entre personnes de même sexe célébrées à l'étranger ; un refus absolu de reconnaissance est ainsi à prévoir. L'État étranger peut prendre le parti de refuser de reconnaître le mariage homosexuel célébré et ne laisser produire aucun effet à ce dernier au nom de l'ordre public international du for.

Un refus absolu de reconnaissance est nécessairement à prévoir dans les États sanctionnant pénalement les relations homosexuelles telles que le Maroc au sein duquel l'article 489 du Code pénal punit d'une peine de six mois à trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 à 1 000 dirhams quiconque commet un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe¹⁹⁰⁰. De même, en Tunisie où l'article 230 du Code pénal prévoit que les actes

¹⁹⁰⁰ Cf. l'annexe du rapport intitulé « L'audace face à l'adversité - Activisme en faveur des droits LGBT au Moyen-Orient et en Afrique du Nord », Organisation internationale *Human Rights Watch*, avr. 2018. Disponible sur : <http://www.hrw.org/fr>.

homosexuels tant féminins que masculins sont passibles de peines pouvant aller jusqu'à trois ans de prison¹⁹⁰¹ ou en Algérie, État dans lequel l'article 338 du Code pénal punit toute personne coupable d'un acte homosexuel d'une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement et d'une amende pouvant atteindre 2 000 dinars algériens¹⁹⁰².

Cette solution risque, en outre, d'être adoptée dans les États ayant inscrit l'hétérosexualité au sein de leur Constitution. À titre d'exemple, l'article 18 de la Constitution polonaise du 2 avril 1997¹⁹⁰³ prévoit que « *la République de Pologne sauvegarde et protège le mariage en tant qu'union de la femme et de l'homme* ». Également, la loi fondamentale hongroise du 25 avril 2011¹⁹⁰⁴ précise que « *la Hongrie protège l'institution du mariage en tant qu'union pour la vie en commun d'un homme et d'une femme* ». En Bulgarie, l'article 46 de la Constitution de la République¹⁹⁰⁵ énonce que « *le mariage est une union librement conclue entre un homme et une femme* ».

Le refus absolu de reconnaissance de l'union entre personnes de même sexe célébré en France pourrait également être opposé dans les États ayant adopté une règle de conflit de lois rejetant expressément les mariages homosexuels célébrés à l'étranger tel que la Roumanie. En effet, l'article 277, alinéa 1 du Code civil roumain prévoit que les mariages entre personnes de même sexe, conclus ou contractés à l'étranger soit par des citoyens roumains, soit par des citoyens étrangers, ne sont pas reconnus en Roumanie¹⁹⁰⁶.

626. Le refus absolu de reconnaissance est de loin la solution la plus extrême, mais pertinente afin de protéger l'ordre public international du for. Pour autant, il n'est pas certain qu'une telle solution ne soit pas sanctionnée par les instances européennes¹⁹⁰⁷. Certains États adopteront probablement une solution intermédiaire résidant dans une requalification en partenariat enregistré. En effet, plusieurs États, ne souhaitant pas à ce jour ouvrir le mariage aux personnes de même sexe et restant fidèles au mariage traditionnel impliquant un homme et une femme, ont institué un mode de reconnaissance légale du couple homosexuel. Les États qui ne souhaitent pas reconnaître les mariages homosexuels, mais ne pas ignorer purement et

¹⁹⁰¹ Cf. l'annexe du rapport intitulé « L'audace face à l'adversité - Activisme en faveur des droits LGBT au Moyen-Orient et en Afrique du Nord », préc.

¹⁹⁰² *Ibid.*

¹⁹⁰³ Pologne, Constitution de la République de Pologne du 2 avr. 1997, *Journal des Lois*, 16 juill. 1997, n° 78, texte 483.

¹⁹⁰⁴ Hongrie, Loi fondamentale [Alaptörvénye] du 25 avr. 2011, *Magyar Közlöny*, n° 43, 25 avr. 2011.

¹⁹⁰⁵ Bulgarie, Constitution de la République de Bulgarie du 13 juill. 1991, *JO*, n° 56, 13 juill. 1991.

¹⁹⁰⁶ Cité par H. Fulchiron, « Le « mariage pour tous » dans l'ordre international : entre articulation et confrontation des normes », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 30-2014, 2015. Juges constitutionnels et doctrine - Constitutions et transitions, p. 177 et s., spéc. p. 184.

¹⁹⁰⁷ Cf. *infra* n° 648 et s.

simplement, pour autant, ceux ayant été valablement célébrés à l'étranger procèdent à une requalification en partenariat enregistré. En effet, dans les États concernés, le mariage est toujours considéré comme l'union entre un homme et une femme. Ainsi, une telle union entre deux personnes de même sexe ne peut entrer dans la catégorie mariage. Cependant, ayant adopté un statut légal différent afin de reconnaître le statut de couple aux personnes de même sexe sous diverses formes de partenariats enregistrés, le mariage est requalifié comme tel.

À titre d'exemple, l'article 45, alinéa 3 de la loi suisse sur le droit international privé prévoit qu' « *un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré* »¹⁹⁰⁸. En outre, depuis l'introduction de l'union civile en Italie en 2016¹⁹⁰⁹, deux situations sont envisagées. D'une part, les mariages entre ressortissants italiens de même sexe seront reconnus comme union civile en Italie. D'autre part, les mariages de ressortissants étrangers de même sexe seront reconnus en Italie si leurs lois nationales l'admettent au titre de la reconnaissance des situations régulièrement contractées à l'étranger¹⁹¹⁰. Au Royaume-Uni et en Allemagne, les législateurs avaient adopté des dispositions similaires avant l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe dans ces deux États respectivement en 2013 et 2017. Ainsi, le *Civil Partnership Act* de 2004 dressait la liste des mariages susceptibles de recevoir la qualification de *civil partnership* au Royaume-Uni dans laquelle figurait le mariage entre personnes de même sexe au lieu de l'enregistrement¹⁹¹¹. La même solution était retenue en Allemagne. En effet, la jurisprudence allemande a eu l'occasion de requalifier un mariage homosexuel canadien en partenariat enregistré en se fondant sur l'article 17-b, alinéa 4 EGBG¹⁹¹². Il convient de noter que la requalification des mariages homosexuels en partenariat avait été réfutée en France dans une réponse ministérielle en date du 19 janvier 2011¹⁹¹³. Il avait été déclaré qu' « *il n'est pas envisageable, par ailleurs, d'assimiler ce mariage à un PACS, en raison des différences qui persistent entre ces deux types d'union* ».

¹⁹⁰⁸ Suisse, art. 45, alinéa 3 de la LFDIP introduit par le chapitre 17 de l'annexe à la LF du 18 juin 2004 sur le partenariat, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2007.

¹⁹⁰⁹ Italie, L. n° 76/2016 du 20 mai 2016 relative aux unions entre personnes de même sexe et le concubinage des autres couples, entrée en vigueur le 5 juin 2016.

¹⁹¹⁰ Italie, art. 32 bis introduit par décret n° 7/2017 dans la loi italienne de réforme du droit international privé de 1995.

¹⁹¹¹ *Civil Partnership Act* (2004), ch. 33 (UK), section 216.

¹⁹¹² Allemagne, G. Berlin 23 Kammer, 15 juin 2010, 23 A 24208 ; U.P. Gruber, « Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 65.

¹⁹¹³ Rép. min. du 19 janv. 2011, *JO Sénat Q*, 19 janv. 2011, p. 138.

627. Il est possible, néanmoins, que l'État étranger ne reconnaisse pas le mariage entre personnes de même sexe au sein de son droit interne, mais accepte d'accueillir un tel mariage célébré à l'étranger sur son territoire.

B. De l'accueil sous certaines conditions à l'accueil pur et simple

628. Il est probable que certains États accueillent le mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger, mais seulement sous certaines conditions. Cette solution est envisageable dans des pays qui disposent de mécanismes de droit international similaires aux nôtres tels que l'effet atténué de l'ordre public international ou encore la théorie de l'ordre public de proximité permettant de tempérer la reconnaissance.

L'effet atténué de l'ordre public international, construction jurisprudentielle française, va jouer en présence d'une « *situation créée à l'étranger et ayant produit des effets à l'étranger, qui, en soi, serait contraire à l'ordre public, mais qu'il s'agit simplement de reconnaître en France* »¹⁹¹⁴. Cette conception de l'ordre public a été consacrée, en France par l'arrêt *Rivière*¹⁹¹⁵, en date du 17 avril 1953, énonçant la formule suivante « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger* ». Autrement dit, « *lorsque le for est simplement invité à prendre acte et à tirer les conséquences d'une situation déjà existante, née à l'étranger, le juge doit observer une certaine retenue* »¹⁹¹⁶. Ainsi, « *avec la consécration de l'ordre public atténué, l'intervention de l'ordre public international repose [...] sur une distinction entre la création d'un droit et l'efficacité d'un droit déjà créé* »¹⁹¹⁷. Cette théorie repose sur deux considérations principales. D'une part, « *le poids du fait accompli* »¹⁹¹⁸ dans la mesure où « *s'il est aisé de refuser la création d'un droit en France sur le fondement de l'ordre public, il paraît peu réaliste de recourir à cette notion pour nier l'existence d'un droit reconnu à l'étranger et qui y a déjà produit ses effets* »¹⁹¹⁹. D'autre part, « *l'existence d'une certaine indifférence liée à l'éloignement géographique de la situation* »¹⁹²⁰ étant donné que « *les circonstances de sa*

¹⁹¹⁴ T. Vignal, *Droit international privé, op. cit.*, n° 188.

¹⁹¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, préc.

¹⁹¹⁶ F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.*, p. 616, n° 490.

¹⁹¹⁷ J. Guillaumé, « Ordre public international. – Intervention de l'ordre public international », préc., n° 47.

¹⁹¹⁸ M. Farge, « Détermination du droit applicable », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 512.451.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*

¹⁹²⁰ *Ibid.*

création ne concernent pas matériellement la vie juridique française »¹⁹²¹. Par conséquent, « *l'opinion publique est moins sensibilisée à l'efficacité [...] [de ladite situation] qu'elle ne le serait à la reconnaissance de la liberté d'accomplir en France dans la vie internationale ce qui est prohibé dans la vie interne* »¹⁹²².

Un État étranger ayant à se positionner quant à la reconnaissance d'un mariage homosexuel célébré dans un État permissif ayant adopté un mécanisme similaire à l'effet atténué de l'ordre public international le ferait-il intervenir ? En réalité, tout dépend du sens donné au terme « *mariage* ». Les États réservant, à l'heure actuelle, le mariage aux couples hétérosexuels envisagent cette institution comme l'union d'un homme et d'une femme. Si les catégories du droit interne peuvent être élargies afin d'y intégrer des institutions étrangères du droit du for pour les besoins du droit international privé¹⁹²³, la nature de l'institution se doit d'être respectée. Or, il semble peu probable que les États réservant le mariage aux couples hétérosexuels intègrent au sein de leur catégorie « *mariage* » de droit international privé l'union entre personnes de même sexe, car « *l'essence même du mariage est en cause* »¹⁹²⁴.

629. La théorie de l'ordre public de proximité¹⁹²⁵ repose sur le fait que la reconnaissance de certains effets d'une situation créée à l'étranger doit s'accompagner de l'analyse de l'intensité des liens de la situation juridique en cause avec l'ordre juridique du for. Ce mécanisme conditionne le déclenchement de l'exception d'ordre public à l'existence d'un lien de rattachement entre la situation et l'ordre juridique du for. Ce lien peut être de nature personnelle ou territoriale. L'ordre public de proximité intervient notamment en matière familiale. Il a été mis en œuvre en matière de divorce¹⁹²⁶, de mariage bigame¹⁹²⁷, de filiation¹⁹²⁸ ou encore de répudiation prononcée à l'étranger¹⁹²⁹. Ainsi, il est possible d'imaginer qu'un État qui possède un mécanisme similaire à la théorie de l'ordre public de proximité accepte de reconnaître l'union entre personnes de même sexe si la situation n'entretient aucun lien de proximité avec le *for* tel que la nationalité, le domicile ou encore la résidence.

¹⁹²¹ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 242.

¹⁹²² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 378, n° 297.

¹⁹²³ Cf. *supra* n° 190.

¹⁹²⁴ H. Fulchiron, « Le mariage homosexuel et le droit français », *D.* 2001, p. 1628.

¹⁹²⁵ Cf. *supra* n° 524 et s.

¹⁹²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} avr. 1981, *De Itturalde di Pedro*, préc.

¹⁹²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 6 juill. 1988, *Baaziz*, n° 85-12.743, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 71, note Y. Lequette.

¹⁹²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1993, *Latouz*, préc.

¹⁹²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2004, n° 01-11.549, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423, note P. Hammje ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. Gannagé ; *JCP G* 2004, II, 10128, note H. Fulchiron ; *D.* 2004, chron., p. 815, obs. P. Courbe ; *D.* 2004, chron., p. 824, concl. F. Cavarroc ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 28, p. 33, note M.-L. Niboyet ; *RTD civ.* 2004, p. 367, note J.-P. Marguénaud.

630. Plus rare sera la situation où l'État étranger bien qu'il rejette le mariage homosexuel en droit interne accepte de reconnaître un tel mariage valablement célébré à l'étranger. Pourtant, il se peut qu'un État n'ayant pas ouvert le mariage aux personnes de même sexe accepte tout de même de reconnaître ledit mariage célébré à l'étranger, et ce même si des liens sont caractérisés avec son territoire. Ainsi, le 21 novembre 2006, la *High Court of Justice* israélienne¹⁹³⁰ a admis la validité en Israël d'un mariage homosexuel célébré au Canada en 2003, bien que le droit interne ne l'admette pas. La Cour a considéré que les deux Israéliens de même sexe pouvaient enregistrer leur mariage en tant que tel en Israël au registre de la population. En pratique, « *la reconnaissance, en tant que tel, en Israël de ce mariage célébré à l'étranger donne des avantages fiscaux et permettrait même d'adopter un enfant* »¹⁹³¹.

631. La grande faveur du législateur français à la validité des unions entre personnes de même sexe conduit incontestablement à la création de situations boiteuses. L'étude de la reconnaissance à l'étranger des mariages célébrés dans un État permissif tel que la France amène à un constat qui ne laisse entrevoir que peu de situations dans lesquelles l'union sera reconnue. La circulaire du 29 mai 2013¹⁹³² avait, certes, anticipé cette réaction, mais les règles de conflit adoptées étaient de nature à la provoquer tout de même. Néanmoins, une évolution jurisprudentielle émanant des instances européennes pourrait tendre vers une reconnaissance plus étendue sur laquelle la Convention de La Haye du 14 mars 1978 semble s'aligner parfaitement.

Paragraphe 2. Réflexions sur l'utilisation de la méthode de la reconnaissance des situations créées à l'étranger

632. La méthode de la reconnaissance des situations offre un correctif aux inconvénients de l'utilisation de la règle de conflit de lois au stade de la reconnaissance¹⁹³³. Cette méthode repose sur le fait que « *l'État dans lequel une situation est invoquée renonce à l'application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de cette situation, au profit de la loi qui a fait surgir la situation* »¹⁹³⁴. Cette méthode a longtemps été cantonnée aux effets des décisions

¹⁹³⁰ Cité par G. Goldstein, « La cohabitation hors mariage en droit international privé », préc., p. 155. Consultable sur : <http://www.jpost.com>.

¹⁹³¹ G. Goldstein, « La cohabitation hors mariage en droit international privé », préc., p. 155.

¹⁹³² Circ. du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), préc.

¹⁹³³ Cf. *supra* n° 595.

¹⁹³⁴ 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*, Pedone, sept. 2013, p. 19 et s, spéc. p. 19.

étrangères, mais à l'heure actuelle, elle se présente « *comme une alternative susceptible de compléter, de relativiser voire de supplanter la méthode conflictuelle* »¹⁹³⁵. Il convient de noter qu'une étude portant sur les règles de droit international privé des principaux pays européens a révélé que la méthode de la reconnaissance des situations prend une place de plus en plus importante dans les rapports internationaux familiaux¹⁹³⁶. Appliquée à la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe, la méthode de la reconnaissance des situations offrirait, *a priori*, une reconnaissance maximale à ce type d'union (I). De plus, l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne et de leurs instruments respectifs guide dans une certaine mesure les solutions de droit international privé et la liberté des législateurs nationaux s'en trouve réduite. Or, utiliser la méthode de la reconnaissance des situations afin de traiter le sort des unions entre personnes de même sexe au-delà des frontières du lieu de célébration serait la solution afin de respecter les nouvelles exigences supranationales (II).

I. Une méthode *a priori* favorable à la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe

633. La méthode de la reconnaissance des situations créées à l'étranger n'a émergé, tant dans les travaux doctrinaux qu'en droit positif, que récemment. Ainsi, des incertitudes quant à ses conditions de mise en œuvre demeurent. En effet, dotée d'un esprit de faveur extrêmement libéral, cette méthode se doit d'être encadrée précisément afin de ne pas aboutir à des solutions qui ne seraient pas souhaitées. Après avoir discuté des conditions de mise en œuvre de la méthode (A), un exemple des difficultés qu'elle peut engendrer sera présenté au travers de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 (B).

A. Les conditions de mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance

634. La méthode de la reconnaissance des situations ne peut jouer que si la situation constituée à l'étranger est revêtue au minimum d'une présomption de régularité dans l'État d'origine justifiant la légitimité des prévisions des parties. Autrement dit, une cristallisation de la situation est nécessaire (1). Cependant, elle n'est pas à elle seule suffisante ; l'État d'accueil doit être convaincu que l'État de constitution est intervenu régulièrement dans la constitution de ladite situation (2).

¹⁹³⁵ A. Devers, « Nom », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 542, 14 oct. 2008, n° 11.

¹⁹³⁶ V. en ce sens : G.-P. Romano, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 457.

1. Une nécessaire cristallisation de la situation

635. La méthode de la reconnaissance des situations nécessite que la situation soit « cristallisée »¹⁹³⁷ ou pour le dire autrement concrétisée dans l'État de constitution. En effet, « les situations cristallisées sont [...] celles qui sont le plus facilement repérables dans l'État d'origine »¹⁹³⁸. Toute la difficulté réside dans la détermination du facteur permettant de considérer que la situation revêt bel et bien ce caractère¹⁹³⁹. La cristallisation d'une situation peut être caractérisée sans aucun doute par une décision de justice rendue par les juges de l'État de constitution qui procèdent à l'application définitive de la règle de droit. Ainsi, la méthode de la reconnaissance a-t-elle déjà été utilisée en droit international privé afin d'assurer la reconnaissance *de plano* des jugements étrangers¹⁹⁴⁰. Sont alors reconnues les situations juridiques énoncées dans le jugement étranger sans passer par une procédure d'*exequatur*.

La cristallisation d'une situation juridique peut ne pas être le résultat d'une décision de justice. En effet, une doctrine dominante retient qu'un autre facteur de cristallisation peut résider dans l'intervention d'une autorité publique, telle que la célébration d'un mariage par un officier de l'état civil exprimant un point de vue concret sur la validité du mariage. Il est vrai que « l'acte public que constitue la célébration du mariage n'est pas une décision dotée d'autorité [...]. Mais la célébration persuade les époux qu'ils sont effectivement mariés »¹⁹⁴¹.

Néanmoins, d'autres formes de cristallisation ont pu être mises en avant. Monsieur le Professeur Pierre Mayer évoque « une cristallisation lente, propre au statut personnel, qui se produit lorsque les parties vivent un certain temps dans un pays et y sont traitées d'une façon qui révèle le point de vue concret de l'ordre juridique de ce pays »¹⁹⁴². La question de l'application de la méthode de la reconnaissance aux situations effectivement créées à l'étranger reste en entière¹⁹⁴³.

¹⁹³⁷ Célèbre expression dégagée par Monsieur le Professeur Pierre Mayer : P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges P. Lagarde*, op. cit., p. 562, n° 29.

¹⁹³⁸ P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, Tome 371, 2014, p. 38

¹⁹³⁹ V. notamment : C. Latil, « La cristallisation d'une situation juridique, condition du déclenchement de la méthode la reconnaissance », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, op. cit., p. 185 et s., n°s 173 et s.

¹⁹⁴⁰ Cass. civ., 28 février 1860, *Bulkley c./ Defresne*, D. 1860, 1, p. 57, S. 1860. 1. 210, concl. Dupin ; *DP* 1860. 1. 57 ; *GADIP*, n° 4 ; Cass. civ., 9 mai 1900, *Prince de Wrède c./ Dame Maldaner*, S. 1901. 1. 185 ; *JDI* 1900, p. 613 ; *GADIP*, n° 10.

¹⁹⁴¹ P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, Tome 327, 2007, p. 347, n° 340.

¹⁹⁴² *Ibid.*, p. 348, n° 341.

¹⁹⁴³ V. sur ce point : Ch. Pamboukis, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », art. préc.

636. La cristallisation de la situation n'est pas à elle seule suffisante, des conditions supplémentaires sont nécessaires afin d'admettre la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger. En réalité, un parallèle peut être fait avec la méthode de la reconnaissance des décisions de justice. Les conditions de mise en œuvre des deux méthodes sont « *les mêmes ou en tout cas symétriques* »¹⁹⁴⁴.

2. *Le contrôle de l'intervention de l'État d'origine dans la constitution de la situation*

637. Une première condition semble résider dans la condition de proximité de la situation avec l'État de constitution que l'on pourrait rapprocher de la compétence de l'État d'origine. L'objectif de la méthode de la reconnaissance des situations est de garantir le respect des prévisions des parties. Deux positions sont alors possibles : une position libérale n'exigeant aucun lien entre l'État d'origine et la situation ou la nécessité de liens suffisants entre cet État et la situation y étant créée. La première solution ne peut obtenir une réception positive, car si les parties ont constitué une situation sur un État avec lequel elles n'avaient aucun lien, « *il devient difficile de soutenir qu'elles pouvaient légitimement s'attendre à voir le point de vue de cet ordre juridique rayonner urbi et orbi* »¹⁹⁴⁵. Comme il est exigé que le tribunal étranger soit compétent au regard de l'ordre juridique de l'État de reconnaissance dans la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance des décisions de justice, il est nécessaire que l'État d'origine entretienne des liens suffisants avec la situation dans celle de la reconnaissance des situations. Cependant, une trop grande rigueur viderait la méthode de la reconnaissance de sa substance et pourrait « *ressusciter indirectement la condition relative à la loi applicable* »¹⁹⁴⁶.

Si la doctrine est unanime quant à l'exigence d'une proximité entre la situation vouée à être reconnue et l'État d'origine, elle ne s'est pas accordée quant à la détermination de ce lien de proximité. Monsieur le Professeur Paul Lagarde relève qu'il pourrait être défini d'une part, positivement en exigeant que la situation se rattache à l'État d'origine de telle ou telle façon, par la nationalité, le domicile ou le lieu de naissance et d'autre part, négativement en considérant que la situation pourrait ne pas être reconnue si elle ne se rattache à l'État d'origine ni par la

¹⁹⁴⁴ 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*, op. cit., p. 19 et s, spéc. p. 22.

¹⁹⁴⁵ S. 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*, op. cit., p. 113 et s, spéc. p. 116.

¹⁹⁴⁶ 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*, op. cit., p. 19 et s, spéc. p. 23.

nationalité, ni par le domicile, ni par le lieu de naissance¹⁹⁴⁷. En réalité, « *le choix [...] est affaire de politique législative et varie selon les situations à reconnaître* »¹⁹⁴⁸.

638. L'exigence d'un lien de proximité est intimement liée à la question de la fraude à la loi¹⁹⁴⁹. Il est alors également question de se demander si ce mécanisme perturbateur, suscitant bien des controverses dans la doctrine contemporaine, a sa place dans la reconnaissance des situations. Nombreux sont les auteurs qui considèrent que la méthode de la reconnaissance ne peut exister que si elle est limitée par la fraude à la loi¹⁹⁵⁰. Pour autant, cette affirmation mérite d'être nuancée. La méthode de la reconnaissance entraîne nécessairement une autonomie de volonté des individus étendue. Autonomie qui peut être critiquable en ce qu'elle peut être perçue comme « *le signe d'une dilution de l'impérativité des règles de droit et d'un désengagement des États dans un monde global* »¹⁹⁵¹, mais qui est pour partie inhérente à cette méthode. Ainsi, est-il réellement possible de sanctionner une personne ayant fixé son domicile dans un État autorisant, par exemple, le mariage entre personnes de même sexe aux seules fins de la célébration de ce dernier ? Autrement dit, il est possible de se demander « *s'il y a fraude à faire usage de cette autonomie* »¹⁹⁵². Comme le relève Monsieur le Professeur Pierre Mayer, « *il peut sembler que des conditions de proximité définies avec précision suffisent à déjouer le risque de fraude* »¹⁹⁵³.

639. À côté de l'exigence d'un lien de proximité, la situation créée à l'étranger doit être conforme à l'ordre public international du for¹⁹⁵⁴. Ce mécanisme perturbateur est classique en droit international privé et se doit d'être mis en œuvre dans le processus de reconnaissance des situations. Le respect des prévisions des parties ne doit pas induire l'État sur lequel la demande de reconnaissance est formulée à accueillir des conceptions contraires à son ordre public international. La question qui se pose est plus celle de savoir s'il faut se contenter de la clause générale d'ordre public laissant une part d'incertitude ou pour chaque type de situation, sans

¹⁹⁴⁷ 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*, op. cit., p. 19 et s, spéc. p. 23.

¹⁹⁴⁸ P. Lagarde, « La reconnaissance. Mode d'emploi », in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, op. cit., p. 479 et s., spéc. p. 495.

¹⁹⁴⁹ Cf. *supra* n° 286 et s.

¹⁹⁵⁰ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, op. cit., p. 93, n° 114.

¹⁹⁵¹ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, op. cit., p. 221, n° 301.

¹⁹⁵² 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*, op. cit., p. 19 et s, spéc. p. 23.

¹⁹⁵³ *Ibid.*

¹⁹⁵⁴ Cf. *supra* n° 277 et s.

renoncer pour autant à la clause générale d'ordre public, dresser une liste concrète des exigences de l'ordre public¹⁹⁵⁵.

640. Si la méthode de la reconnaissance des situations peut séduire afin de respecter les prévisions légitimes des parties et assurer une harmonie internationale, elle ne présente pas que des avantages. L'objet de cette étude invite à envisager plus précisément cette méthode en examinant la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

B. L'exemple de la Convention de La Haye du 14 mars 1978

641. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1991, a été signée par six États¹⁹⁵⁶ et n'a été ratifiée que par trois d'entre eux : les Pays-Bas, le Luxembourg et l'Australie. Pour autant, elle a été proposée afin d'assurer et de favoriser la reconnaissance internationale des mariages entre personnes de même sexe¹⁹⁵⁷.

642. Ladite Convention prévoit, quant à la question de la validité du mariage, en son article 3, présentant un caractère facultatif, que « *le mariage doit être célébré lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'État de la célébration et que l'un d'eux a la nationalité de cet État ou y résident habituellement* ». Quant à la question de la reconnaissance, elle indique en son article 9 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* ». L'article 11 dresse tout de même une liste de motifs pour lesquels la reconnaissance peut être refusée. Ce sont un précédent mariage non dissous, l'existence d'un lien de parenté, la majorité sexuelle non acquise, l'absence de capacité à consentir ou un consentement vicié. De plus, l'article 14 réserve le jeu de l'ordre public international. Ainsi, un État est en droit de ne pas reconnaître une union si celle-ci est manifestement incompatible avec son ordre public. Enfin, la Convention n'évince pas totalement les règles de conflit de lois dans la mesure où l'article 13 indique que celles-ci peuvent s'appliquer si elles sont plus favorables à la reconnaissance des mariages à l'étranger.

¹⁹⁵⁵ 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*, op. cit., p. 19 et s., spéc. p. 23.

¹⁹⁵⁶ L'Australie, l'Égypte, la Finlande, le Luxembourg, les Pays-Bas et le Portugal.

¹⁹⁵⁷ V. en ce sens : H. Fulchiron, « La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain... », art. préc., spéc. n° 7 ; H. U. Jessurun d'Oliveira, « *Le partenariat enregistré et le droit international privé* », art. préc., p. 81 et s., spéc. p. 99.

643. Contrairement au raisonnement conflictuel classique, l'article 9 de la Convention invite les États parties à reconnaître la situation de personnes mariées si tel est le cas aux yeux de l'État du lieu de célébration. Il convient de préciser que par l'expression « *le droit de l'État de la célébration* », la Convention vise le droit international privé de cet État. À titre d'exemple, deux Français fixent leur domicile dans un État retenant l'application de la loi du domicile quant aux conditions de formation du mariage. Les intéressés se marient sur ce même État au sein duquel l'union est valable. L'application de la Convention entraîne la reconnaissance de ce mariage sur le territoire français alors qu'en suivant le raisonnement conflictuel classique, le mariage pourrait être déclaré nul en France au motif que les conditions de fond sont soumises à l'application de la loi nationale selon notre propre règle de conflit. Or, cette seconde option présente l'inconvénient de ne pas respecter les prévisions des parties dans la mesure où, dans l'esprit de ces derniers, l'intervention de l'officier de l'état civil a cristallisé la situation ce qui rend légitime la croyance des parties en la validité de leur union. L'objectif de la Convention est clair : « *il s'agit de ne pas porter atteinte à la stabilité de la situation juridique concrète consacrée dans l'État où la cérémonie a eu lieu* »¹⁹⁵⁸.

644. Cette Convention est jugée excessivement laxiste dans la mesure où elle n'exige aucun lien entre les époux et l'État du lieu de célébration du mariage. Ce libéralisme est d'autant plus renforcé étant donné que la Convention ne prévoit pas la possibilité d'invoquer une fraude à la loi à l'encontre des personnes ayant souhaité célébrer leur mariage dans un autre État afin d'éluder la loi normalement applicable. En prônant une telle autonomie individuelle, les parties sont libres de choisir l'État de célébration de l'union et ainsi la loi applicable à celle-ci quant au fond et à la forme « *dans une matière qui échappe pourtant traditionnellement au jeu de l'autonomie de la volonté* »¹⁹⁵⁹. Il aurait été *a minima* nécessaire d'exiger un lien de proximité entre l'État de célébration et au moins l'un des époux ; lien qui aurait pu classiquement se vérifier au regard de la nationalité, du domicile ou même de la résidence. Or, « *l'absence de tout contrôle de proximité, tant de l'autorité de célébration que de la loi appliquée, crée un vide juridique que le législateur international doit combler par une extension - peut-être inopportune - du recours à l'ordre public international* »¹⁹⁶⁰.

645. En outre, en évinçant le contrôle de la loi appliquée aux conditions de fond du mariage sans prévoir pour autant la moindre vérification de la compétence des autorités de l'État

¹⁹⁵⁸ S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 307, n° 17.

¹⁹⁵⁹ S. Clavel, *op. cit.*, p. 429, n° 690.

¹⁹⁶⁰ P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *préc.*, p. 192, n° 205.

de célébration, la Convention est la meilleure illustration de la *favor matrimonii*. Ainsi, « la "faveur systématique à la validité et à la reconnaissance" que poursuit la Convention traduit [...] une perception inexacte de la réalité des rapports internationaux en la matière »¹⁹⁶¹.

646. L'inconvénient majeur de l'application de la méthode la reconnaissance des situations et *a fortiori* de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 aux mariages entre personnes de même sexe réside dans le fait que plusieurs États ont adopté des règles particulièrement souples afin de permettre aux ressortissants étrangers de se marier. Le législateur français en est l'un des exemples les plus frappants¹⁹⁶². Ainsi, la combinaison de l'esprit laxiste figurant dans la Convention avec l'esprit tout aussi libéral des législateurs internes - notamment du législateur français - semble être la porte ouverte aux risques de tourisme nuptial ou de fraude à la loi, et ce sans que ces derniers puissent être sanctionnés. Un certain lien de proximité semble indispensable entre la situation en cause et l'État d'origine afin qu'une telle méthode soit envisageable.

647. En outre, il n'est pas certain que la Convention du 14 mars 1978 soit particulièrement bénéfique quant à la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe¹⁹⁶³. D'une part, elle date d'une époque où la question de ces mariages ne se posait pas encore. Ainsi, la question de savoir si de tels mariages sont inclus dans le champ d'application de la Convention reste en suspens. D'autre part, il convient de rappeler que la Convention réserve le jeu de l'ordre public. Les motifs de non-reconnaissance ne sont pas listés de manière exhaustive ce qui entraîne, à l'égard des États concernés, une certaine marge de manœuvre quant à l'accueil des unions célébrées à l'étranger. Si l'ordre public international peut être utilisé afin de ne pas reconnaître une union par le biais de la méthode conflictuelle classique, il semble qu'il pourrait tout autant l'être par l'usage de la méthode de la reconnaissance des situations. Cependant, l'impact des instances supérieures - Cour européenne des droits de l'Homme et Cour de justice de l'Union européenne - est susceptible d'orienter les États vers ladite méthode.

¹⁹⁶¹ Y. Lequette, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », préc., p. 53, n° 39.

¹⁹⁶² Cf. *supra* n° 395 et s.

¹⁹⁶³ V. sur ce point : H. Van Loon, « Articulation et interaction des normes », in H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 79 et s., spéc. pp. 81-86.

II. Une méthode alignée sur les exigences supranationales

648. Un État peut ne pas reconnaître une union célébrée à l'étranger pour deux raisons principales : soit la loi désignée par la règle de conflit de lois n'admet pas la validité, soit l'ordre public international du même État s'y oppose. Néanmoins, le respect des droits fondamentaux et des libertés de circulation des personnes garanti respectivement par la Cour européenne des droits de l'Homme (A) et la Cour de justice de l'Union européenne (B) semble désormais limiter la latitude donnée aux États dans leur marge d'appréciation. Or, la méthode de la reconnaissance des situations se concilie tout à fait avec les exigences de ces Cours et pourrait, à terme, être imposée aux législateurs nationaux afin que les droits garantis par les sources supranationales soient respectés.

A. Le respect des droits fondamentaux garanti par la Convention européenne

649. Sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme et des droits fondamentaux qu'elle protège comme le droit au respect de la vie privée et familiale, les États signataires peuvent se voir imposer de reconnaître des situations valablement constituées à l'étranger, mais irrégulières selon l'État du for. Si les règles et mécanismes de droit international privé relèvent en principe de l'appréciation des législateurs nationaux, la Cour européenne met un point d'honneur à vérifier que l'application de ceux-ci par les juridictions est en conformité avec les droits fondamentaux. Or, les exigences posées par cette Cour pourraient bien être remplies par l'utilisation de la méthode de la reconnaissance des situations. Tant les règles de conflit de lois (1) que l'ordre public international (2) sont influencés par les dispositions consacrées au sein de la Convention européenne des droits de l'Homme.

1. Une influence sur les règles de conflit de lois

650. La Cour européenne des droits de l'Homme veille à ce que l'application d'une règle de conflit de lois dans un État européen ne soit pas contraire aux droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne. Or, le refus de reconnaissance d'une union conjugale créée à l'étranger par application des règles de droit international privé de l'État d'accueil peut être contraire au droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de ladite Convention.

651. La Cour européenne s'est prononcée le 28 juin 2007 à l'occasion de l'affaire *Wagner contre Luxembourg*¹⁹⁶⁴ où elle a considéré que lorsqu'une relation familiale existe à l'étranger et relève de l'article 8 de la Convention européenne, les États signataires sont tenus d'adopter des règles favorisant sa reconnaissance. En l'espèce, une femme célibataire de nationalité luxembourgeoise a obtenu un jugement d'adoption plénière d'un enfant au Pérou. Les juridictions luxembourgeoises ont refusé d'accorder l'*exequatur* à cette décision au motif que le juge péruvien n'avait pas appliqué la loi normalement applicable. En effet, en application des règles de conflit de lois luxembourgeoises, la loi normalement compétente était la loi nationale de l'adoptant, soit la loi luxembourgeoise. Or, cette dernière réserve l'adoption plénière aux couples mariés. La requérante étant célibataire, l'adoption n'était pas opposable au Luxembourg. Elle s'est donc tournée vers la Cour européenne en invoquant une violation du droit au respect de la vie privée et familiale. Celle-ci fait droit à la demande en estimant que « *les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention* »¹⁹⁶⁵.

652. Cette solution illustre la volonté de la Cour européenne de favoriser la continuité des relations privées internationales¹⁹⁶⁶. La question s'est posée de savoir « *si la prise en compte de l'intérêt de l'enfant n'expliquait pas (et ne limitait pas ipso facto), cette jurisprudence* »¹⁹⁶⁷. Cependant, l'importance accordée à l'effectivité de la vie familiale¹⁹⁶⁸ permet d'envisager qu'un raisonnement similaire s'étende à d'autres situations, telles qu'une union célébrée à l'étranger. De plus, cette affaire pourrait avoir une portée limitée en ce qu'elle concernait la reconnaissance d'un jugement, mais « *le raisonnement [...] est parfaitement transposable à la reconnaissance des situations constituées à l'étranger (ou plus généralement par application d'une loi étrangère), sans intervention d'un juge ou même d'une autre autorité publique* »¹⁹⁶⁹.

653. En définitive, cette affaire semble relever « *la primauté des droits fondamentaux sur la discipline du droit international privé du for* »¹⁹⁷⁰ ce qui imposerait au juge national de

¹⁹⁶⁴ Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner c./ Luxembourg*, req. n° 76240/01, préc.

¹⁹⁶⁵ Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner c./ Luxembourg*, req. n° 76240/01, préc., § 133.

¹⁹⁶⁶ F. Marchadier, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.*, 2007, p. 2700.

¹⁹⁶⁷ H. Fulchiron, « La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain... », art. préc., spéc. n° 18.

¹⁹⁶⁸ A l'occasion de l'arrêt *Wagner*, la Cour indique que « *les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient de facto entre les requérantes et se dispenser ainsi d'un examen concret de la situation* » (§ 135).

¹⁹⁶⁹ 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 », *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 807.

¹⁹⁷⁰ R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », préc.

« tenir compte du sens et de l'ampleur de l'emprise des droits fondamentaux sur les règles concernant la reconnaissance des situations juridiques personnelles et familiales »¹⁹⁷¹. Or, l'utilisation de la méthode de la reconnaissance des situations en complément de la méthode conflictuelle classique serait un moyen pour les États parties de parvenir au résultat qu'exige la Cour de Strasbourg. Cette dernière n'a pas seulement une influence sur les dispositions conflictuelles. Elle veille, également, au contrôle du déclenchement de l'exception d'ordre public international qui se doit d'être en conformité avec les dispositions conventionnelles.

2. Une influence sur l'ordre public international

654. L'ordre public international a pour intention de protéger les valeurs fondamentales du for. S'il revient aux législateurs nationaux d'en définir les contours, la Cour européenne opère tout de même un contrôle sur ce dernier qui se doit de respecter les droits fondamentaux protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme.

655. L'affaire *Negropontis-Giannisis contre Grèce*¹⁹⁷² en date du 3 mai 2011 rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme constitue une illustration de ce contrôle. La Cour condamne la Grèce pour avoir refusé de reconnaître, pour non-conformité à l'ordre public international du for, un jugement d'adoption. En l'espèce, une adoption avait été prononcée aux États-Unis entre un moine de nationalité grecque et son neveu américain majeur. Les juridictions grecques ont estimé que le jugement d'adoption prononcé à l'étranger se heurte à l'ordre public international en ce que les conceptions religieuses et morales de l'Église Orthodoxe du Christ interdisent l'adoption par un moine. La Cour européenne considère que le refus de reconnaître l'adoption fondé sur des raisons d'ordre public ne répond pas à un besoin social impérieux. Ainsi, l'ingérence dans la vie privée du requérant est disproportionnée par rapport au but recherché.

656. Dans l'affaire précitée, la Cour européenne opère donc un contrôle sur la mise en œuvre de l'ordre public international par un État partie à la Convention. Ainsi, « *l'ordre public perd [...] le caractère essentiellement national qui le caractérisait naguère* »¹⁹⁷³. Un facteur supplémentaire a, cependant, été mis en avant dans cette décision : la communauté de vues entre les États parties. En effet, la Cour insiste sur le fait que les motifs invoqués par les juridictions

¹⁹⁷¹ R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », préc.

¹⁹⁷² Cour EDH, 3 mai 2011, *Negropontis-Giannisis c/ Grèce*, req. n° 56759/08, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 817, note P. Kinsch.

¹⁹⁷³ P. Kinsch, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 817.

grecques sont trop anciens et trop religieux¹⁹⁷⁴ pour répondre à un besoin social impérieux et que l'État grec est en marge de l'évolution sociétale actuelle. En définitive, les mécanismes de droit international privé - et notamment celui de l'ordre public international - propres à chaque État membre doivent permettre au statut familial qui est né dans un État de produire leurs effets dans les autres États parties sous peine de violer l'article 8 de la Convention européenne¹⁹⁷⁵.

657. Il est possible d'envisager un tel raisonnement à l'encontre de la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe. Cependant, la Cour européenne a clairement relevé, à ce jour, l'absence de consensus européen sur la question de tels mariages¹⁹⁷⁶. Si cette position devait évoluer, il est possible de penser que la solution adoptée dans l'affaire *Negropontis-Giannisis* pourrait être, par analogie, appliquée à la reconnaissance du mariage homosexuel. Même sans cette évolution, il convient de préciser que la Cour de Strasbourg a reconnu l'existence d'une vie familiale à l'occasion de l'arrêt *Schalk et Kopf contre Autriche*¹⁹⁷⁷, elle pourrait donc décider d'en assurer la protection en se fondant sur le fait que les motifs d'ordre public invoqués par un État ne correspondraient plus à un besoin social impérieux¹⁹⁷⁸. Il se peut donc que soit imposée aux États membres, afin d'être conforme à la Convention européenne et notamment au respect de la vie privée et familiale protégée par l'article 8 de celle-ci, la reconnaissance d'une union homosexuelle valablement célébrée à l'étranger lorsque celle-ci est demandée par les membres du couple.

658. La Cour européenne des droits de l'Homme a donc pour intention clairement affirmée que la reconnaissance des situations créées à l'étranger ne soit pas entachée d'un non-respect des droits consacrés par la Convention européenne, notamment celui du droit au respect de la vie privée et familiale. Ce contrôle s'opère tant sur le résultat de la règle de conflit de lois mise en œuvre par les juges nationaux que sur l'utilisation du mécanisme de l'ordre public international par ces derniers. De même, la Cour de justice de l'Union européenne a développé une jurisprudence semblable à la Cour de Strasbourg en fondant son contrôle sur la liberté de circulation des personnes.

¹⁹⁷⁴ Cour EDH, 3 mai 2001, *Negropontis-Giannisis c/ Grèce*, req. n° 56759/08, préc., § 76.

¹⁹⁷⁵ A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé : cours général », *RCADI*, Tome 330, 2009, p. 384, n° 233.

¹⁹⁷⁶ Cf. *supra* n° 150 et s.

¹⁹⁷⁷ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc.

¹⁹⁷⁸ V. en ce sens : H. Fulchiron, « La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain... », art. préc., spéc. n° 18.

B. Le respect des droits et libertés garanti par l'Union européenne

659. L'exigence de circulation des citoyens européens a conduit la Cour de justice de l'Union européenne à utiliser la méthode de la reconnaissance des situations créées à l'étranger. En effet, selon la Cour de justice, une obligation de reconnaissance des situations pèse sur les États membres en ce que les citoyens doivent être libres de circuler avec leur état civil. Néanmoins, un tel contrôle remet totalement en cause les fondements du droit international privé, notamment la méthode conflictuelle classique et la mise en œuvre de l'ordre public international. Si la Cour de justice a, en premier lieu, fourni des exemples jurisprudentiels en matière de nom (1), il se peut que cette conception soit étendue à la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe (2).

1. Une jurisprudence initialement appliquée en matière de nom

660. En droit de l'Union européenne, la méthode de la reconnaissance des situations a été admise en ce qu'elle permet d'assurer la libre circulation des ressortissants. L'intérêt réside dans le fait qu'elle permet d'accorder aux intéressés un statut identique à celui possédé dans le pays en étant à l'origine dans tous les États membres.

661. Dans un premier temps, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à contrôler l'application d'une règle de conflit de lois, en 2003, en matière de nom, dans l'affaire *Garcia Avello*¹⁹⁷⁹. Dans cet arrêt, la Cour de justice a estimé que le refus des autorités belges de faire droit à la demande de changement de nom d'un mineur belgo-espagnol, ayant toujours résidé en Belgique et dont les parents souhaitaient qu'il porte le nom de son père suivi de celui de sa mère conformément au droit espagnol, portait atteinte aux articles 12¹⁹⁸⁰ et 17¹⁹⁸¹ du Traité instituant la Communauté européenne. Les autorités avaient pris une telle décision dans la mesure où en Belgique, la transmission du nom est soumise à la loi nationale de l'intéressé. De plus, les conflits de nationalités étaient réglés à l'aide du principe de primauté de la nationalité

¹⁹⁷⁹ CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, préc.

¹⁹⁸⁰ L'article 12, aujourd'hui article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dispose que « l'Union poursuit les objectifs énoncés à l'article 11: en définissant les principes et les orientations générales de la politique étrangère et de sécurité commune, en décidant des stratégies communes, en adoptant des actions communes, en adoptant des positions communes et en renforçant la coopération systématique entre les États membres pour la conduite de leur politique ».

¹⁹⁸¹ L'article 17, alinéa 1^{er}, aujourd'hui article 20, alinéa 1^{er} du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dispose qu'« il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas » et en son alinéa 2 que « les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité ».

du for. Dès lors, les autorités belges se sont légitimement fondées sur la loi belge afin de déterminer le nom des enfants. En opérant un tel contrôle sur l'application d'une règle de conflit de lois par un État, la Cour de justice « *adopte une solution fonctionnelle du conflit positif de nationalités* »¹⁹⁸² et « *fait prévaloir la nationalité de l'État membre qui permet à l'intéressé de prétendre au bénéfice des libertés fondamentales garanties par le traité* »¹⁹⁸³.

662. Dans le même esprit, mais au-delà du seul conflit de nationalités, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée dans le cadre de l'affaire *Grunkin-Paul*¹⁹⁸⁴ en date du 27 avril 2006. En l'espèce, deux époux allemands avaient donné naissance à un enfant au Danemark, pays où ils résidaient. Conformément à la loi de résidence - loi danoise - applicable en vertu de la règle de conflit de lois danoise, cet enfant s'est vu attribuer le nom composé du père et de la mère. Les services allemands de l'état civil ont refusé la transcription du double-nom en ce que la loi allemande, compétente en tant que loi nationale en vertu de la règle de conflit allemande, n'admettait pas cette possibilité. La Cour de justice condamne l'Allemagne en ce que la solution adoptée impliquerait que l'intéressé porte un nom différent dans deux États membres ce qui lui causerait des inconvénients tant d'ordre professionnel que privé. Ainsi, le refus de l'ordre juridique allemand de reconnaître en Allemagne le nom attribué dans un autre État membre constitue une atteinte à la liberté de circulation garantie par l'article 18 du Traité instituant la Communauté européenne¹⁹⁸⁵.

663. La Cour de justice impose la reconnaissance par un État membre de la situation créée dans un autre État membre et « *limite l'usage de la règle de conflit du for à la création du droit dans l'État du for* »¹⁹⁸⁶. La volonté de la Cour de justice est donc de faciliter la libre circulation garantie à tous les citoyens européens, et ce au prix de s'immiscer dans le domaine du statut personnel en droit international privé par le biais d'un contrôle de l'incidence de l'application de la règle de conflit de lois. Cette position reflète « *la relativisation de la règle nationale de conflit au profit des principes communautaires* »¹⁹⁸⁷.

¹⁹⁸² 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 », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 80.

¹⁹⁸³ P. Lagarde, « Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité », *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 184.

¹⁹⁸⁴ CJCE, gr. ch., 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, préc.

¹⁹⁸⁵ L'article 18, alinéa 1^{er}, aujourd'hui article 21, alinéa 1^{er} du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dispose que « *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 le présent traité et par les dispositions prises pour son application* ».

¹⁹⁸⁶ P. Lagarde, « De l'obligation, pour un Etat-membre, de reconnaître le nom d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans le pays de naissance », art. préc.

¹⁹⁸⁷ F. Boulanger, « Le nom de l'enfant, prérogative individuelle dans un contexte international », *D.*, 2009, p. 845.

664. L'arrêt *Sayn Wittgenstein*¹⁹⁸⁸ rendue par la Cour de justice de l'Union européenne le 22 décembre 2010 vient apporter des précisions concernant les éventuels motifs pouvant justifier la non-reconnaissance. Au préalable, il convient de préciser que la Cour de justice considère que s'il ne lui appartient pas « *de définir le contenu de l'ordre public d'un État membre, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État membre peut avoir recours à cette notion* »¹⁹⁸⁹. Tel est le contrôle opéré par la Cour de justice dans l'arrêt précité afin de justifier l'entrave à l'exercice des libertés de circulation au sein de l'Union. Il s'agissait d'une ressortissante autrichienne vivant en Allemagne et disposant d'un nom dans lequel apparaissait son titre nobiliaire. Cette dernière demande la rectification de son état civil aux autorités autrichiennes qui refusent en faisant valoir qu'en application d'une disposition constitutionnelle abolissant la noblesse en Autriche et interdisant aux citoyens autrichiens de porter des titres nobiliaires, son nom, tel qu'il figure dans l'état civil autrichien, devait être corrigé. La requérante conteste le refus des autorités autrichiennes en mettant en avant sa liberté de circulation en tant que citoyenne européenne. La Cour de justice de l'Union européenne ne fait pas droit à la demande en relevant que l'interdiction du port des titres de noblesse possède une valeur constitutionnelle permettant de refuser de reconnaître une situation même valablement constituée à l'étranger. Cette solution est notamment guidée par le fait que la disposition constitutionnelle autrichienne vise à assurer le respect du principe d'égalité. Au regard de cet objectif, la mesure en cause n'apparaît donc pas, aux yeux de la Cour, disproportionnée de sorte que l'atteinte faite au droit de circuler librement peut être considérée comme justifiée et compatible avec le droit de l'Union. L'entrave à la liberté de circulation des citoyens européens ne peut être justifiée que par l'intervention de l'ordre public international qui « *ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* »¹⁹⁹⁰.

665. Il est envisageable de raisonner par analogie en appliquant cette jurisprudence au mariage homosexuel. Il serait possible d'en « *déduire qu'un État membre ne peut refuser de reconnaître un mariage homosexuel valablement célébré dans un autre pays de l'union, sauf à prouver que l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe traduit un intérêt fondamental de la société* »¹⁹⁹¹. Situation qui pourrait, par exemple, se vérifier en Hongrie et en Bulgarie dans la mesure où ce sont des États ayant inscrit au sein de leur Constitution

¹⁹⁸⁸ CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn Wittgenstein*, aff. C-208/209, préc.

¹⁹⁸⁹ CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481, note H. Muir Watt, § 23.

¹⁹⁹⁰ CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn Wittgenstein*, aff. C-208/209, préc., § 86.

¹⁹⁹¹ M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, op. cit., p. 122, n° 207.

l'hétérosexualité¹⁹⁹². Néanmoins, une telle interdiction peut-elle réellement perdurer dans le temps ? Certes, à l'heure actuelle, aucun consensus n'existe quant à l'admission du mariage entre personnes de même sexe, mais la situation est probablement vouée à évoluer. Admission impensable à une époque, le mariage homosexuel est accordé dans de plus en plus d'États. Ainsi, rien n'empêche qu'une communauté de vues puisse s'installer ce qui réduirait la marge nationale d'appréciation des législateurs¹⁹⁹³. Une récente décision rendue par la Cour de justice de l'Union européenne semble d'ailleurs confirmer cette position.

2. *Une possible extension en matière de mariages entre personnes de même sexe*

666. La Cour de justice de l'Union européenne s'est récemment prononcée sur la question de la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe dans un État membre célébré dans un autre État membre. Les faits à l'origine de l'affaire *Relu Adrian Coman*¹⁹⁹⁴ sont les suivants. Monsieur Coman, citoyen roumain et américain et Monsieur Hamilton, citoyen américain se sont rencontrés à New York en 2002 et ont cohabité dans cette ville pendant quatre ans. Par la suite, Monsieur Coman s'est établi à Bruxelles tandis que Monsieur Hamilton est resté vivre à New York. Les deux hommes se sont mariés, à Bruxelles, le 5 novembre 2010. En décembre 2012, les intéressés se sont adressés à l'inspection générale chargée de l'immigration de Roumanie afin que leur soient communiquées la procédure et les conditions dans lesquelles Monsieur Hamilton, non-ressortissant de l'Union, pouvait, en sa qualité de membre de la famille de Monsieur Coman, obtenir le droit de séjourner légalement en Roumanie pour une durée de plus de trois mois. En janvier 2013, l'inspection générale chargée de l'immigration a informé Messieurs Coman et Hamilton que ce dernier bénéficiait seulement d'un droit de séjour de trois mois, car, s'agissant de personnes de même sexe, le mariage n'est pas reconnu, conformément à l'article 277 du Code civil roumain, et que, par ailleurs, la prolongation du droit de séjour temporaire de Monsieur Hamilton en Roumanie ne saurait être accordée au titre du regroupement familial. Les époux ont alors saisi les juridictions roumaines d'un recours aux fins de faire constater l'existence d'une discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle. Saisie en dernier ressort, la Cour constitutionnelle roumaine demande à la Cour de justice de l'Union européenne d'interpréter les dispositions de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de

¹⁹⁹² Cf. *supra* n° 625.

¹⁹⁹³ Cf. *infra* n° 666 et s.

¹⁹⁹⁴ CJUE, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman*, aff. C-673-16, *AJDA* 2018, p. 1127, obs. M.-C. de Montecler ; *AJDA* 2018, p. 1603, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; *D.* 2018, p. 1207 ; *AJ fam.* 2018, p. 404, obs. G. Kessler.

circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Plus précisément, il s'agissait de savoir si le conjoint de même sexe d'un citoyen de l'Union ayant exercé sa liberté de circulation devait se voir octroyer un droit de séjour permanent dans un État membre qui rejette cette forme d'union.

La Cour de justice rappelle, tout d'abord, que la notion de « conjoint », visée par la directive, désigne une personne unie à une autre personne par les liens du mariage¹⁹⁹⁵ et qu'elle est neutre du point de vue du genre et est donc susceptible d'englober le conjoint de même sexe d'un citoyen de l'Union dont le mariage a été régulièrement conclu dans un État membre¹⁹⁹⁶.

La Cour poursuit en précisant que si les règles relatives au mariage relèvent de la compétence des États membres et que ces derniers sont libres d'ouvrir ou non le mariage aux personnes de même sexe¹⁹⁹⁷, l'exercice de cette compétence doit se faire dans le respect du droit de l'Union et, en particulier, des dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres. Or, laisser aux États membres la possibilité d'accorder ou non l'entrée et le séjour sur leur territoire à un ressortissant d'un État tiers, dont le mariage avec un citoyen de l'Union de même sexe a été conclu dans un État membre conformément au droit de celui-ci, selon que les dispositions du droit national prévoient ou non le mariage entre personnes de même sexe, aurait pour effet que la liberté de circulation des citoyens de l'Union, qui ont déjà fait usage de cette liberté, varierait d'un État membre à l'autre, en fonction des dispositions de droit national¹⁹⁹⁸. Ainsi, le refus opposé par les autorités roumaines est susceptible d'entraver l'exercice du droit de tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, consacré à l'article 21, paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁹⁹⁹.

Selon une jurisprudence constante, l'atteinte à la liberté de circulation des personnes ne peut être justifiée que si elle est fondée sur des considérations objectives d'intérêt général et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national, c'est-à-dire que tout en étant apte à la réalisation de l'objectif poursuivi, elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. Concernant les motifs d'intérêt général, le caractère fondamental de

¹⁹⁹⁵ V. en ce sens : CJUE, 25 juill. 2008, *Metock c./ Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-127/08, *AJDA* 2009, p. 321, note H. Alcaraz ; *RSC* 2009, p. 197, obs. L. Idot ; *RTD eur.* 2009, p. 91, note S. Hammamoun et N. Neuwahl.

¹⁹⁹⁶ CJUE, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman*, aff. C-673-16, préc., point 35.

¹⁹⁹⁷ V. en ce sens : CJUE, 24 nov. 2016, *Parris*, aff. C-443/15, *RDT* 2017, p. 267, obs. N. Moizard.

¹⁹⁹⁸ CJUE, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman*, aff. C-673-16, préc., point 39.

¹⁹⁹⁹ CJUE, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman*, aff. C-673-16, préc., point 40.

l'institution du mariage et la volonté de plusieurs États membres de préserver une conception de cette institution comme une union entre un homme et une femme ont été avancés. De plus, la restriction à la liberté de circulation est justifiée par des raisons liées à l'ordre public et à l'identité nationale²⁰⁰⁰. Si la Cour de justice rappelle que l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, elle précise, également, que l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société²⁰⁰¹. Or, la Cour constate que l'obligation pour État membre de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre selon le droit de ce dernier n'implique pas pour le premier de ces États de prévoir au sein de son droit national une telle institution. Ainsi, cette obligation ne porte pas atteinte à l'institution du mariage, ne méconnaît pas l'identité nationale et ne menace pas l'ordre public de l'État concerné²⁰⁰².

Enfin, la Cour rappelle qu'une mesure nationale de nature à entraver l'exercice de la libre circulation des personnes ne peut être justifiée que si elle est conforme à la Charte des droits fondamentaux. Or, le droit au respect de la vie privée et familiale est garanti par l'article 7 de ladite Charte²⁰⁰³ tout comme il l'est par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Or, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la relation entretenue par un couple homosexuel est susceptible de relever de la notion de « *vie privée* » ainsi que de celle de « *vie familiale* » au même titre que celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation²⁰⁰⁴.

En définitive, la Cour de justice de l'Union européenne considère que lorsqu'un citoyen de l'Union a développé ou consolidé dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité une vie de famille avec un ressortissant d'un État tiers de même sexe, auquel il s'est uni par un mariage légalement conclu dans l'État membre d'accueil, l'article 21, paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁰⁰⁵ s'oppose à ce que les autorités compétentes de l'État membre dont le citoyen de l'Union a la nationalité refusent d'accorder un droit de séjour

²⁰⁰⁰ CJUE, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman*, aff. C-673-16, préc., point 42.

²⁰⁰¹ V. en ce sens : CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14, *AJ fam.* 2016, p. 392, obs. M. Saulier ; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 278, note L. Rass-Masson ; *RTD civ.* 2016, p. 820, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2016, p. 648, obs. E. Pataut.

²⁰⁰² CJUE, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman*, aff. C-673-16, préc., points 45 et 46.

²⁰⁰³ L'article 7 dispose que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ».

²⁰⁰⁴ CJUE, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman*, aff. C-673-16, préc., points 47 à 50. Sur la question de la jurisprudence de la CEDH : Cf. *supra* n° 53 et s. (vie privée) et n° 130 et s. (vie familiale).

²⁰⁰⁵ L'article 21, paragraphe 1 dispose que « 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 ».

sur le territoire de cet État membre audit ressortissant, au motif que le droit dudit État membre ne prévoit pas le mariage entre personnes de même sexe.

667. La portée de l'arrêt ne se limite pas à la question de la reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger, elle apporte également « *une nouvelle pierre à l'édifice de l'eupéanisation de l'exception d'ordre public* »²⁰⁰⁶. La question du mariage entre personnes de même sexe est encore loin de faire l'unanimité dans l'ensemble des États et met en jeu des convictions politiques, religieuses et culturelles. Or, le juge national ne semble « *plus libre d'apprécier la compatibilité d'une situation étrangère à l'aune de ses propres valeurs* »²⁰⁰⁷ de sorte que « *le rejet de la loi étrangère ne devrait ainsi être justifié qu'en cas de violation d'un droit protégé par la Charte européenne des droits fondamentaux ou la Convention européenne des droits de l'homme* »²⁰⁰⁸. À propos de cette dernière, la Cour de justice fait référence à sa jurisprudence qui a, certes, reconnu la vie privée et familiale au profit des couples homosexuels, mais qui, pour autant, n'a pas admis une reconnaissance générale des mariages entre personnes de même sexe conclus à l'étranger. En partant d'une simple référence à la jurisprudence de la Cour européenne afin d'étayer ses propos, la Cour de justice semble finalement la devancer.

668. Plus important encore, cette décision signe l'avènement de la méthode la reconnaissance des situations familiales en droit international privé. En effet, même si la Cour de justice « *se contente prudemment de limiter le champ de sa décision à la question du séjour* »²⁰⁰⁹, il semble évident que la même solution s'imposera en vue de l'attribution d'autres droits »²⁰¹⁰. Elle semble, en réalité, ouvrir « *la voie à la consécration d'un principe général de reconnaissance mutuelle des statuts familiaux* »²⁰¹¹. Il n'est pas exclu que la citoyenneté exige la reconnaissance du mariage homosexuel dans tous ses aspects y compris civils, sociaux ou encore fiscaux. L'affaire *Coman* est « *donc une étape, importante, certes, mais pas décisive,*

²⁰⁰⁶ G. Kessler, « Consécration d'un droit de séjour du conjoint de même sexe d'un citoyen européen dans l'ensemble de l'Union européenne », *AJ fam.*, 2018, p. 404.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁰⁹ V. sur ce point : L. Pailler, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, op. cit., p. 77 et s., n^{os} 73 et s., spéc. p. 85, spéc. n^o 79. L'auteur relève que la Cour de justice « *insiste tout particulièrement sur le lien entre la reconnaissance et l'octroi d'un droit de séjour, pour mieux ménager les Etats membres qui refusent de faire produire effet aux mariages de même sexe* ».

²⁰¹⁰ G. Kessler, « Consécration d'un droit de séjour du conjoint de même sexe d'un citoyen européen dans l'ensemble de l'Union européenne », art. préc. V. dans le même sens : S. Godechot-Patris, « Un droit de construire son statut ? », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, op. cit., p. 87 et s., n^{os} 81 et s., spéc. p. 93, spéc. n^o 84.

²⁰¹¹ *Ibid.* V. dans le même sens : H. Fulchiron et A. Panet, « Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées ? », *D.*, 2018, p. 1674.

quant à la constitution d'un régime de la reconnaissance »²⁰¹². Également, la Cour de justice circonscrit la solution à la reconnaissance du mariage homosexuel contracté à l'occasion d'un séjour dans un autre État membre. La Cour n'a pas affirmé, à ce stade, l'existence d'une obligation plus large de reconnaître le mariage homosexuel valablement contracté non seulement dans l'un des États membres autorisant le mariage homosexuel, mais également régulièrement conclu dans un pays tiers l'ayant introduit dans son ordre juridique. Pour autant, « *il est plus que probable que le caractère sectoriel de l'obligation de reconnaissance et sa limitation aux mariages célébrés dans l'UE seront rapidement mis en question* »²⁰¹³. Cette solution se prédit à l'aune de ce qu'avait décidé la Cour de justice concernant le bénéfice des droits consacrés par la directive 2004/38/C3 qui est indépendant du lieu du mariage lors de l'affaire *Metock*²⁰¹⁴.

669. La solution adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Coman* ne fait que conforter le postulat selon lequel la méthode de la reconnaissance des situations a vocation à être imposée aux États membres afin de ne pas contrevenir à la liberté de circulation des citoyens. Cantonnée à un droit particulier, il semble possible d'affirmer que cette solution sera élargie à d'autres domaines.

²⁰¹² E. Pataut, « Intégration, ordres publics et mariage », *RTD eur.*, 2018, p. 673.

²⁰¹³ G. Willems, « Le droit au regroupement familial des époux homosexuels consacré par la Cour de justice de l'Union européenne », *JCP G*, n° 30-35, 23 juill. 2018, p. 874.

²⁰¹⁴ CJUE, 25 juill. 2008, *Metock c./ Minister for Justice, Equality and Law Reform*, préc.

CONCLUSION DU TITRE II

670. L'ouverture du mariage au couple homosexuel en droit français est une réforme ayant suscité de nombreuses réactions sociétales que celles-ci soient positives ou négatives. Cependant, dans le cadre de cette étude, le bouleversement majeur de la loi du 17 mai 2013 est l'adoption des règles de droit international privé relatives à la formation du mariage et à sa reconnaissance. Il est bénéfique que le législateur français se soit intéressé aux questions de droit international privé dès l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Néanmoins, n'est-il pas allé trop loin ? Le législateur a adopté des dispositions libérales sur tous les fronts : conditions de fond, conditions de forme et reconnaissance. Dès lors, que reste-t-il de la teneur et de la conception que se font les États étrangers de l'institution du mariage ? Il est légitime de défendre sa conception d'une institution familiale. Cependant, la défendre ne signifie pas l'imposer à chacun. Or, insérer le mariage entre personnes de même sexe au sein de l'ordre public international français seulement quelques mois après son autorisation est apparu précipité pour deux raisons. D'une part, une telle décision est peu respectueuse des États d'origine dont sont ressortissants les personnes pouvant s'unir en France. D'autre part, le législateur français multiplie les unions boiteuses en connaissance de cause. En alliant célébration permissive de l'union sur le territoire français et reconnaissance accrue des mariages entre personnes de même sexe, la loi du 17 mai 2013 a ouvert à l'international sa nouvelle conception du mariage. Or, il est impossible de reprocher aux États tiers ne la partageant pas d'être réticent face à ces nouvelles règles de conflit de lois. Le mariage entre personnes de même sexe est loin de faire consensus à l'échelle mondiale. Déjà, la reconnaissance juridique du couple homosexuel est difficile à admettre, alors comment leur imposer de reconnaître une telle reconnaissance par le biais du mariage. Le mariage est une institution ancienne qui il y a encore peu de temps ne pouvait impliquer que deux personnes de sexe différent sans qu'il ne soit besoin de le rappeler tant il était inconcevable que des personnes de même sexe puissent se marier.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

671. Sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le couple homosexuel s'est vu attribuer des droits, une reconnaissance juridique. Cependant, cette protection par le biais des droits fondamentaux n'est pas réellement effective. Si la Cour européenne impose un minimum, la marge d'appréciation des États parties reste présente. Pour autant, cette situation ne semble pas avoir vocation à perdurer dans la mesure où un consensus quant à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe se dessine d'année en année. En effet, à l'instar de la France qui, par la loi du 17 mai 2013, a permis aux couples homosexuels d'accéder au mariage, de nombreux États font de même. Si une certaine protection voit le jour à l'échelle européenne, il n'en est pas de même à l'échelle mondiale. Or, le droit international privé français ne peut se restreindre à une échelle régionale. La vie de couple mérite sécurité juridique par l'adoption de règles de conflit de lois propre à chaque mode de conjugalité, y compris la cohabitation hors mariage qui n'est finalement pas isolée de la sphère juridique. En outre, la permanence du statut juridique au-delà des frontières impose des règles de reconnaissance aptes à remplir cet objectif tout en respectant les valeurs tant du pays d'origine que de celui de réception. La meilleure solution à cette problématique est certainement l'adoption d'une Convention internationale apte à s'appliquer dans un maximum d'États. Il s'agit là de lutter tant contre les unions boiteuses que le tourisme nuptial. En effet, qu'il s'agisse d'un pacte civil de solidarité ou d'un mariage, le droit français a adopté des règles de conflits de lois quant à leur formation très libérales et ce tant concernant la forme que le fond. Or, s'il est tout à fait louable pour le législateur français de permettre à des couples mixtes dont l'un des membres est de nationalité française ou à des couples de nationalité étrangère possédant un lien parfois très ténu avec le territoire français de bénéficier des possibilités offertes par le droit interne, il ne doit pas s'agir de contrevenir aux dispositions des pays d'origine des intéressés. En effet, si parfois, les personnes concernées ne possèdent plus aucune attache avec leur État d'origine, ce n'est pas nécessairement le cas. Comment approuver le fait de se rendre sur le territoire français à de seules fins matrimoniales alors qu'au retour de ces ressortissants dans leur État d'origine, l'état acquis en France sera vain ? À cette fin, il convient que l'ordre public international continue de jouer son rôle en protégeant uniquement les valeurs fondamentales du droit français. Or, pour revêtir cette qualité, il semble que le droit couvert mérite d'être ancré dans la société. Une nouvelle donnée ne peut entrer immédiatement dans l'ordre public international, d'autant plus, quand hier encore ce mécanisme s'y opposait. Le couple

homosexuel ne suffit pas à consacrer le couple homoparental qui implique l'établissement d'un lien de filiation entre les membres du couple et un ou des enfants.

DEUXIÈME PARTIE : LA FILIATION AU SEIN DES COUPLES DE MÊME SEXE

672. L'engendrement implique forcément l'altérité sexuelle. Ainsi, les couples homosexuels ne peuvent naturellement procréer. Avoir un enfant au sein d'un couple de personnes de même sexe nécessite de se tourner vers l'adoption ou vers une technique de reproduction assistée. Cependant, en droit français, « *l'une et l'autre ont été conçues au départ pour mimer [le modèle matrimonial procréatif], et cela alors même que par hypothèse, dans ces cas les notions de parents et de géniteurs ne peuvent pas se recouvrir* »²⁰¹⁵. À cette fin, « *on a tout simplement effacé les personnages "en trop" afin que la famille adoptive et la famille issue de l'AMP avec tiers donneur, passent pour des familles fondées sur la procréation charnelle du couple* »²⁰¹⁶. Ce constat n'est plus vrai dès lors que l'adoption a été ouverte au sein d'un couple de personnes de même sexe : l'enfant ayant deux pères ou deux mères. De même, le projet de loi tendant à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes²⁰¹⁷ va effacer le modèle pseudo-procréatif qui a longtemps guidé les dispositions du législateur français. En réalité, « *le souhait de devenir parent pour un couple homosexuel peut être scientifiquement envisagé réduisant de manière conséquente l'infertilité pathologique* »²⁰¹⁸. Ainsi, les techniques procréatives envisageables pour un couple de personnes de même sexe (Titre I) méritent d'être étudiées au regard du droit positif français, mais doivent nécessairement être complétées par une étude de droit comparé. À ce jour, en France, l'accès à l'assistance médicale à la procréation est précisément encadré et le recours à la gestation pour autrui est strictement interdit. Face à une telle réglementation, les couples homosexuels se rendent à l'étranger dans des États permissifs afin de bénéficier des techniques de reproduction assistée. Par conséquent, il convient de traiter de la question de l'établissement du lien de filiation au sein d'un couple de personnes de même sexe (Titre II) dont les solutions seront nécessairement variables selon les circonstances de la naissance de l'enfant.

²⁰¹⁵ I. Théry, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2013, dossier 17.

²⁰¹⁶ *Ibid.*

²⁰¹⁷ Cf. *infra* n° 706 et s.

²⁰¹⁸ I. De Benalcazar, « Une nouvelle filiation : l' "homoparentalité" ? », *Gaz. Pal.*, 2000, n° 347, p. 18.

TITRE I : LES TECHNIQUES PROCRÉATIVES ENVISAGEABLES POUR UN COUPLE DE PERSONNES DE MÊME SEXE

673. Le terme assistance médicale à la procréation est un ensemble de techniques²⁰¹⁹ pouvant répondre à plusieurs objectifs. Le premier d'entre eux est de « *soigner la stérilité d'un couple afin de lui permettre de procréer* »²⁰²⁰. Il est alors question d'assistance médicale à la procréation intraconjugale nommée également homologue ou endogène. Le second est d' « *organiser une procréation qui n'est pas celle du couple de futurs et suppose la coopération d'un tiers* »²⁰²¹. Il s'agit de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur appelée hétérologue ou exogène. Les progrès scientifiques ont développé deux principales techniques permettant aux couples de personnes de même sexe d'avoir accès à la procréation : l'assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui. Si la première fait l'objet d'une interdiction relative en France (Chapitre 1), la seconde, en revanche, suscite une interdiction absolue (Chapitre 2).

²⁰¹⁹ Pour une présentation générale des pratiques recouvertes par la notion : Cf. *supra* n° 14.

²⁰²⁰ I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014, p. 169.

²⁰²¹ *Ibid.*

CHAPITRE I : L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION : UNE INTERDICTION RELATIVE EN FRANCE

674. La liberté de procréer fait partie intégrante de la protection de la vie privée qui est un droit fondamental reconnu par l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948²⁰²², par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁰²³ et par les articles 7 et 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁰²⁴. La difficulté est donc de savoir s'il peut exister des raisons éthiques de limiter cette liberté, notamment lorsqu'elle s'exerce dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. En premier lieu, les questions relatives à l'assistance médicale à la procréation étaient renvoyées à la déontologie et à l'éthique des équipes médicales. À leur côté, il convient de souligner l'importance des recommandations du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé²⁰²⁵, les quelques dispositions ponctuelles d'ordre législatif ou réglementaire ainsi que l'omniprésent travail du juge saisi de questions relatives à l'assistance médicale à la procréation. L'absence de législation d'ensemble sur l'assistance médicale à la procréation a finalement été comblée par l'intervention du pouvoir législatif. Le législateur français a opéré en ce sens en intervenant par le biais de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal²⁰²⁶ étroitement liée à la loi n° 94-653 du même jour relative au respect du corps humain²⁰²⁷. Ces lois ont par la suite été modifiées par les lois n° 2004-800 du 6 août 2004²⁰²⁸ et n° 2011-814 du 7 juillet 2011²⁰²⁹ relatives à la

²⁰²² L'article 16, alinéa 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 dispose qu' « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ».

²⁰²³ L'article 8, alinéa 1^{er} de la Convention européenne des Droits de l'Homme dispose que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

²⁰²⁴ Les articles 7 et 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne disposent respectivement que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications » et que « le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

²⁰²⁵ Ci-après CCNE. Sur la création et le rôle : Cf. *infra* n° 703.

²⁰²⁶ L. n° 94-654 du 29 juill. 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, préc.

²⁰²⁷ L. n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, préc.

²⁰²⁸ L. n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, n° 182, 7 août 2004, p. 14040. Sur laquelle, V. notamment : J.-R. Binet, « La loi relative à la bioéthique - Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3e partie », *Dr. fam.*, n° 12, déc. 2004, étude 28 ; P. Egéa, « Commentaire de la loi no 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *RJPF*, n° 9, sept. 2004.

²⁰²⁹ L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique, *JORF*, n° 0157, 8 juill. 2011 p. 11826. Sur laquelle, V. notamment : J.-R. Binet, « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2011, étude 21 ; J.-R. Binet, *La réforme de la loi bioéthique - Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, LexisNexis, 2012 ; V. Avena-Robardet, « Loi bioéthique : le statu quo », *AJ fam.*, 2011, p. 342 ; N.

bioéthique. Tant l'accès à l'assistance médicale à la procréation que les conditions et modalités de sa mise en œuvre sont donc strictement définis par la loi. Jusqu'au projet de loi relatif à la bioéthique en cours²⁰³⁰, les dispositions législatives françaises ont toujours limité le bénéfice de l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels. Après avoir présenté la position française, une illustration de solutions identiques ou diamétralement opposées sera envisagée au travers de divers éléments de droit comparé (Section 1). Tant la mobilité internationale des individus que les divergences de droits nationaux quant à l'accès à l'assistance médicale à la procréation au profit des couples homosexuels mettent en avant de nouvelles problématiques de droit international privé de la bioéthique. Les relations internationales entre personnes privées comportant un ou plusieurs éléments d'extranéité débouchent sur d'éventuels conflits de lois auxquels le juge se doit de répondre. Au vu de l'actualité, tant législative que jurisprudentielle, que représentent les questions de bioéthique, notamment la question des bénéficiaires de l'assistance médicale à la procréation, il conviendra de s'intéresser à la détermination de la loi applicable à l'accès à l'assistance médicale à la procréation (Section 2).

Section 1. Accès à l'assistance médicale à la procréation et législation comparée

675. Le législateur français s'est emparé des questions de bioéthique dès 1994. Si les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation ont pu être modifiées sur différents points, l'accueil des couples de personnes de même sexe est, à ce jour, refusé (Sous-section 1). Cependant, le projet de loi relatif à la bioéthique en cours prévoit de modifier ce point en ouvrant l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes célibataires²⁰³¹. L'examen des règles relatives aux conditions d'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation en droit étranger mérite d'être étudié. En effet, la mobilité internationale des individus induit des problématiques de droit international privé du fait des positions législatives internes différentes de celles du droit français (Sous-section 2).

Baillon-Wirtz, « Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : le choix d'un relatif statu quo », *RLDC*, n° 86, 2011 ; A. Cheynet de Beaupré, « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.*, 2011, p. 2217.

²⁰³⁰ Cf. *infra* n° 695 et s.

²⁰³¹ Cf. *infra* n° 706 et s.

Sous-section 1. L'accès refusé aux couples de personnes de même sexe en droit français

676. En droit français, l'accès à l'assistance médicale à la procréation était initialement rigoureusement encadré par le législateur (Paragraphe 1). Fondé sur une finalité exclusivement médicale, l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation est à ce jour limité aux couples hétérosexuels (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La rigueur initiale de l'accès en droit français

677. Les différents objectifs guidant l'assistance médicale à la procréation doivent satisfaire à une finalité exclusivement médicale. Les couples de personnes de même sexe, ne remplissant pas une telle condition, ne peuvent pas bénéficier, en droit français, de ce mode de procréation. Sous l'empire de la loi du 29 juillet 1994, deux objectifs médicaux pouvaient justifier le recours à l'assistance médicale à la procréation : l'infertilité du couple en tant qu'indication principale et le risque de transmission d'une maladie à l'enfant en tant qu'indication secondaire. Un troisième objectif a été ajouté par la loi du 6 août 2004 : la transmission d'une maladie à l'un des membres du couple. De plus, cette loi est venue supprimer toute hiérarchie entre ces différentes indications. Dès lors, en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, la demande parentale peut avoir deux objectifs de nature différente : remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué (I) ou éviter la transmission, à l'enfant ou à un membre du couple, d'une maladie d'une particulière gravité (II).

I. Une infertilité pathologique du couple médicalement diagnostiquée

678. L'assistance médicale à la procréation a pour objectif principal de remédier à l'infertilité du couple. Très souvent, les raisons pour lesquelles le couple ne peut pas avoir d'enfant sont ignorées. Ainsi, « *il est difficile de poser en toute certitude et précisément un diagnostic, alors qu'aucune cause ne peut être repérée et que seul se manifeste le symptôme, à savoir l'impossibilité pour le couple d'avoir un enfant* »²⁰³². Par conséquent, le simple écoulement du temps sur l'impossibilité de procréer constitue le diagnostic. L'infertilité est

²⁰³² P. Murat, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 40, 30 juin 2012 (mise à jour : 29 juin 2016), n° 42.

constatée lorsqu'au bout de deux ans au moins aucune grossesse ne survient dans un couple dont les deux membres vivent ensemble et ont des rapports normaux non protégés.

De plus, ladite infertilité doit présenter un caractère pathologique médicalement diagnostiqué. Cette indication est primordiale à deux égards. D'une part, elle exclut du bénéfice de l'assistance médicale à la procréation l'infertilité naturelle du couple en raison du vieillissement d'un ou des membres du couple. Ainsi, elle a pour but de faire obstacle aux maternités tardives. Cette condition se rapproche de celle relative au couple qui se doit d'être en âge de procréer prévue à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique²⁰³³. D'autre part, elle exclut également les infertilités sociales²⁰³⁴ telles que celles existant entre un couple composé de deux personnes de même sexe. L'infertilité sociale est « *un terme qui tente de laisser penser qu'il y aurait une sorte d'équivalence des situations, différents cas d'infertilité à laquelle il faudrait remédier, alors qu'il n'y a, dans le cas d'un couple de femmes, aucune infertilité mais, seulement, un désir d'enfant que la nature n'a pas prévu* »²⁰³⁵. En visant l'infertilité pathologique, le législateur français entend donc écarter le recours à une telle pratique pour des raisons de pure convenance personnelle²⁰³⁶. Cette notion renvoie « *à un comportement divergent qui ne répond à aucune des justifications traditionnelles du droit telles que le besoin, la nécessité ou l'intérêt légitime* »²⁰³⁷. Autrement dit, la convenance personnelle « *permet aux individus de se comporter comme ils l'entendent, selon ce qu'exige leur épanouissement personnel* »²⁰³⁸. L'infertilité doit avoir une origine médicale et ne pas tenir d'une cause volontaire ou naturelle. Par conséquent, l'assistance médicale à la procréation « *n'est pas une alternative à la procréation naturelle. Au contraire, elle a un caractère subsidiaire* »²⁰³⁹. Son recours n'est autorisé que « *si la procréation naturelle est impossible ou dangereuse* »²⁰⁴⁰. Or, par hypothèse, un couple homosexuel n'est pas fertile. Ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes supposerait de rompre avec l'indication

²⁰³³ Cf. *infra* n° 687.

²⁰³⁴ V. notamment : AN, *Rapport d'information n° 2235 fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, 20 janv. 2010, p. 46 et s. Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2235-t1.pdf>.

²⁰³⁵ A. Mirkovic, « L'accès à l'assistance médicale à la procréation : Quelles modalités ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014, p. 445 et s., spéc. p. 447.

²⁰³⁶ V. sur cette notion : S. Paricard-Pioux, *La convenance personnelle*, Thèse, Dalloz, 2003.

²⁰³⁷ C. Neirinck, « Question civile ou enjeu médical ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, *op. cit.*, p. 301 et s., spéc. p. 305.

²⁰³⁸ *Ibid.*

²⁰³⁹ S. Gerry-Vernières, « Continuité ou rupture ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, *op. cit.*, p. 315 et s., spéc. p. 322.

²⁰⁴⁰ *Ibid.*

médicale la guidant et, ainsi, « *changer la nature* »²⁰⁴¹ de l'assistance médicale à la procréation. En pratique, « *il serait [...] demandé [...] de mettre la technique scientifique et les moyens matériels adéquats au service d'aspirations individuelles liées à un mode de vie et non à une impossibilité de procréer* »²⁰⁴².

679. Toute autre utilisation impliquant un détournement du principe de finalité médicale est sanctionnée pénalement. À ce titre, l'article 511-24 du Code pénal prévoit que « *le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». En réalité, cette sanction n'est pas applicable dans un État « *qui pose des conditions plus permissives que celles du droit français* »²⁰⁴³ en raison de l'absence de double d'incrimination exigée par l'article 113-6, alinéa 2 du Code pénal en matière délictuelle²⁰⁴⁴.

680. Au côté de l'indication tenant en l'infertilité pathologique du couple médicalement diagnostiquée, l'accès à l'assistance médicale à la procréation est également ouvert au cas de risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à l'un des membres du couple.

II. Un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité

681. Dans sa version issue de la loi du 29 juillet 1994, l'article L. 152-2 du Code de la santé publique, devenu article L. 2141-2, limitait le recours à l'assistance médicale à la procréation aux situations où une procréation naturelle faisait naître un risque de transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité. Cependant, à la suite des revendications de couples dits sérodifférents dont l'un est atteint du virus de l'immunodéficience humaine²⁰⁴⁵ et à un état de fait s'étant construit hors de la sphère législative, la loi du 6 août 2004 a ouvert l'accès à l'assistance médicale à la procréation lorsque ce même risque de transmission touche l'un des membres du couple.

²⁰⁴¹ C. Neirinck et M. Gross, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et de société*, La documentation française, 2014, p. 78.

²⁰⁴² H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.*, 2013, p. 100.

²⁰⁴³ C. Brunetti-Pons, « Le « tourisme procréatif », porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? », *Les cahiers de la justice*, 2016, p. 249.

²⁰⁴⁴ Cf. *infra* n° 805.

²⁰⁴⁵ Ci-après VIH.

682. L'assistance médicale à la procréation a pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité. Ainsi, il est permis au couple de recourir à un tiers donneur afin de ne pas transmettre à l'enfant une maladie grave. La prise en compte de cette indication a suscité des controverses en raison du tri eugénique qu'elle engendre. En effet, « *la finalité sélective de cette hypothèse donne en définitive à l'AMP une coloration bien différente de celle qui ressort de la seule lutte contre l'infertilité : elle modifie sensiblement le visage de l'institution en contribuant à en faire une des pièces d'un système eugénique* »²⁰⁴⁶. Pour autant, et certainement à l'aune de l'objectif qui reste de permettre à un couple d'avoir un enfant qui n'en aurait pas eu au vu de la possible transmission de la maladie à l'enfant, le législateur tolère et organise la pratique en la faisant échapper à l'interdiction des pratiques eugéniques posée par les articles 16-4, alinéa 2 du Code civil²⁰⁴⁷ et 214-1 du Code pénal²⁰⁴⁸.

La maladie grave dont la transmission souhaite être évitée ne doit pas être nécessairement incurable. En effet, l'assistance médicale à la procréation peut être utilisée pour prévenir la transmission d'une maladie grave, même si celle-ci peut faire l'objet d'un traitement curatif. Du fait de son imprécision, la notion de maladie d'une particulière gravité a provoqué des débats. Devant l'Assemblée nationale, Monsieur le rapporteur Jean-François Mattéi a indiqué que ces maladies graves et transmissibles sont très peu nombreuses, mais qu'elles peuvent handicaper de façon sévère un enfant à tel point que les couples sont confrontés à un choix difficile : soit renoncer définitivement à engendrer, soit avoir recours à l'assistance médicale à la procréation²⁰⁴⁹. En réalité, l'accès à l'assistance médicale à la procréation repose entièrement sur l'appréciation qui sera faite par le corps médical de la particulière gravité de la maladie en cause. Or, il semble que cette référence « *ouvre la porte à bien des dérives qui élargiront sans aucun doute le champ d'application de l'assistance médicale à la procréation bien au-delà de ce que souhaitait le rapporteur à l'Assemblée nationale* »²⁰⁵⁰.

683. Modifiée par la loi du 6 août 2004, l'assistance médicale à la procréation a également pour objet d'éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'un des membres du couple. L'objectif principal est de répondre au désir d'enfant des couples dits

²⁰⁴⁶ P. Murat, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès », préc., n° 64.

²⁰⁴⁷ L'article 16-4, alinéa 2 du Code civil dispose que « *toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite* ».

²⁰⁴⁸ L'article 214-1 du Code pénal dispose que « *le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende* ».

²⁰⁴⁹ AN, *Compte rendu intégral*, 3^{ème} séance du 14 avr. 1994, par J.-F. Mattéi, *JOAN CR*, n° 18, 1994, p. 858.

²⁰⁵⁰ G. Raymond, « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques ») », art. préc.

sérodifférents dont l'un des membres est positif au VIH. Déjà, avant la modification apportée par la loi du 6 août 2004, des demandes d'assistance médicale à la procréation étaient émises par lesdits couples. À défaut de dispositions légales ou réglementaires, les centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains adoptaient des attitudes divergentes. Certains refusaient catégoriquement toute assistance médicale à la procréation alors que d'autres acceptaient une prise en charge par une interprétation extensive de l'indication initiale, l'aide apportée contribuant également à éviter la transmission de la maladie à l'enfant²⁰⁵¹. Face à cette situation, l'autorité réglementaire est intervenue par un arrêté en date du 10 mai 2001²⁰⁵² concernant la prise en charge en assistance médicale à la procréation des patients à risque viral en rappelant qu'il s'agit d'une des indications légales de l'assistance médicale à la procréation à côté de la lutte contre l'infertilité. Ainsi, la présence de l'infection par le VIH ou par les virus des hépatites B et C chez l'un ou les deux membres du couple sollicitant une assistance médicale à la procréation impose une prise en charge particulière des patients, des conditions renforcées d'organisation de l'équipe médicale clinico-biologique et une organisation du laboratoire adaptée au risque viral. Le Comité consultatif national d'éthique valide ces nouvelles dispositions levant l'interdiction de principe d'accès à l'assistance médicale à la procréation des couples présentant un risque viral²⁰⁵³. Finalement, le législateur est intervenu par la loi du 6 août 2004 en précisant que l'assistance médicale à la procréation a pour objet d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité.

684. Les limites au recours à l'assistance médicale à la procréation sont donc fixées. Cette dernière est « *conditionnée à une indication médicale et [...] constitue une mesure à caractère exceptionnel, palliative et non alternative à la procréation naturelle* »²⁰⁵⁴. En mettant l'assistance médicale à la procréation au service du projet parental d'un couple de même sexe, la nature en est modifiée ; « *certes, les personnes concernées ne peuvent avoir d'enfant ensemble, mais c'est pour des raisons qui n'ont rien à voir avec une pathologie* »²⁰⁵⁵. La technique serait mise « *au service d'aspirations individuelles liées à un mode de vie et non à*

²⁰⁵¹ P. Murat, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès », préc., n° 66.

²⁰⁵² Arrêté du 10 mai 2001 modifiant l'arrêté du 12 janv. 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation, *JORF*, n° 112, 15 mai 2001, p. 7735.

²⁰⁵³ CCNE, *Avis n° 69 sur l'assistance médicale à la procréation chez les couples présentant un risque de transmissions virales - réflexions sur les responsabilités*, 8 nov. 2001. Disponible sur : <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/lassistance-medecale-la-procreation-chez-les-couples-presentant-un-risque-de>.

²⁰⁵⁴ P. Murat, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès », préc., n° 35.

²⁰⁵⁵ H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », art. préc.

une impossibilité de procréer »²⁰⁵⁶. Ce seul argument est suffisant à exclure, en droit français, les couples de personnes de même sexe de l'accès à l'assistance médicale à la procréation. Pour autant, les conditions sont renforcées en ce que le bénéfice d'une telle assistance n'est ouvert qu'aux couples basés sur un modèle familial hétérosexuel.

Paragraphe 2. L'accès à ce jour limité aux couples hétérosexuels en France

685. Outre la finalité médicale permettant d'accéder aux techniques d'assistance médicale à la procréation, le législateur a pris le soin d'en restreindre l'accès aux couples hétérosexuels en indiquant expressément que la demande parentale ne peut être émise que par un couple composé d'un homme et d'une femme (I). Cet accès limité aux couples impliquant deux personnes de sexe différent est, en réalité, justifié par l'intérêt de l'enfant (II).

I. La demande parentale d'un couple formé d'un homme et d'une femme

686. Les caractéristiques du couple pouvant prétendre à une assistance médicale à la procréation sont expressément prévues par le législateur français. En effet, la notion de couple est précisément définie au sein du Code de la santé publique (A) qui réserve l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels. Une telle position semble être justifiée par l'intérêt de l'enfant (B).

A. Une notion de couple précisément définie

687. La notion de couple²⁰⁵⁷ susceptible de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation a été précisément définie par le législateur à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. Cette notion traduit la finalité familiale que le législateur affecte à l'assistance médicale à la procréation. En premier lieu, il doit être formé par un homme et une femme²⁰⁵⁸. Le seul couple hétérosexuel peut donc bénéficier d'une assistance médicale à la procréation, et ce sans changement depuis la loi du 29 juillet 1994. Ainsi, la possibilité pour les couples homosexuels et les célibataires de recourir à cette technique est exclue²⁰⁵⁹. Ensuite, l'homme et la femme doivent être tous deux en âge de procréer et consentants préalablement au transfert

²⁰⁵⁶ H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », art. préc.

²⁰⁵⁷ Cf. *supra* n° 5 et s.

²⁰⁵⁸ Cf. *infra* n° 687.

²⁰⁵⁹ Cette affirmation mérite d'être tempérée par la réforme du projet de loi relatif à la bioéthique en cours. Cf. *infra* n° 706 et s.

des embryons ou à l'insémination. La délimitation de la notion en âge de procréer appartient à l'équipe médicale qui prend en compte plusieurs paramètres et, notamment, l'âge hormonal. Cependant, ce dernier varie sensiblement d'un individu à l'autre. Il s'agit donc d'un facteur susceptible d'entraîner des inégalités d'accès à l'assistance médicale à la procréation selon le centre en cause. Encore, l'homme et la femme doivent être tous deux vivants. Cette indication exclut l'insémination *post mortem* et le transfert d'embryons conçus avant le décès d'un des membres du couple. De plus, il peut s'agir d'un couple marié ou non marié. Le fait que l'assistance médicale à la procréation soit ouverte tant aux couples unis par le mariage qu'aux couples de concubins et de partenaires à condition qu'ils soient hétérosexuels a été admis dès la loi de 1994. Initialement, aucune condition de vie commune du couple marié demandeur d'une assistance médicale à la procréation n'était exigée alors que le couple non marié devait être en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans. En pratique, le délai de deux ans correspond à celui pris en compte afin de diagnostiquer la stérilité d'un couple. La loi du 7 juillet 2011 a finalement supprimé la condition reposant sur la durée de vie commune ; qu'il s'agisse d'un couple marié ou non, aucune condition particulière de stabilité n'est plus exigée. La condition biologique « *justifie l'indifférence de la loi au statut matrimonial du couple bénéficiaire, sans incidence sur sa fécondité* ». En effet, « *le couple et l'altérité sexuelle sont des conditions impératives car seuls les couples hétérosexuels sont fertiles* »²⁰⁶⁰. Selon les termes de Madame le Professeur Claire Neirinck, l'infertilité d'un des membres du couple est « *une infirmité, un handicap pour le couple privé de la possibilité d'enfanter* ». Ainsi, « *l'intervention médicale [...] lui permet de surmonter ce handicap et d'accéder à la parenté* »²⁰⁶¹. En réalité, la condition biologique dans son ensemble converge « *vers le modèle de la filiation biologique. Il s'agit, au fond, de donner à l'assistance médicale à la procréation une apparence naturelle* »²⁰⁶². L'assistance médicale à la procréation « *ne fait que pallier une défaillance de la nature et ce qui justifie l'intervention de la science* »²⁰⁶³. En sus, l'objectif est « *qu'il soit ou non né d'une technique d'AMP, l'enfant doit pouvoir se représenter ou se présenter à la société comme ayant été conçu et étant né ainsi que le sont tous les enfants* »²⁰⁶⁴. C'est la raison pour laquelle, la loi exige, outre la présence d'un couple composé d'un homme

²⁰⁶⁰ C. Neirinck, « Question civile ou enjeu médical ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation, op. cit.*, p. 301 et s., spéc. p. 304.

²⁰⁶¹ *Ibid.*

²⁰⁶² S. Gerry-Vernières, « Continuité ou rupture ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation, op. cit.*, p. 315 et s., spéc. p. 320.

²⁰⁶³ *Ibid.*, p. 321.

²⁰⁶⁴ J.-R. Binet, « Bioéthique et filiation : évolution ou révolution en perspective ? », in B. Legros (dir.), *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, LEH Edition, 2018, p. 66.

et d'une femme, que ces derniers soient vivants et en âge de procréer. « *Si le droit n'est pas un calque de la réalité biologique, il prend appui sur cette réalité pour l'établissement [...] du lien de filiation* »²⁰⁶⁵. Or, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes consisterait « *au contraire, à procréer, sans sexualité et en exploitant les forces procréatrices d'autrui, un enfant délibérément privé d'un de ses auteurs* »²⁰⁶⁶.

688. Il est indéniable que le législateur français a pris le soin de légiférer en définissant au mieux les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation afin d'éviter dérives et détournements quelconques. Cependant, il convient de s'intéresser précisément aux justifications ayant conduit le législateur à réserver l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels.

B. Une position justifiée par l'intérêt de l'enfant

689. Le législateur français en consacrant l'accès à l'assistance médicale à la procréation au seul couple formé d'un homme et d'une femme - excluant *a fortiori* les personnes célibataires et les couples homosexuels - a légiféré dans l'intérêt de l'enfant à naître. Le vœu est que cette assistance médicale ne soit pas envisagée comme le moyen de succomber à tout désir d'enfant, autrement dit ne consacre pas un droit à l'enfant. La notion d'intérêt de l'enfant²⁰⁶⁷ est une notion « *incertaine et évolutive* »²⁰⁶⁸ que le doyen Carbonnier a d'ailleurs qualifiée de « *formule magique* »²⁰⁶⁹. Il s'agit d'un concept « *dont le contenu est par essence indéterminé et qui peut souvent se prêter à une lecture divergente* »²⁰⁷⁰. L'intérêt de l'enfant est « *le fruit d'une longue et profonde évolution [...] marqué par la relativité et par la subjectivité* »²⁰⁷¹. Il s'agit d'une notion relative « *dans l'espace et dans le temps car la notion se nourrit des données propres à chaque époque et à chaque société* »²⁰⁷². De même, le concept est marqué par la subjectivité tant « *individuelle, celle des père et mère, de l'enfant et du juge ;*

²⁰⁶⁵ C. Neirinck, « Réforme de la PMA : la création de la famille par convenance personnelle », *Dr. fam.*, n° 2, févr. 2013, repère 2.

²⁰⁶⁶ *Ibid.*

²⁰⁶⁷ Sur laquelle : V. notamment : A.-C. Régliez et C. Siffrein-Blanc (dir.), *L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, *op. cit.*

²⁰⁶⁸ CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, La documentation française, p. 51.

²⁰⁶⁹ J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant et le couple*, Tome II, PUF, 21^{ème} éd., 2002, p. 85.

²⁰⁷⁰ O. Prasong, *La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse, Université de Bordeaux, 2016, p. 267, n° 426.

²⁰⁷¹ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 342, p. 15.

²⁰⁷² *Ibid.*

[...] [que] collective, celle d'une société, de l'image que se fait cette société de l'enfant et, à travers cette image, qu'elle se fait d'elle-même »²⁰⁷³.

690. Selon l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant²⁰⁷⁴, « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». De même, l'article 24, alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que « dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Néanmoins, que faut-il alors entendre par « intérêt supérieur de l'enfant » ? En réalité, la notion peut se comprendre de deux manières : « au sens du plus grand intérêt de l'enfant (ce qui est meilleur pour lui, d'autant que ses intérêts peuvent être multiples, peut-être même contradictoires), d'une part, au sens d'un intérêt supérieur par rapport aux autres intérêts en présence (ceux des parents, ceux des tiers, ceux de l'État), d'autre part »²⁰⁷⁵. L'ajout du « supérieur » « confère à l'intérêt de l'enfant un plus grand subjectivisme, un relativisme plus marqué »²⁰⁷⁶.

691. La position du législateur français « procède de la volonté ferme et raisonnée de préserver le cadre humain de la procréation afin de ne pas entrer dans une logique inhumaine de fabrication de l'homme »²⁰⁷⁷. Pour autant, il semble possible d'avancer deux arguments afin d'envisager une ouverture plus large de l'assistance médicale à la procréation : d'une part, les familles monoparentales existent et d'autre part, l'adoption, sous certaines conditions, est ouverte aux personnes célibataires. Cependant, aucun de ces arguments ne convainc réellement tant les situations sont différentes et ne peuvent pas être assimilées. Quant au premier, la monoparentalité est un état de fait non nécessairement voulu par les individus en cause et découlant, dans la majorité des cas, des aléas de la vie notamment le divorce des parents ou le décès de l'un d'eux. La situation de monoparentalité n'a pas été créée en tant que telle même s'il est tout à fait possible qu'un seul lien de filiation soit établi à l'égard d'un enfant, l'autre parent possède toujours la possibilité d'établir le second lien de filiation. Quant au second,

²⁰⁷³ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », art. préc.

²⁰⁷⁴ En 2005, la Cour de cassation a admis l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la CIDE. V. Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n° 02-20613, D. 2005, p. 1909, note V. Egéa ; *Dr. fam.* 2005, comm. 156, note A. Gouttenoire ; *JCP G* 2005, note F. Granet-Lambrecht et Y. Strickler.

²⁰⁷⁵ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », art. préc.

²⁰⁷⁶ P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droits des mineurs*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2014, p. 64, n° 95.

²⁰⁷⁷ D. Fenouillet, « Propos introductifs », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, op. cit., p. 269 et s., spéc. p. 270.

l'adoption consiste à donner une famille à un enfant qui n'en possède pas. La distinction réside essentiellement dans le fait que l'enfant en question est déjà né, il ne s'agit pas de concevoir un enfant tout en sachant qu'il sera élevé par un seul parent.

692. Lorsqu'un couple s'engage dans la voie d'une assistance médicale à la procréation, l'enfant désiré n'existe pas encore et n'a, à ce stade, pas d'intérêt particulier à naître. Le législateur français a pris le parti que l'intérêt de l'enfant à concevoir dans le cadre d'une assistance médicale était de naître dans une famille composée de deux parents et qui plus est de sexe différent. L'accès à l'assistance médicale à la procréation est donc fermé tant aux personnes seules qu'aux couples de personnes de même sexe. Quant aux premières, le risque est que cette technique demandée par une femme célibataire constituerait une simple convenance personnelle qui ne doit pas être valablement satisfaite auquel cas un droit à l'enfant serait consacré par le libre choix du mode de procréation. Quant aux seconds, l'accès à l'assistance médicale à la procréation est fermé aux couples de femmes en ce que cette technique est une méthode utilisée à défaut de possibilité d'une procréation charnelle ou en cas de risque entraîné par celle-ci et non pas comme une alternative à cette dernière. Là encore, l'utilisation de l'assistance médicale à la procréation par un couple de femmes rejoint la sphère de la pure convenance personnelle. La demande d'assistance médicale à la procréation mérite d'être envisagée « *dans la perspective de l'enfant à venir* ». Or, ce dernier « *conçu par une femme, seule ou en couple, inséminée par un donneur, sera privé de père. Non par les aléas de la vie mais délibérément, sa conception étant planifiée de manière à la priver de son père et, dans le cas précis, de père tout court, le père étant "remplacé" par une seconde mère* »²⁰⁷⁸.

693. Néanmoins, comme le montre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'intérêt de l'enfant à naître n'est pas toujours la préoccupation principale. Ainsi, a-t-il été jugé que le refus opposé à l'épouse d'un détenu, condamné à perpétuité pour meurtre, d'accéder à une assistance médicale à la procréation constitue une violation de l'article 8 de la Convention européenne en ce qu'il porte atteinte, non pas à leur droit à l'enfant, mais à leur droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques²⁰⁷⁹. Cette solution illustre la limite de l'importance de l'intérêt de l'enfant à naître dans une famille vivant ensemble. Le désir de parenté des individus prime et l'enfant ne devient que le moyen de combler cette revendication dans la mesure où les techniques scientifiques le permettent. « *Autoriser*

²⁰⁷⁸ A. Mirkovic, « L'accès à l'assistance médicale à la procréation : Quelles modalités ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, op. cit., p. 445 et s., spéc. p. 446.

²⁰⁷⁹ Cour EDH, 4 déc. 2007, *Dickson c./ Royaume-Uni*, req. n° 44362/04, D. 2008, p. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; RSC 2008, p. 160, obs. J.-P. Marguénaud.

l'extension aux couples de femmes, sans raison médicale, sans condition d'infertilité, bouleverserait totalement le sens des lois sur l'aide médicale à la procréation »²⁰⁸⁰. Il s'agirait alors « d'un basculement d'une conception médicale à une conception sociétale de fabrique de l'enfant »²⁰⁸¹.

694. Néanmoins, les récents débats quant à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation ont remis au goût du jour la notion d'intérêt de l'enfant qui pourrait éventuellement ne plus être en mesure de justifier le maintien de l'accès limité de l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels. Le cadre juridique français actuel restreignant l'accès à l'assistance médicale à la procréation est, *a priori*, voué à évoluer vers une ouverture plus libérale de cette technique au profit des couples homosexuels féminins et des femmes célibataires.

II. Une amorce d'évolution du caractère hétérosexuel du couple

695. Si l'accès limité de l'assistance médicale à la procréation aux couples impliquant deux personnes de sexe différent était sans surprise lors de l'adoption des premières lois de bioéthique en 1994, la situation est sur le point d'évoluer. En effet, les mutations constantes de la famille engendrent de nouvelles problématiques auxquelles le législateur n'était pas nécessairement confronté auparavant. Ainsi, depuis la précédente date, l'exigence du caractère hétérosexuel du couple a sans cesse été remise en question (1). À l'heure actuelle, aucun changement effectif n'a eu lieu, mais la révision des lois de bioéthique en cours invite à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes (2).

1. La remise en question constante du caractère hétérosexuel

696. L'exigence du caractère hétérosexuel a été précisée par le législateur français dès l'adoption de la loi de 1994 afin d'éviter toute interprétation extensive de la notion de couple. Lors de l'adoption de la loi de 2004, le maintien de cette exigence a suscité plusieurs interrogations au vu de l'évolution du droit positif français. En effet, il convient de rappeler que la loi du 15 novembre 1999²⁰⁸² a introduit en droit français le pacte civil de solidarité, statut juridique ouvert tant aux couples hétérosexuels qu'homosexuels. Si le législateur a pris le soin de limiter les conséquences de ce statut quant au domaine de la filiation en n'ouvrant pas

²⁰⁸⁰ P. Lévy-Soussan, « Les retombées des pratiques recensées », in C. Brunetti-Pons (dir.), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, LexisNexis, 2018, p. 335.

²⁰⁸¹ *Ibid.*

²⁰⁸² L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité, préc.

l'adoption commune au profit des partenaires, il n'a également pas modifié les règles relatives à l'accès à l'assistance médicale à la procréation. Or, la crainte figure alors en ce que les partenaires homosexuels dénoncent une discrimination en raison de leur orientation sexuelle quant à l'accès à cette pratique par rapport aux partenaires hétérosexuels qui ont la possibilité d'y accéder. Malgré cette évolution, le maintien de l'exigence d'hétérosexualité a été promu lors de l'adoption de la loi du 6 août 2004 « *confirmant ainsi la conception bisexuelle de la filiation en droit français* »²⁰⁸³.

697. Ne pouvant accéder à l'assistance médicale à la procréation en France, le développement du tourisme procréatif au sein des couples homosexuels et notamment de femmes s'est accentué. En effet, de nombreux États étrangers, qui plus est très proches géographiquement de la France, ont adopté des dispositions moins rigoureuses quant aux conditions permettant de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation²⁰⁸⁴. Ainsi, les couples de femmes se rendent à l'étranger afin d'obtenir ce qu'elles ne peuvent obtenir en France. Malgré ces évolutions, la révision des lois de bioéthique en 2011 a maintenu à nouveau l'exigence de l'hétérosexualité. À cette fin, plusieurs arguments ont été avancés. Quant à l'argument fondé sur la discrimination eu égard à l'orientation sexuelle, il a été rejeté en ce qu'« *en termes de procréation, un homme et une femme, d'une part, et un couple de même sexe, d'autre part, ne sont pas dans une situation comparable* »²⁰⁸⁵. Or, la loi du 27 mai 2008²⁰⁸⁶ définit, en son article 1, la discrimination directe comme la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, « *son orientation sexuelle* » ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été « *dans une situation comparable* ». En réalité, « *personne n'a de droit à l'enfant, ni les personnes mariées, ni les célibataires, ni les personnes homosexuelles ni les personnes hétérosexuelles. Ce n'est pas en tant qu'hétérosexuels que les couples ont accès à l'AMP mais parce qu'ils sont dans une situation permettant objectivement la procréation* »²⁰⁸⁷. En outre, il a également été relevé « *l'effet domino* » que l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes serait susceptible d'entraîner. En effet, si l'homoparentalité féminine

²⁰⁸³ P. Murat, « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès », préc., n° 79.

²⁰⁸⁴ Cf. *infra* n° 712 et s.

²⁰⁸⁵ AN, *Rapport d'information n° 2235 fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, préc., p. 52.

²⁰⁸⁶ L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JORF*, n° 0123, 28 mai 2008, p. 8801.

²⁰⁸⁷ A. Mircovik, « Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et la filiation », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2010, étude 21.

n'exige qu'une insémination artificielle, l'homoparentalité masculine requiert la gestation pour autrui. Or, ouvrir l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes serait susceptible d'entraîner la légalisation de la gestation pour autrui afin que les couples d'hommes aient les mêmes droits que les couples de femmes²⁰⁸⁸.

698. La question de l'ouverture de l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes a été portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette dernière s'est prononcée à l'occasion de l'arrêt *Gas et Dubois contre France*²⁰⁸⁹ en date du 15 mars 2012. Elle a considéré que si le droit français ne prévoit l'accès à l'insémination artificielle avec donneur anonyme que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave. Ainsi, cette technique n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle d'un couple de femmes. En définitive, la Cour européenne considère que la législation française concernant l'insémination artificielle avec donneur anonyme ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes²⁰⁹⁰. Le critère de comparabilité utilisé par la Cour n'est pas celui de la nature de la relation, mais celui de l'infertilité. Cependant, la Cour n'a pas été explicite sur ce point. Il convient probablement de « *considérer que les situations ne sont pas comparables car l'infertilité des couples hétérosexuels est accidentelle alors que celle des couples homosexuels est structurelle* »²⁰⁹¹.

699. Même si les questions ne sont pas nécessairement connexes dans la mesure où l'assistance médicale à la procréation n'est pas spécifiquement réservée aux couples mariés, à la suite de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe en France par le biais de la loi du 17 mai 2013²⁰⁹², le débat a été inévitablement relancé. À l'occasion du contrôle de constitutionnalité de ladite loi, le Conseil constitutionnel a relevé que les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle

²⁰⁸⁸ AN, *Rapport d'information n° 2235 fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, préc., p. 52.

²⁰⁸⁹ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c./ France*, req. n° 25951/07, *AJDA* 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2012, p. 1241, obs. I. Gallmeister, note A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2013, p. 663, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *D.* 2013, p. 798, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2013, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc ; *AJ fam.* 2012, p. 163, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2012, p. 275, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2012, p. 306, obs. J. Hauser.

²⁰⁹⁰ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c./ France*, req. n° 25951/07, préc., § 63.

²⁰⁹¹ G. Escudey, « La procréation médicalement assistée face aux droits européens : un dilemme insurmontable ? », *RDLF*, 2013, chron. n° 9.

²⁰⁹² L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

des couples de personnes de même sexe. Ainsi, ni le principe d'égalité, ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant l'accès à l'assistance médicale à la procréation²⁰⁹³. La question de l'accès à l'assistance médicale à la procréation au profit des couples de femmes mariées a d'ailleurs été portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme qui s'est prononcée le 16 janvier 2018 à l'occasion de l'affaire *Charron et Merle-Montet contre France*²⁰⁹⁴. En l'espèce, deux femmes, mariées en 2014, ont décidé la même année de recourir à une procréation médicalement assistée pour concrétiser leur projet parental. Le médecin du CHU de Toulouse chargé d'examiner leur demande refusa au motif que l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique n'autorise pas la prise en charge des couples homosexuels. Conscientes de la décision précédemment rendue par le Conseil constitutionnel, les épouses ont estimé qu'un recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision du CHU de Toulouse était pratiquement voué à l'échec et ont donc saisi directement la Cour européenne des droits de l'Homme devant laquelle elles allèguent une violation de l'article 8 pris isolément et combiné à l'article 14 de la Convention européenne. La Cour examine la recevabilité de la requête en soulignant que les requérantes n'ont pas épuisé les voies de recours internes. Elle relève, tout d'abord, que si la décision du Conseil Constitutionnel du 17 mai 2013 touche à la question de la conformité de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique au principe constitutionnel d'égalité, elle ne le fait que de manière indirecte puisque la décision ne concernait pas cette disposition, mais la loi ouvrant le mariage pour tous. Elle observe, par ailleurs, que le Conseil constitutionnel ne s'est prononcé que sur l'existence éventuelle d'une discrimination et non sur une possible violation du droit au respect de la vie familiale, alors même que les requérantes invoquent l'article 8 en combinaison avec l'article 14, mais aussi pris isolément. Enfin, elle rappelle que le Conseil constitutionnel n'opère pas de contrôle de conventionnalité puisque ce contrôle incombe au juge ordinaire. En définitive, au vu de l'importance du principe de subsidiarité dans le système de la Convention, la Cour conclut à l'irrecevabilité de la requête pour défaut d'épuisement des voies de recours internes. Par la suite, les deux femmes forment une nouvelle demande d'assistance médicale à la procréation devant le CHU de Toulouse implicitement rejetée en 2018. Les intéressées se tournent vers le tribunal administratif de Toulouse et sollicitent l'annulation de cette décision pour excès de pouvoir et la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la

²⁰⁹³ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., consid. 44.

²⁰⁹⁴ Cour EDH, 16 janv. 2018, *Charron et Merle-Montet c./ France*, req. n° 22612/15, *AJ fam.* 2018, p. 236, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.* 2018, 139, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2018, p. 349, obs. J.-P. Marguénaud.

conformité au principe d'égalité des dispositions de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. Elles avancent, notamment, que l'une d'elles souffre de problèmes d'infertilité médicalement diagnostiqués, ce qui place leur couple « *dans une situation exactement identique à celle d'un couple hétérosexuel dont l'un des membres est infertile* » et qu'elles subissent donc « *une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle* »²⁰⁹⁵. Par une décision en date du 2 juillet 2018²⁰⁹⁶, le tribunal administratif de Toulouse sursoit à statuer et transmet la question au Conseil d'État. Ce dernier se prononce à l'occasion d'une décision rendue le 28 septembre 2018²⁰⁹⁷ et considère que l'impossibilité pour les couples de femmes d'accéder à l'assistance médicale à la procréation ne peut donner lieu à une question prioritaire de constitutionnalité. Il relève que le législateur a entendu que l'assistance médicale à la procréation ait pour objet de remédier à l'infertilité pathologique d'un couple sans laquelle celui-ci serait en capacité de procréer. La différence de traitement, résultant des dispositions critiquées, entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit et n'est, ainsi, pas contraire au principe d'égalité. Il en résulte que la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux.

700. En réalité, la solution donnée par le Conseil d'État n'est pas surprenante, car le débat se joue devant le législateur et la future révision de la loi de bioéthique. Or, lors de sa campagne présidentielle, Monsieur le Président Emmanuel Macron s'était montré favorable à la légalisation de l'assistance médicale à la procréation à l'égard des couples de femmes, mais avait exprimé le souhait d'attendre l'avis du CCNE afin qu'il y ait un vrai débat dans la société²⁰⁹⁸. Or, plusieurs éléments invitent à affirmer que l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes sera prochaine.

2. Vers l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes

701. Avant d'envisager les enseignements du projet de loi relatif à la bioéthique (b), il convient de s'intéresser aux rapports et avis rendus par différentes autorités se prononçant sur l'extension de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes (a).

²⁰⁹⁵ TA Toulouse, 2 juill. 2018, n° 1802013 QPC, *D. actualité* 30 juill. 2018, T. Coustet ; *AJ fam.* 2018, p. 423 ; *Dr. fam.* 2018, n° 9, p. 53, obs. J.-R. Binet.

²⁰⁹⁶ TA Toulouse, 2 juill. 2018, n° 1802013 QPC, préc.

²⁰⁹⁷ CE, 28 sept. 2018, n° 421899, *AJ fam.* 2018, p. 687, note A. Dionisi-Peyrusse.

²⁰⁹⁸ V. le programme de campagne présidentielle pour les familles et la société : <https://en-marche.fr/emmanuel-macron/le-programme/familles-et-societe>.

a. *Des rapports et avis favorables au changement*

702. Plusieurs autorités traitant des aspects juridiques se sont montrées favorables à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes. En mai 2015, le Haut Conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes a préconisé d'étendre l'accès à toutes les femmes sans discrimination en instaurant la possibilité d'une « *déclaration commune anticipée de filiation* » pour tous les couples ayant recours à une telle technique. De plus, le Haut Conseil recommande d'aligner la prise en charge des actes d'assistance médicale à la procréation pour les couples de femmes et les femmes célibataires sur les modalités de prise en charge prévues pour les couples hétérosexuels²⁰⁹⁹. En juillet 2015, le Défenseur des droits²¹⁰⁰ se prononce dans le même sens en indiquant que « *le fait que la PMA ne soit accessible aux femmes que si le projet parental est construit avec un homme, constitue [...] une inégalité, d'une part, entre femmes en couples hétérosexuels et femmes en couples homosexuels et, d'autre part, entre femmes célibataires et femmes en couple* »²¹⁰¹. Dans une étude « *Révision de loi de bioéthique : quelles options pour demain ?* » adoptée le 28 juin 2018 par l'assemblée générale du Conseil d'État, il a été déclaré que « *le droit ne commande [...] a priori aucune réponse à la question de la modification des critères d'accès à l'AMP ; les choix en la matière relèvent de l'appréciation souveraine du législateur* »²¹⁰². Pour arriver à cette conclusion, le Conseil d'État relève notamment qu'aucun principe juridique n'impose ni l'extension de l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules, ni le maintien des conditions actuelles d'accès à cette même technique. Quant au premier constat, il ne peut être justifié ni par le fait que l'adoption soit ouverte aux couples de femmes et aux personnes seules, ni par le principe d'égalité, ni par le droit au respect de la vie privée, ni par la liberté de procréer et ni par l'interdiction des discriminations. Quant au second constat, sont généralement avancés le principe de précaution, l'intérêt de l'enfant et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes afin de justifier un maintien des conditions actuelles d'accès à l'assistance médicale à la procréation. Or, selon le Conseil d'État, aucun de ces trois arguments ne peut justifier une telle position. Aussi, la Commission nationale consultative des droits de l'homme, dans son avis

²⁰⁹⁹ HCEfh, *Contribution au débat sur l'accès à la PMA*, Avis n° 2015-07-01-SAN-17, 26 mai 2015. Disponible sur : http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce_avis_no2015-07-01-san-17-2.pdf.

²¹⁰⁰ V. E. Matutano, « Défenseur des droits », *J.-Cl. Droit administratif*, Fasc. n° 77, 5 juill. 2018.

²¹⁰¹ Défenseur des droits, *Avis n° 15-18 relatif à l'assistance médicale à la procréation et à la gestation pour autrui*, 3 juill. 2015. Disponible sur : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=12978.

²¹⁰² CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, La documentation française, p. 52.

rendu le 20 novembre 2018²¹⁰³, a estimé que « *l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires procède autant d'une consécration du principe d'égalité de traitement que de la cohérence de notre système juridique* ».

703. Enfin, il convient de s'intéresser, plus précisément, aux avis rendus par le CCNE. Celui-ci a été créé par un décret présidentiel du 23 février 1983²¹⁰⁴ et « *est apparu comme la structure de référence éthique intéressée aux questions relatives au corps humain* »²¹⁰⁵. La loi du 6 août 2004 est venue préciser de manière générale sa mission qui consiste, en vertu de l'article L. 1412-1 du Code de la santé publique, à « *donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé* ». De plus, la loi du 7 juillet 2011 a élargi ses missions en instaurant une obligation d'organiser les états généraux de la bioéthique avant tout projet de réforme. En effet, son article 46 précise que « *tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé doit être précédé d'un débat public sous forme d'états généraux* ». En outre, en l'absence de projet de réforme, le CCNE est tenu d'organiser des états généraux de la bioéthique au moins une fois tous les cinq ans. Le CCNE est une autorité administrative indépendante²¹⁰⁶ marquée par la pluridisciplinarité et la pluralité afin de croiser les opinions sur des questions sensibles. Sa composition est fixée par l'article L. 1412-2 du Code de la santé publique²¹⁰⁷ et les conditions de désignation de ses membres, ses modalités de saisine, d'organisation et de fonctionnement sont précisées et définies aux articles R. 1412-1 à R. 1412-14 dudit Code.

704. Dans l'optique de la future révision des lois de bioéthique, le CCNE a émis un premier avis favorable à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes le 15 juin 2017²¹⁰⁸. Les deux tiers des membres du Comité se prononcent « *pour la*

²¹⁰³ CNCDH, *Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation*, 20 nov. 2018. Disponible sur : <https://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-l'assistance-medecale-la-procreation>.

²¹⁰⁴ Décr. n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *JORF*, 25 févr. 1983, p. 630.

²¹⁰⁵ J. Penneau et E. Terrier, « Corps humain - Bioéthique », *Répertoire de droit civil Dalloz*, juill. 2019 (mise à jour : déc. 2019), n° 13.

²¹⁰⁶ Sur la notion, V. : J.-L. Autin, « Autorités administratives indépendantes », *J.-Cl. Droit administratif*, Fasc. n° 75, 20 juill. 2010 (mise à jour par E. Breen : 4 oct. 2019).

²¹⁰⁷ Le CCNE comprend, outre son président nommé par le Président de la République, trente-neuf membres : cinq personnalités désignées par le Président de la République et appartenant aux principales familles philosophiques et spirituelles, dix-neuf personnalités qualifiées choisies en raison de leur compétence et de leur intérêt pour les problèmes d'éthique et quinze personnalités appartenant au secteur de la recherche.

²¹⁰⁸ CCNE, *Avis n° 126 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, 15 juin 2017. Disponible sur : <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/avis-du-ccne-du-15-juin-2017-sur-les-demandes-societales-de-recours-l'assistance>. V. notamment : F. Vialla, « Assistance médicale à la procréation :

recommandation d'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules, sous réserve de la prise en compte de conditions d'accès et de faisabilité »²¹⁰⁹. Le CCNE estime que « *l'ouverture de l'IAD à des personnes ne souffrant pas de pathologie responsable de stérilité se concevrait pour pallier une souffrance ressentie du fait d'une infécondité secondaire à des orientations personnelles* »²¹¹⁰. Parmi les arguments invoqués figure l'absence de violence qu'implique ce type d'assistance médicale à la procréation, la demande des femmes et la reconnaissance de leur autonomie et « *la relation à l'enfant dans les nouvelles structures familiales* »²¹¹¹. De plus, le CCNE relève que l'accès à la parentalité des femmes s'exerce déjà par d'autres moyens : adoption dans les couples de femmes ou démarches de procréation dans le cadre de la vie privée. Le Comité insiste sur le fait que la famille est en mutation ce qui est illustré par la diversification des formes de vie familiale. Ainsi, il est estimé qu'il est impossible d'ignorer la réalité de ces situations - enfants élevés par des couples de femmes ou des femmes seules - lorsque la question de l'accès à l'assistance médicale à la procréation est en jeu. Des hésitations sont toutefois exprimées quant au rôle et à la définition du père, quant à l'équivalence ou non des demandes des couples de femmes et des femmes seules, car à l'absence de père s'ajoute l'absence de couple et quant à la disponibilité limitée des ressources biologiques et au risque de « *marchandisation* » des produits du corps humain. Une position divergente, favorable au maintien d'un *statu quo* a été exprimée²¹¹². Les états généraux de la bioéthique²¹¹³ se sont ensuite déroulés de janvier 2018 à juin 2018. Après analyse des résultats de ces derniers, le 25 septembre 2018, le CCNE a rendu un second avis²¹¹⁴, qui confirme la position adoptée

avis du CCNE », *D.*, 2017, p. 1365 ; F. Kuttenn et S. Tardy-Joubert, « Le Comité d'éthique s'est prononcé : « Oui à l'IAD, sous conditions. Non à la GPA » », *LPA*, 2017, n° 177-178, p. 4 ; J. Hauser, « Comité consultatif national d'éthique », *RTD civ.*, 2017, p. 623 ; J.-R. Binet, « Demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation : vers la grande rupture ? », *Dr. fam.*, n° 9, 2017, comm. 196 ; A.-M. Leroyer, « L'avis du Comité d'éthique sur les demandes sociétales de recours à l'AMP ou les présupposés idéologiques d'une pensée institutionnelle », *JCP G*, n° 37, 2017, p. 927 ; V. Depadt, « L'avis n° 126 du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation », *RJPF*, n° 9, 2017, p. 20-21.

²¹⁰⁹ CCNE, *Avis n° 126 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, préc., p. 28.

²¹¹⁰ *Ibid.*, p. 23.

²¹¹¹ *Ibid.*, p. 27.

²¹¹² *Ibid.*, p. 49 et s. Il est, notamment, mis en avant les inconvénients des conséquences de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules sur « *les personnes, les ressources concernées, le principe de solidarité nationale, ainsi que sur les valeurs et la cohérence du système de droit de la bioéthique dont la France s'est doté* ».

²¹¹³ A. Philippot, « Le CCNE, chef d'orchestre des États généraux de la bioéthique », *JCP G*, n° 9-10, févr. 2018, p. 236.

²¹¹⁴ CCNE, *Avis n° 129 - Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, 18 sept. 2018. Disponible sur : https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/avis_129_vf.pdf. V. notamment : F. Violla, « Bioéthique : avis du Comité consultatif national d'éthique », *D.*, 2018, p. 1867 ; J.-R. Binet, « Avis de tempête sur les principes du droit français de la bioéthique », *Dr. fam.*, n° 11, 2018, comm. 271 ; A. Dionisi-Peyrusse, « Actualités de la bioéthique », *AJ fam.*, 2018, p. 497 ; T. Coustet, « Bioéthique : le CCNE dit oui à l'ouverture de la PMA avec une levée de l'anonymat », *D. actualité*, 26 sept. 2018.

dans l'avis n° 126 à propos de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes célibataires.

705. Le cadre juridique français actuel restreignant l'accès à l'assistance médicale à la procréation est, *a priori*, voué à évoluer vers une ouverture plus libérale de cette technique au profit des couples homosexuels féminins et des femmes célibataires. Les enseignements tirés du projet de loi relatif à la bioéthique en cours confirment ce constat.

b. Les enseignements du projet de loi relatif à la bioéthique

706. L'article 1^{er} du projet de loi relatif à la bioéthique enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019²¹¹⁵ prévoit d'élargir l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes non mariées. Le nouvel article L. 2141-2 du Code de santé publique est rédigé ainsi : « *tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée a accès à l'assistance médicale à la procréation après une évaluation médicale et psychologique selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10* ». Ainsi, le critère médical d'infertilité qui, aujourd'hui, conditionne cet accès serait supprimé. Cela « *permettrait à tout couple le souhaitant d'avoir accès à l'AMP sans devoir justifier d'autre condition que celles de consentir préalablement à l'insémination artificielle ou au transfert des embryons et de se soumettre à une "évaluation médicale et psychologique"* »²¹¹⁶. En outre, le projet de loi prévoit que la prise en charge par l'assurance maladie reste identique et est étendue aux nouveaux publics éligibles.

Concernant l'établissement du lien de filiation, le projet a prévu de nouvelles dispositions afin de tirer les conséquences de l'article 1^{er}. En effet, à l'heure actuelle, le lien de filiation à la suite d'une assistance médicale à la procréation s'établit et se conteste selon le droit commun. Cependant, comme le souligne Monsieur le Professeur Jean-René Binet, ces dispositions « *ne permettent pas d'y faire entrer un double lien de filiation monosexuée* »²¹¹⁷. Ainsi, l'article 4 du projet de loi crée un mode de filiation par déclaration anticipée de volonté permettant aux couples de femmes de devenir légalement les parents de l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation qu'elles auront réalisée ensemble dès sa naissance.

²¹¹⁵ AN, Projet de loi n° 2187 relatif à la bioéthique, 24 juill. 2019. V. notamment : J.-M. Pastor, « Loi bioéthique : le gouvernement avance avec précaution », *D. actualité*, 26 juill. 2019 ; J.-R. Binet, « Bioéthique : un projet de rupture - À propos du projet de loi relatif à la bioéthique présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019 », *Dr. fam.*, n° 9, 2019, étude 8.

²¹¹⁶ J.-R. Binet, « Bioéthique : un projet de rupture - À propos du projet de loi relatif à la bioéthique présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019 », art. préc.

²¹¹⁷ *Ibid.*

707. Le texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, le 15 octobre 2019²¹¹⁸, confirme l'élargissement de l'accès à l'assistance médicale à la procréation. Seule la rédaction de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique a été modifiée : « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10* ». En outre, l'article poursuit en précisant que « *cet accès ne peut faire l'objet d'aucune différence de traitement, notamment au regard du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle des demandeurs* ».

Cependant, concernant l'établissement du lien de filiation, les dispositions ont été profondément remaniées. L'article 4 prévoit, désormais, que les dispositions relatives à la filiation pour les couples de femmes ayant recours à l'assistance médicale à la procréation seront contenues dans le titre VII du livre I^{er}, au sein d'un chapitre V intitulé « *De l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur* ». La filiation au sein d'un couple composé d'un homme et d'une femme sera régie selon les règles de droit commun actuelles, c'est-à-dire que le lien maternel résultera de l'accouchement et le lien paternel du mariage, ou le cas échéant, de la reconnaissance. Pour les femmes seules, la filiation sera établie du fait de l'accouchement. En revanche, pour les couples de femmes, des règles spécifiques sont prévues. Le nouvel article 4 prévoit que « *pour les couples de femmes, la filiation est établie, à l'égard de chacune d'elles, par la reconnaissance qu'elles ont faite conjointement devant le notaire lors du recueil du consentement* ». Ainsi, la filiation reposera exclusivement sur le consentement donné devant notaire et la « *reconnaissance conjointe* » à laquelle elles procéderont en même temps. Cette reconnaissance sera ensuite remise à l'officier de l'état civil et indiquée dans l'acte de naissance de l'enfant. Par conséquent, l'établissement de la filiation par déclaration anticipée de volonté n'est pas retenu et est remplacé par une notion juridique existante, la reconnaissance.

Monsieur le Professeur Jean-René Binet soulève deux difficultés. La première est la confusion que peut entraîner le terme « *reconnaissance* » avec celui utilisé par l'article 316 du Code civil relatif à l'établissement de la filiation par la reconnaissance. Selon l'auteur, il est possible de se demander s'il s'agit « *de la même catégorie juridique ou d'un acte d'une autre*

²¹¹⁸ AN, Projet de loi n° 343 relatif à la bioéthique, 15 oct. 2019. V. notamment : J.-M. Pastor, « Le projet de loi Bioéthique franchit le palais Bourbon sans embûche », *D. actualité*, 16 oct. 2019 ; A. Dionisi-Peyrusse, « Actualités de la bioéthique », *AJ fam.*, 2019, p. 556 ; J.-R. Binet, « Réforme de la loi de bioéthique », *Dr. fam.*, n° 12, 2019, comm. 262 ; A. Marais, « Sexe, mensonge et quiproquo - À propos de la filiation d'un enfant procréé par un couple de même sexe », *JCP G*, n° 48, nov. 2019, doctr. 1237.

nature portant le même nom »²¹¹⁹. En effet, la reconnaissance telle qu'elle est organisée par le titre VII traduit, en principe, une affirmation de la vérité biologique. Or, « *la "reconnaissance conjointe" ne pourra être envisagée de la même manière et, dès lors que les deux actes sont régis par le même Titre VII, cette confusion terminologique pourrait entraîner des difficultés juridiques* »²¹²⁰. L'auteur s'inquiète, notamment, « *d'une mutation de la reconnaissance, qui ne serait plus fondée sur la vérité ou la vraisemblance, mais uniquement sur la volonté* »²¹²¹. La deuxième est le fait que « *le dispositif ne tient plus aucun compte de l'accouchement dans l'établissement de la filiation maternelle* »²¹²² dans la mesure où le double lien de filiation résulte de la reconnaissance conjointe. Par conséquent, « *la règle "mater semper certa est" est écartée au bénéfice d'une parenté purement volontaire, une parenté d'intention* »²¹²³. Néanmoins, « *cette solution a pour effet de traiter à égalité les deux femmes, sans distinguer entre celle qui accouche et sa compagne, comme pour éviter toute hiérarchie entre les deux mères* » et « *le régime de reconnaissance par les deux mères ne diffère pas selon qu'elles sont ou non mariées* »²¹²⁴.

708. L'extension de l'assistance médicale à la procréation aux couples formés de deux femmes et aux femmes non mariées n'est pas remise en cause par le projet de loi modifié par le Sénat le 4 février 2020²¹²⁵. Le nouvel article L. 2141-2-1 dispose que « *tout couple formé de deux femmes ou toute femme non mariée répondant aux conditions prévues au II de l'article L. 2141-2 a accès à l'assistance médicale à la procréation selon les modalités prévues au présent chapitre* ». En outre, les sénateurs adoptent un article 1^{er} A, posant un principe fondamental, selon lequel « *nul n'a de droit à l'enfant* ». Cependant, le Sénat réserve la prise en charge de l'assistance médicale à la procréation par l'assurance maladie aux demandes fondées sur des indications médicales. Autrement dit, seuls les couples infertiles bénéficient alors du remboursement de l'AMP par la sécurité sociale.

Concernant la filiation des enfants nés d'une assistance médicale à la procréation mise en œuvre dans un couple de femmes, la position des sénateurs diffère de celle des députés. La

²¹¹⁹ J.-R. Binet, « Réforme de la loi de bioéthique », art. préc.

²¹²⁰ *Ibid.*

²¹²¹ *Ibid.*

²¹²² *Ibid.*

²¹²³ *Ibid.*

²¹²⁴ P. Dauplain, « Le casse-tête de l'établissement de la filiation de l'enfant du couple de femmes né par PMA », *JCP N*, n° 4, 2020, act. 153.

²¹²⁵ Sénat, Projet de loi n° 55 relatif à la bioéthique, 4 févr. 2020. V. notamment : J.-M. Pastor, « Le Sénat divisé sur le projet de loi bioéthique », *D. actualité*, 6 févr. 2020 ; J.-M. Pastor, « Le Sénat divisé sur le projet de loi Bioéthique », *AJDA*, 2020, p. 269 ; J. Lepape, « Projet de loi « bioéthique » : les apports du Sénat en 1^{re} lecture », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 25, p. 49.

reconnaissance conjointe faite devant notaire est écartée au profit de l'adoption de l'enfant par la mère d'intention. À cette fin, le Sénat pose un principe général énonçant qu' « *il ne peut être légalement établi deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles à l'égard d'un même enfant* ». Les conditions requises pour adopter sont, quant à elles, modifiées. Le projet de loi adopté par le Sénat a été transmis à l'Assemblée nationale pour deuxième lecture le 5 février 2020²¹²⁶ qui l'a adopté avec modifications le 31 juillet 2020²¹²⁷ et l'a renvoyé à la Commission spéciale le 3 août 2020. L'Assemblée nationale confirme l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes. En son article 4, le projet de loi prévoit que la filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche conformément à l'article 311-25 du Code civil, c'est-à-dire par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance. La filiation à l'égard de l'autre femme est établie par la reconnaissance conjointe prévue lors du recueil du consentement. En outre, l'Assemblée nationale insère un nouvel article prévoyant que « *lorsqu'un couple de femmes a eu recours à une assistance médicale à la procréation à l'étranger avant la publication de la présente loi, il peut faire, devant le notaire, une reconnaissance conjointe de l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard de la femme qui a accouché. Cette reconnaissance établit la filiation à l'égard de l'autre femme* ». Cette possibilité sera applicable pour une durée de trois ans à compter de la publication de la loi.

709. Dans un rapport en date du 18 septembre 2019²¹²⁸, l'Académie nationale de médecine émet de nombreuses réserves « *liées à de possibles conséquences médicales* » sur l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules. Elle souligne « *la légitimité du désir de maternité chez toute femme quelle que soit sa situation, mais elle veut souligner que si l'invocation de l'égalité des droits de toute femme devant la procréation est compréhensible, il faut aussi au titre de la même égalité des droits tenir compte du droit de tout enfant à avoir un père et une mère* ». Elle estime que « *la conception délibérée d'un enfant privé de père constitue une rupture anthropologique majeure qui n'est pas sans risques pour le développement psychologique et l'épanouissement de l'enfant* ».

710. La position stricte du droit français mérite d'être mise en parallèle avec des cadres juridiques étrangers - similaires ou diamétralement opposés - afin d'appréhender au mieux les différentes conceptions étatiques.

²¹²⁶ AN, Projet de loi n° 2658 relatif à la bioéthique, 5 févr. 2020.

²¹²⁷ AN, Projet de loi n° 474 relatif à la bioéthique, 31 juill. 2020.

²¹²⁸ Académie nationale de médecine, *Rapport sur le projet de loi relatif à la bioéthique*, 18 sept. 2019. Disponible sur : <http://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/2019/09/Rapport-sur-le-projet-de-loi-relatif-a-CC%80-la-bioe%CC%81thique-2019-09-ANM.pdf>.

Sous-section 2. L'éventail des règles régissant l'accès aux couples de personnes de même sexe en droit étranger

711. Les législations quant aux conditions d'accès à la procréation médicalement assistée « *ne sont pas uniformes. Il ne serait d'ailleurs guère envisageable de ne pas laisser s'exercer, en la matière, les souverainetés nationales* »²¹²⁹. Néanmoins, cette disparité législative est à l'origine de problématiques en droit international privé. Les couples homosexuels féminins, notamment, se rendent à l'étranger afin de bénéficier par le biais d'une loi plus libérale de ce que leur interdit le droit français. Cette analyse de droit comparé se limitera aux dispositions nationales de certains États dont les sources législatives ou travaux doctrinaux permettent d'en dégager les principaux traits caractéristiques. Dans un souci de clarté, un aperçu des pays ouvrant l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes (Paragraphe 1) précédera celui des pays réservant cette technique aux couples de sexe différent (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les pays ouvrant l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes

712. L'assistance médicale à la procréation implique de nombreuses questions de droit international favorisées par les diversités législatives existant tant à l'échelle européenne qu'à l'échelle mondiale. En effet, aujourd'hui, il est aisé pour les individus de se déplacer dans un État tiers afin d'obtenir ce qu'ils ne peuvent avoir dans leur État d'origine. Ainsi, le droit français réservant, à l'heure actuelle, l'assistance médicale à la procréation aux seuls couples hétérosexuels, les couples de personnes de même sexe, mais également les femmes célibataires se rendent à l'étranger afin de bénéficier de la technique. Une étude des législations européennes démontre l'hétérogénéité de ces dernières quant à l'accès à la procréation médicalement assistée (I). À l'échelle mondiale, de nombreux pays ont adopté une attitude libérale (II) incitant alors les personnes de nationalité française à se rendre dans ces États.

I. L'hétérogénéité des législations en Europe

713. Depuis plusieurs années, en Europe, une tendance à ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux femmes célibataires et aux couples de femmes est constatée. Ainsi, de manière non exhaustive, les législations européennes insensibles à l'état civil et à l'orientation sexuelle des bénéficiaires seront présentées (A). Néanmoins, dans certains États, à l'image du

²¹²⁹ N. Nord, « Le panorama des législations et jurisprudences dans le monde », in C. Brunetti-Pons (dir.), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, op. cit., p. 149.

Luxembourg, le législateur ne s'est pas emparé de la question. L'absence de réglementation entraînant l'absence d'interdiction, la pratique est *a fortiori* particulière (B).

A. Les États européens insensibles à l'état civil et à l'orientation sexuelle des bénéficiaires

714. En Belgique, en pratique, l'assistance médicale à la procréation était autorisée depuis 1992 sous la responsabilité du corps médical, mais ce sans cadre légal. Finalement, l'assistance médicale à la procréation a été réglementée à l'occasion de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes²¹³⁰. Ainsi, les couples homosexuels féminins et les femmes célibataires ont accès à la procréation médicalement assistée sous réserve que le centre de fécondation donne suite à leur demande. En effet, l'article 5 de ladite loi prévoit que « *les centres de fécondation font preuve de la plus grande transparence quant à leurs options en ce qui concerne l'accessibilité au traitement ; ils ont la liberté d'invoquer la clause de conscience à l'égard des demandes qui leur sont adressées* ». La loi belge est donc relativement libérale quant à l'accès à l'assistance médicale à procréation. Elle ne pose aucune condition particulière légale dans la mesure où toute personne auteur d'un projet parental entendu comme « *toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons* », au sens de l'article 2 de la loi du 6 juillet 2007, a accès à l'assistance médicale à la procréation.

Lors de l'adoption de la loi de 2007, seule la femme qui accouchait était la mère de l'enfant. En effet, le législateur, à l'article 143 du Code civil belge, avait « *expressément exclu l'application de la présomption de filiation liée au mariage* »²¹³¹. Il appartenait à la conjointe, partenaire ou concubine d'adopter ensuite l'enfant. Il n'y avait donc pas en Belgique de statut de comaternité dans la mesure où un seul lien de filiation avec l'une des femmes était reconnu légalement. La législation belge a finalement évolué lors de l'adoption de la loi du 5 mai 2014

²¹³⁰ Belgique, L. du 6 juill. 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *Moniteur belge*, 17 juill. 2007. V. notamment : M.-N. Derèse et G. Willems, « La loi du 6 juillet relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008/2, pp. 279-359 ; G. Genicot, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *Journal des tribunaux*, 2009, pp. 17-27.

²¹³¹ G. Schamps, « Les incidences de la biomédecine sur la parenté : le hiatus entre les actes liés à la procréation médicalement assistée et l'établissement de la filiation en droit belge », in B. Feuillet-Liger et M.-C. Crespo-Braumer (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruylant, 2014, p. 55 et s., spéc. p. 66.

portant établissement de la filiation de la coparente²¹³². Cette loi instaure une véritable comaternité en appliquant le système retenu à l'égard des couples hétérosexuels aux couples homosexuels. Ainsi, en vertu de l'article 12 de la précédente loi, deux femmes mariées ayant recours à une assistance médicale à la procréation sont inscrites toutes les deux sur l'acte de naissance de l'enfant en tant que mères. La présomption de comaternité fonctionne comme la présomption de paternité, c'est-à-dire que l'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage a pour coparente l'épouse. Lorsque les deux femmes ne sont pas mariées, la coparente doit effectuer une reconnaissance de l'enfant en vertu de l'article 15 de la loi du 5 mai 2014. Cette reconnaissance peut avoir lieu avant ou après la naissance, mais uniquement avec le consentement de la mère ; règle propre au droit belge qui s'applique de la même manière au père. En cas de refus de consentement de la mère, la coparente a la possibilité de saisir le tribunal et reconnaître l'enfant en prouvant qu'un projet parental existait bel et bien entre les deux femmes.

715. En Espagne²¹³³, la loi du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée²¹³⁴ prévoit que toute femme âgée de plus de dix-huit ans peut accéder à l'assistance médicale à la procréation indépendamment de son état civil et de son orientation sexuelle. Ainsi, l'assistance médicale à la procréation est ouverte aux femmes célibataires et aux couples homosexuels féminins mariés ou non. La loi espagnole « *consacre donc un "droit à la maternité" pour les femmes majeures* »²¹³⁵. De plus, la loi du 15 mars 2007 relative à la rectification au registre de la mention relative au sexe des personnes²¹³⁶ est venue préciser les modalités spécifiques, eu égard aux couples hétérosexuels, d'établissement de la filiation pour les couples de femmes. Si le couple de femmes est marié, celle ne bénéficiant pas de la procréation médicalement assistée « *peut déclarer devant l'officier d'état civil qu'elle consent à ce que, à la naissance de l'enfant de sa conjointe, la filiation du nouveau-né soit établie en*

²¹³² Belgique, L. du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2015. V. notamment : J. Sosson, « Filiation après procréation médicalement assistée et comaternité : principes et pièges », in N. Massager et N. Gallus (dir.), *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui – Regards croisés du droit et de la pratique médicale*, Anthemis, 2017, p. 125 et s., spéc. p. 142 et s. ; J. Sosson et H. Malmanche, « Etat du droit belge en matière de procréation médicalement assistée et de gestation pour autrui », in S. Bernard et M. Farge (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille, op. cit.*, p. 37 et s., spéc. p. 45 et s. ; E. Van den Broeck, « La nouvelle loi sur la filiation de la coparente », *JDJ*, n° 345, mai 2015, p. 21.

²¹³³ V. notamment : M. Roca i Escoda, « Incidences de la composante biogénétique dans la reconnaissance de la filiation monosexuée en Espagne », *Enfances Familles Générations*, 2015, n° 23.

²¹³⁴ Espagne, L. n° 14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée, *BOE*, n° 126, 27 mai 2006, pp. 19947-19956.

²¹³⁵ J. Nanclares Valle et V. San Julian Puig, « Les incidences de la biomédecine sur la parenté et l'identité sexuelle en Espagne », in B. Feuillet-Liger et M.-C. Crespo-Braumer (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale, op. cit.*, p. 83 et s., spéc. p. 84.

²¹³⁶ Espagne, L. n° 3/2007 du 15 mars 2007 relative à la rectification au registre de la mention relative au sexe des personnes, *BOE*, n° 65, 16 mars 2007, pp. 11251-11253.

sa faveur »²¹³⁷. Ainsi, les deux femmes deviennent « *simultanément mères de l'enfant [...]. L'une d'entre elles le devient par l'accouchement et l'autre parce qu'elle a exprimé sa volonté en ce sens* »²¹³⁸. Cette possibilité n'est ouverte qu'aux couples de femmes mariées. Par conséquent, au sein d'un couple non marié, la femme n'ayant pas accouché doit recourir à l'adoption afin qu'un lien de filiation soit établi avec l'enfant né à la suite de la procréation médicalement assistée.

Il convient également d'évoquer les dispositions spécifiques²¹³⁹ du Code civil de la Catalogne résultant d'une loi du 29 juillet 2010²¹⁴⁰ qui prévoit les modalités d'établissement de la filiation d'un enfant issu d'une assistance médicale à la procréation. Une distinction est opérée selon que le couple est marié ou non, mais ce indépendamment du fait que soit concerné un couple hétérosexuel ou homosexuel. Ainsi, selon l'article 235-8 du Code civil de la Catalogne, dans un couple marié, les enfants nés à la suite d'une assistance médicale à la procréation pratiquée avec le consentement manifeste du conjoint sont les enfants de ce dernier. Dans un couple non marié, selon l'article 235-13 du même Code, les enfants nés à la suite de ladite technique sont les enfants de l'homme ou de la femme ayant consenti de manière manifeste dans un document expédié dans un centre autorisé ou dans un document public.

716. Au Royaume-Uni, le régime de l'assistance médicale à la procréation est assez libéral. La loi de 1990 relative à la fécondation et à l'embryologie humaine²¹⁴¹ définit les principales règles applicables à l'assistance médicale à la procréation, mais est assez peu détaillée, notamment concernant l'état civil des bénéficiaires de l'assistance médicale à la procréation. Finalement, l'*Human fertilisation and Embryology Act* adopté en 2008²¹⁴² prévoit que l'accès à l'assistance médicale à la procréation est ouvert non seulement aux couples hétérosexuels, mariés ou non, mais aussi aux femmes seules ainsi qu'aux couples homosexuels féminins. Ainsi, les couples de femmes ont accès à cette technique, peu importe leur état matrimonial : concubinage, partenariat enregistré ou mariage. De plus, le droit anglais prévoit

²¹³⁷ J. Nanclares Valle et V. San Julian Puig, « Les incidences de la biomédecine sur la parenté et l'identité sexuelle en Espagne », in B. Feuillet-Liger et M.-C. Crespo-Braumer (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale, op. cit.*, p. 83 et s., spéc. pp. 90-91.

²¹³⁸ *Ibid.*

²¹³⁹ En Espagne, certaines provinces ont un statut particulier. En effet, cet État ignore l'unité du droit civil et lors de la promulgation de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978, le droit civil a été confirmé dans sa diversité. Plusieurs provinces d'Espagne restent soumises au droit foral (droit civil régional) : la Catalogne, les Baléares, l'Aragón, la Biscaye et l'Estrémadure. V. sur ce point : M.-P. Garcia Rubio et E. Llamas Pombo, « Espagne. Droit civil. Statut personnel. Mariage. Divorce et séparation. Régimes matrimoniaux. Filiation. Obligations alimentaires », préc., n^{os} 1-3.

²¹⁴⁰ Catalogne, L. n^o 25/2010 du 29 juill. 2010 portant livre second du code civil de Catalogne relatif à la personne et à la famille.

²¹⁴¹ Royaume-Uni, *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, 1^{er} nov. 1990.

²¹⁴² Royaume-Uni, *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, entrée en vigueur le 6 avr. 2009.

que la partenaire ou la conjointe de la femme ayant accouché sera automatiquement considérée comme le parent de l'enfant dans l'acte de naissance. Il s'agit d'une méthode similaire à la présomption de paternité existant en droit français. L'article 42 du *Human fertilisation and Embryology Act* indique que la partenaire ou la conjointe de la mère « doit être considéré[e] comme » l'autre parent légal de l'enfant. Si l'assistance médicale à la procréation concerne un couple de concubines, le mode d'établissement de la filiation de la compagne de la mère tel que prévu par l'article 43 du *Human fertilisation and Embryology Act* requiert que les deux intéressés, ayant consenti au traitement, signent un document attestant d'une part, pour la compagne de la mère qu'elle consent à être considérée comme la mère et d'autre part, pour la femme qui accouche qu'elle consent à ce que la précédente soit considérée comme tel. Ainsi, « l'intérêt du mécanisme est que le consentement donné au projet parental commun doit s'accompagner du consentement à l'établissement de la filiation »²¹⁴³.

717. Au Portugal, une loi en date du 22 août 2016²¹⁴⁴ est venue étendre le champ des bénéficiaires de l'assistance médicale à la procréation. L'article 6 de ladite loi vise les couples, de sexe différent ou homosexuels féminins, mariés ou qui vivent dans des conditions analogues aux conjoints ainsi que toutes les femmes indépendamment de leur état civil et de leur orientation sexuelle. Ainsi, la technique est ouverte tant aux couples de femmes mariées que non mariées et également aux femmes célibataires. Concernant l'établissement du lien de filiation, l'article 20 de la loi du 22 août 2016 indique que l'enfant né du recours à la procréation médicalement assistée sera également considéré comme étant celui de la personne ayant consenti au recours à ladite technique avec le bénéficiaire, autrement dit avec la personne avec qui elle est mariée ou unie.

718. Au Danemark, les règles applicables à l'assistance médicale à la procréation sont déterminées par la loi du 10 juin 1997 sur la fécondation artificielle²¹⁴⁵. Ses dispositions ont été précisées par un règlement du 17 septembre 1997 et par une circulaire du 30 septembre 1997 que l'administration de la santé a adressée à tous les médecins²¹⁴⁶. La loi du 10 juin 1997 prévoyait que l'assistance médicale à la procréation ne pouvait être proposée qu'à des couples hétérosexuels mariés ou non mariés, mais faisant partie d'une relation similaire à celle d'un couple marié. Cette position s'expliquait, « *semble-t-il, essentiellement sur le "meilleur intérêt*

²¹⁴³ I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 200.

²¹⁴⁴ Portugal, L. n° 17/2016 du 22 août 2016.

²¹⁴⁵ Danemark, L. n° 460 du 10 juin 1997 sur la fécondation artificielle, entrée en vigueur le 1^{er} oct. 1997.

²¹⁴⁶ Sénat, *L'assistance médicale à la procréation et la recherche sur l'embryon*, Série législation comparée, n° LC 75, mai 2000. Disponible sur : <https://www.senat.fr/europe/lc75.pdf>.

de l'enfant" *de naître en ayant un père et une mère* »²¹⁴⁷. Finalement, la loi n° 535 du 8 juin 2006²¹⁴⁸ a modifié la teneur de la loi de 1997. Désormais, l'assistance médicale à la procréation est, également, ouverte aux femmes célibataires et aux couples homosexuels féminins. L'accès est ouvert aux couples, peu importe leur état civil : marié, partenaire ou concubin²¹⁴⁹.

719. En définitive, plusieurs États européens proches géographiquement de la France ont adopté une attitude libérale en ouvrant l'accès à l'assistance médicale à la procréation tant aux couples hétérosexuels qu'homosexuels. Ainsi, la dimension médicale n'est pas prise en compte dans de telles législations. Si les conditions d'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation sont dans la majorité des pays strictement encadrées, l'absence de réglementation au Luxembourg entraîne un cadre juridique particulier.

B. Le cadre juridique luxembourgeois : l'absence de réglementation

720. Le droit luxembourgeois présente une particularité en ce qu'il ne régleme pas l'assistance médicale à la procréation. Aucune norme législative qui fixerait les conditions d'accès, délimiterait les techniques auxquelles le recours est autorisé ou réglerait les procédures ou critères scientifiques, psychologiques, médicaux ou sanitaires s'imposant à la mise en œuvre des techniques n'existe²¹⁵⁰. Il y a seulement les dispositions du Code civil qui réglementent le droit de la filiation et prévoient différentes règles et présomptions pour établir les filiations maternelle et paternelle. Cependant, elles ne visent pas spécifiquement les cas d'assistance médicale à la procréation, si ce n'est pour l'insémination artificielle qui constitue un obstacle au désaveu de paternité en vertu de l'article 312 du Code civil luxembourgeois²¹⁵¹.

721. Pour autant, l'assistance médicale à la procréation n'est pas interdite au Luxembourg. Les conditions d'accès, les techniques et leurs critères d'utilisation sont définis par la pratique. Cette situation a entraîné la constitution de comités scientifiques ou éthiques regroupant des professionnels du secteur de santé prenant des décisions au cas par cas. Cependant, le recours aux comités scientifiques et éthiques n'est pas automatique. En effet,

²¹⁴⁷ M. Bourassa Forcier et A.-M. Savard, « Programme québécois de procréation médicalement assistée Perspective de droit comparé et de droits de la personne », *Groupe de recherche en droit et politiques de la santé*, Université de Sherbrooke, 30 août 2013, p. 41. Disponible sur : https://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2014/Procreation_assistee/Rapport_Bourassa_Savard.pdf

²¹⁴⁸ Danemark, L. n° 535 du 8 juin 2006.

²¹⁴⁹ C. Jeppesen de Boer et A. Kronborg, « National Report : Denmark », *Journal of Gender Social Policy and Law*, vol. 19, n° 1, 2011, p. 113-121., spéc. p. 119.

²¹⁵⁰ CNE, *PMA, GPA, accouchement anonyme : autant de défis éthiques pour la société*, avis n° 26, 10. nov. 2015, p. 11. Disponible sur : https://cne.public.lu/dam-assets/fr/publications/avis/Avis_26.pdf.

²¹⁵¹ *Ibid.*

« leur intervention nécessite une proposition d'un professionnel confronté à une demande spécifique de recours à la PMA et à l'égard de laquelle, pour des raisons médicales et/ou psycho-sociales, il éprouve des réticences »²¹⁵². À défaut, « il appartient au professionnel de santé consulté par des candidats à la PMA de décider, le cas échéant en conformité avec sa déontologie professionnelle, s'il accède à la demande »²¹⁵³ de procréation médicalement assistée lui étant soumise.

722. En l'absence de législation, la Commission nationale d'éthique recommande la réglementation des pratiques de la procréation médicalement assistée au niveau des conditions techniques et au niveau des conditions d'accès, tout en veillant au principe de non-discrimination et en prévoyant des critères objectifs d'accès à cette technique²¹⁵⁴. Depuis, deux projets de loi prévoyant des dispositions relatives à l'assistance médicale à la procréation ont été déposés et sont toujours en cours de travaux parlementaires²¹⁵⁵. En premier lieu, le projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation²¹⁵⁶ qui prévoit d'introduire au sein du Code civil une section consacrée à l'assistance médicale à la procréation. En second lieu, la proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale à la procréation²¹⁵⁷ prévoit en son article 3 que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple de sexe différent ou d'éviter la transmission d'une maladie grave et incurable. Le caractère pathologique de l'empêchement doit être médicalement diagnostiqué. De plus, l'homme et la femme formant le couple doivent être mariés, vivants, en âge de procréer et consentir préalablement à la conception des embryons ou à l'insémination artificielle. Ainsi, les femmes célibataires et les couples de femmes seraient exclus du bénéfice de l'assistance médicale à la procréation.

723. L'Espagne et la Belgique sont les destinations favorites des femmes célibataires et des couples de femmes souhaitant accéder à la maternité dans la mesure où ce sont des États relativement proches géographiquement de la France²¹⁵⁸. Les législations mondiales en faveur

²¹⁵² CNE, PMA, GPA, accouchement anonyme : autant de défis éthiques pour la société, avis n° 26, préc., p. 12.

²¹⁵³ *Ibid.*

²¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 13-14.

²¹⁵⁵ N. Nord, « Le panorama des législations et jurisprudences dans le monde », in C. Brunetti-Pons (dir.), *Le droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, op. cit., p. 160.

²¹⁵⁶ Luxembourg, Projet de loi n° 6568 portant réforme du droit de la filiation déposé le 25 avr. 2013 devant la Chambre des députés, spéc. art. 313. Disponible sur : <https://gouvernement.lu>.

²¹⁵⁷ Luxembourg, Proposition de loi n° 6797 relative à l'assistance médicale à la procréation déposée le 24 mars 2015 devant la Chambre des députés du Grand-Duché de Luxembourg. Disponible sur : <https://www.chd.lu>.

²¹⁵⁸ V. Rozée, « L'homomaternité issue de l'assistance médicale à la procréation en France : état des lieux d'un recours transnational », *Raison-publique.fr*, mai 2012. Disponible sur : <http://raison-publique.fr/article531.html>.

de l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes méritent une présentation sommaire.

II. Les législations libérales à l'échelle mondiale

724. L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes n'est pas harmonisée à l'échelle mondiale. À l'image des États européens ayant adopté une législation libérale quant à l'accès à ces techniques, plusieurs États dans le reste du monde ont pris une position similaire. Ainsi, à titre d'exemple, les cadres juridiques québécois et brésiliens illustrent ce constat.

725. Au Québec, les règles relatives au recours à la procréation assistée sont assez libérales et issues de la loi du 7 juin 2002²¹⁵⁹. Il convient de préciser que la réforme opérée par la même loi a substitué à la notion de procréation médicalement assistée, l'expression de procréation assistée supprimant alors le qualificatif « *médicalement* » du terme. La raison réside dans le fait que le droit québécois a eu le souci d'élargir les techniques d'assistance à la procréation. En effet, au côté de la procréation médicalement assistée nécessitant l'intervention des cliniques de fertilité caractérisées par l'anonymat du donneur, la procréation par insémination artificielle réalisée en privé avec accord du donneur autrement dit réalisée dans l'intimité d'une manière artisanale ou encore la procréation amicalement assistée, c'est-à-dire la relation assistée par voie sexuelle ont été incluses au sein des dispositions québécoises. Il convient de noter que dans ces deux dernières hypothèses, l'anonymat du donneur est bien entendu levé. À l'instar du droit belge²¹⁶⁰, le recours à la procréation assistée dépend de la notion de projet parental. Celui-ci, en vertu de l'article 538 du Code civil québécois, est caractérisé dès lors « *qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental* ». Le terme « *conjoint* » fait référence à un couple hétérosexuel ou homosexuel marié, uni civilement ou en union de fait²¹⁶¹. Ainsi, la procréation assistée est ouverte tant aux femmes seules qu'aux couples homosexuels féminins.

²¹⁵⁹ Québec, L. du 7 juin 2002 instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, c.6.

²¹⁶⁰ Cf. *supra* n° 714.

²¹⁶¹ C. Lavallée, « Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois : une égalité à géométrie variable », *RID comp.*, 2012, vol. 64, n°1, p. 13 et s., spéc. p. 18.

L'établissement du lien de filiation de l'enfant né à la suite d'une procréation assistée²¹⁶² est différent selon l'hypothèse en cause : d'une part, les règles régissant les procréations assistées médicales ou artisanales et d'autre part, celles régissant l'apport des forces génétiques fait par relation sexuelle. Quant aux premières, l'article 538.1, alinéa 1 du Code civil québécois prohibe l'établissement de tout lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu. Logiquement, l'enfant aura pour mère la femme qui lui a donné naissance. Si l'assistance à la procréation a été réalisée par une femme célibataire, l'enfant n'aura qu'un lien de filiation maternelle, sauf si sa mère décide par la suite de permettre l'établissement d'un lien de filiation paternelle ou d'un autre lien de filiation maternelle. En revanche, si la même assistance a été le projet d'un couple de femmes, l'établissement du second lien de filiation maternelle variera selon le statut juridique du couple. Dans l'hypothèse où le couple est marié ou uni civilement, la conjointe de la femme inséminée artificiellement est présumée être l'autre parent de l'enfant en vertu d'une présomption de parenté prévue à l'article 538.3 du Code civil québécois, calquée sur la présomption de paternité²¹⁶³. L'article 539.1 du Code civil québécois précise, en outre, que lorsque les deux parents sont de sexe féminin, « *les droits et obligations que la loi attribue au père, là où ils se distinguent de ceux de la mère, sont attribués à celle des deux mères qui n'a pas donné naissance à l'enfant* ». Dans l'hypothèse où le couple est en union de fait, l'article 540 du Code civil québécois prévoit que la conjointe de la mère pourra reconnaître l'enfant auprès du directeur de l'état civil sans qu'aucune autre démarche soit nécessaire. À défaut d'une reconnaissance volontaire, une possession d'état constante suffit²¹⁶⁴. Quant aux secondes, la principale différence réside dans le fait qu'un lien de filiation peut être établi entre l'auteur de l'apport des forces génétiques et l'enfant. En effet, l'article 538.1, alinéa 2 du Code civil québécois indique que « *lorsque l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle, un lien de filiation peut être établi, dans l'année qui suit la naissance, entre l'auteur de l'apport et l'enfant. Pendant cette période, le conjoint de la femme qui a donné naissance à l'enfant ne peut, pour s'opposer à cette demande, invoquer une possession d'état conforme au titre* ». Il apparaît alors que la filiation biologique prime lorsque l'enfant est issu d'une relation sexuelle alors que le père biologique agissait en connaissance de cause quant à la finalité réelle de la relation sexuelle. En revanche, si l'auteur de l'apport n'établit pas sa paternité dans l'année de

²¹⁶² V. notamment : L. Brunet, M. Giroux, J. Courduriès et M. Gross, « La difficile conciliation entre le vécu des familles conçues avec assistance médicale à la procréation et le droit : perspectives franco-québécoise », in M.-X. Catto et K. Martin-Chenut (dir.), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, Mare & Martin, 2019, pp. 81-112, spéc. p. 102 et s.

²¹⁶³ Québec, article 525 du Code civil.

²¹⁶⁴ Québec, article 538.1 du Code civil.

la naissance, l'enfant sera lié à la femme qui lui a donné naissance et à la conjointe de celle-ci, selon les mêmes modalités que celles évoquées lorsque la procréation est assistée autrement que par relation sexuelle²¹⁶⁵.

726. Au Brésil, la réglementation relative à la procréation médicalement assistée figure dans la résolution n° 2.121/2015 en date du 24 septembre 2015 du Conseil national de l'ordre des médecins sur les normes éthiques pour l'utilisation de techniques de reproduction assistée²¹⁶⁶. Ce texte ne prévoit aucune distinction quant à la situation matrimoniale des bénéficiaires de l'assistance médicale à la procréation. Ainsi, elle est ouverte tant aux personnes seules qu'aux couples homosexuels. Néanmoins, lorsque l'assistance médicale est demandée par une personne célibataire, le médecin dispose d'un droit d'objection pour des raisons de conscience. De plus, en présence d'un couple homosexuel féminin, la gestation partagée, c'est-à-dire l'hypothèse de transfert ultérieur d'un embryon généré à partir de l'ovule de l'une des partenaires à l'utérus de l'autre est autorisée et ce même en l'absence d'infertilité²¹⁶⁷.

727. L'assistance médicale à la procréation est ouverte aux femmes célibataires et aux couples homosexuels féminins dans de nombreux États, y compris européens. Pour autant, cette position est loin de faire consensus. Ainsi, à l'instar de la France, de nombreux pays réservent la technique aux couples hétérosexuels la fermant alors aux couples de femmes.

Paragraphe 2. Les pays réservant l'assistance médicale à la procréation aux couples de sexe différent

728. L'accès à l'assistance médicale à la procréation est réservé aux seuls couples hétérosexuels dans plusieurs États. Similaires au droit français, ces législations restrictives se fondent principalement sur des indications médicales afin de déterminer les bénéficiaires de ladite technique. À titre d'exemple, les cadres juridiques suisse, italien et allemand seront présentés (I). La législation grecque mérite un développement particulier dans la mesure où tout en fermant l'accès aux couples homosexuels, les femmes célibataires peuvent bénéficier d'une assistance médicale à la procréation (II).

²¹⁶⁵ C. Lavallée, « Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois : une égalité à géométrie variable », art. préc., spéc. p. 22.

²¹⁶⁶ N. Nord, « Le panorama des législations et jurisprudences dans le monde », in C. Brunetti-Pons (dir.), *Le droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, op. cit., p. 156.

²¹⁶⁷ V. pour une présentation détaillée : *Ibid.*, p. 156 et s.

I. Les cadres juridiques suisse, italien et allemand : une approche restrictive

729. Le droit suisse²¹⁶⁸ consacre une approche restrictive de l'assistance médicale à la procréation. Selon l'article 2 de la loi fédérale suisse du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée²¹⁶⁹, cette dernière recouvre « *les méthodes permettant d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme, en particulier l'insémination, la fécondation in vitro avec transfert d'embryons et le transfert de gamètes* ». En son article 3, alinéa 1^{er}, ladite loi pose que le principe selon lequel « *la procréation médicalement assistée est subordonnée au bien de l'enfant* ». Ainsi, l'alinéa 2 du même article poursuit en précisant qu'elle est réservée seulement « *aux couples* ». Ainsi, les personnes célibataires ne peuvent avoir recours à une telle technique. De plus, le même article précise aux couples « *à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi* » et « *qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité* ». Par conséquent, les couples homosexuels sont également exclus du bénéfice de l'assistance médicale à la procréation dans la mesure où le droit suisse ne permet pas d'établir une filiation à leur égard. Les couples hétérosexuels mariés ou non mariés, mais stables peuvent bénéficier d'une assistance médicale à la procréation. De plus, il est précisé que « *seul un couple marié peut recourir à un don de sperme* ». Or, le mariage homosexuel n'étant pas permis par le droit suisse, les couples de personnes de même sexe sont à nouveau exclus du bénéfice de cette technique. Les indications afin de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation sont similaires à celles prévues en droit français, à l'exception de celle reposant sur la transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'un des membres du couple²¹⁷⁰. En effet, l'article 5 de la loi suisse indique que la technique ne peut être utilisée que si elle satisfait à l'une des exigences suivantes : permettre de remédier à la stérilité d'un couple ou éviter le risque de transmission d'une maladie grave aux descendants.

730. En Italie, l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée est réglementé par la loi du 19 février 2004²¹⁷¹ entrée en vigueur le 10 mars 2004 de manière très restrictive. En vertu de l'article 4, alinéa 1^{er} de ladite loi, le recours à cette technique n'est autorisé que s'il est établi qu'il n'est pas possible d'éliminer autrement les causes de stérilité

²¹⁶⁸ V. notamment : S. Perrenoud, *La protection de la maternité - Etude de droit suisse, international et européen*, Thèse, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2015, p. 35 et s.

²¹⁶⁹ Suisse, L. fédérale du 18 déc. 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA), RS 810.11.

²¹⁷⁰ Cf. *supra* n° 683.

²¹⁷¹ Italie, L. n° 40 du 19 févr. 2004 relative aux règles en matière de procréation médicalement assistée, *Gazzetta Ufficiale*, n° 45, 24 févr. 2004. V. sur cette loi : C. Savi, « La loi italienne sur la procréation assistée : une loi controversée », *Droit et cultures*, 51, 2006, p. 161.

ou d'infertilité. Les couples porteurs de maladies génétiques ou de maladies infectieuses se voient alors exclus des techniques d'assistance médicale à la procréation. De plus, l'article 5 poursuit en indiquant que seuls peuvent en bénéficier les couples formés de personnes majeures de sexe différent. Celles-ci doivent être mariées ou vivre en cohabitation de manière stable, en âge de procréer et vivantes. La volonté de recourir à la procréation médicalement assistée doit être exprimée, par écrit, conjointement par les deux bénéficiaires au responsable de la structure sanitaire. À l'image du droit français, le législateur italien a pris le parti de n'ouvrir l'assistance médicale à la procréation qu'aux couples hétérosexuels mariés ou cohabitants de manière stable. Il convient de noter que les techniques utilisées en Italie s'avèrent limitées en ce que la procréation médicalement assistée de type hétérologue autrement dit utilisant les gamètes de tiers est prohibée.

731. En Allemagne, il convient d'évoquer la loi fédérale du 13 décembre 1990 sur la protection des embryons²¹⁷², entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1991, qui régit de façon indirecte l'assistance médicale à la procréation. Cette loi comprenant essentiellement des dispositions pénales, ses lacunes sont en partie comblées par les directives de l'Ordre fédéral des médecins sur la procréation médicalement assistée. La loi de 1990 ne comportant aucune indication sur l'état civil des bénéficiaires de la technique, il convient de se tourner vers les directives de l'Ordre fédéral des médecins. Ces dernières précisent que les différentes techniques d'assistance médicale à la procréation sont en principe réservées aux couples mariés. Cependant, les couples hétérosexuels non mariés peuvent en bénéficier en s'adressant à la commission régionale de l'Ordre qui statue sur les cas particuliers²¹⁷³. Ainsi, le droit allemand exclut du bénéfice de l'assistance médicale à la procréation les femmes seules et les couples homosexuels.

732. À l'image de la législation française, les droits suisse, italien et allemand excluent du bénéfice de l'assistance médicale à la procréation les couples de personnes de même sexe et les femmes célibataires. Ces positions sont principalement justifiées par le fait que ces techniques sont prévues afin de remédier à une incapacité ou un risque de procréer médicalement constaté. Le législateur grec semble avoir adopté la même position à une différence près : l'ouverture élargie aux femmes célibataires.

²¹⁷² Allemagne, L. fédérale n° 745/90 du 13 déc. 1990 sur la protection des embryons, *B.G.B.I.*, n° 1, 1990, p. 2746.

²¹⁷³ Sénat, *L'assistance médicale à la procréation et la recherche sur l'embryon*, préc.

II. Le cadre juridique grec : l'originale ouverture aux seules femmes célibataires

733. En Grèce, les règles relatives à l'assistance médicale à la procréation sont issues de la loi du 19 décembre 2002 sur l'assistance médicale à la procréation humaine²¹⁷⁴ complétée par la loi du 27 janvier 2005 sur l'application des méthodes de reproduction médicalement assistée²¹⁷⁵. L'article 1455 du Code civil grec prévoit que « *l'assistance médicale à la procréation (fécondation artificielle) est autorisée seulement pour remédier à l'impossibilité naturelle d'avoir des enfants ou pour éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité. Les méthodes d'AMP sont autorisées jusqu'à l'âge où les personnes concernées sont naturellement aptes à procréer* ». Ainsi, comme en droit français, la finalité thérapeutique est indispensable afin de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation. Elle ne peut avoir lieu qu'à l'âge de procréer naturellement et nécessite le consentement donné, par acte notarié, soit des époux, soit des concubins de sexe opposé, soit de la femme seule non mariée. Dans toutes les hypothèses, l'assistance médicale à la procréation nécessite une autorisation judiciaire. Ainsi, il en ressort que le droit hellénique réserve la technique d'assistance aux couples hétérosexuels mariés ou vivant en union libre et ne permet pas le bénéfice de l'assistance médicale à la procréation aux couples impliquant deux femmes alors que cette technique est possible si elle est demandée par une femme célibataire.

734. La position originale du droit hellénique s'explique par le fait que « *le droit de se reproduire par les méthodes de procréation médicalement assistée, lequel constitue une voie originale pour créer une famille, s'appuie sur l'article 5 de la Constitution qui pose une liberté de fonder une famille* »²¹⁷⁶. Selon l'alinéa premier de ce dernier, « *chacun peut développer librement sa personnalité* ». De plus, la clause générale prévue à l'article 1, alinéa 1 de la loi du 27 janvier 2005 précise que « *les PMA doivent être appliquées de telle manière que, d'une part, le respect de la liberté et de la personnalité de la personne et, d'autre part, sa satisfaction d'avoir des descendants doivent être sauvegardés, selon les données de la médecine, la biologie et les principes de la bioéthique* »²¹⁷⁷. En définitive, l'accès à l'assistance médicale à la

²¹⁷⁴ Grèce, L. n° 3089/2002 du 19 déc. 2002 sur l'assistance médicale à la procréation humaine, *JO gr. (FEK)*, n° 27, 23 déc. 2002.

²¹⁷⁵ Grèce, L. n° 3305/2005 du 27 janv. 2005 sur l'application des méthodes de reproduction médicalement assistée, *JO gr. (FEK)*, n° 17, 27 janv. 2005.

²¹⁷⁶ P. Agalopoulou, « Les procréations médicalement assistées selon le droit hellénique », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, op. cit., p. 65 et s., spéc. p. 65.

²¹⁷⁷ *Ibid.*

procréation est « *légalisé sous la forme d'un droit individuel à la reproduction* »²¹⁷⁸. Le désir d'enfant semble être la pierre angulaire dictant les modalités d'accès à l'assistance médicale à la procréation en Grèce. La position originale de cet État se justifie certainement par le fait que le législateur grec n'a que très récemment ouvert une forme de partenariat enregistré à l'égard des couples de personnes de même sexe²¹⁷⁹ et réserve le bénéfice du mariage aux couples hétérosexuels. Or, si le désir de fonder une famille d'une femme seule peut être comblé, celui d'un couple de femmes ne peut l'être. Cette attitude rejoint l'état actuel de la législation grecque eu égard aux modes de conjugalité ouverts aux couples de personnes de même sexe.

735. Cet aperçu de droit comparé met en lumière l'importante diversité législative en Europe et dans le monde quant aux modalités d'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation. Cette disparité sujette au changement au gré des évolutions sociétales pose de nombreuses questions de droit international privé. La première d'entre elles réside dans la détermination de la loi applicable à l'accès à l'assistance médicale à la procréation.

Section 2. La détermination de la loi applicable à l'accès à l'assistance médicale à la procréation

736. Les divergences nationales quant aux conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation favorisent et développent le déplacement des personnes et *a fortiori* le tourisme procréatif. Les personnes ne pouvant obtenir ce qu'elles souhaitent dans leur État de résidence se rendent à l'étranger afin de parvenir à leurs fins. Les restrictions imposées par le premier de ces États sont la source de ces déplacements. Le sujet, objet de notre étude, en est l'exemple parfait. L'assistance médicale à la procréation est, à ce jour, fermée aux couples de femmes en France. Nombreux étant les États voisins à autoriser une telle pratique²¹⁸⁰, les couples homosexuels féminins se rendent alors à l'étranger afin de bénéficier du traitement - insémination artificielle avec tiers donneur - dont elles ne peuvent jouir sur le territoire français dans la mesure où celui-ci est autorisé par le droit local étranger. Or, lorsqu'un couple se rend à l'étranger afin de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation, plusieurs systèmes juridiques nationaux sont nécessairement mis en cause impliquant un ou plusieurs éléments d'extranéité d'où découle un conflit de lois. Ce conflit est envisageable en matière de bioéthique dès que les États ont légiféré en la matière, « *même si pour l'instant il en est à ses prémises et*

²¹⁷⁸ M. Kalogirou, « La fragmentation de la définition de la filiation comme moteur de non-discrimination en matière de procréation ? », *La Revue des droits de l'homme*, 15, 2019, spéc. n° 7.

²¹⁷⁹ L'union civile pour les partenaires de même sexe a été autorisée en Grèce par une loi en date du 22 décembre 2015.

²¹⁸⁰ Cf. *supra* n° 712 et s.

qu'instinctivement le juge du for aura tendance à nier la loi étrangère dans ces questions sensibles »²¹⁸¹. Ainsi, il est question de déterminer la loi applicable à l'accès à l'assistance médicale à la procréation en droit international privé. En réalité, cette opération s'avère difficilement réalisable comme le démontre l'impossibilité d'utiliser une règle de conflit de lois (Sous-section 1). Ainsi, il semble que les dispositions du Code de la santé publique relatives à l'assistance médicale à la procréation méritent, à l'heure actuelle, d'être envisagées comme des lois de police (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'impossible utilisation d'une règle de conflit de lois

737. L'assistance médicale à la procréation est une question dépassant le seul cadre national comme le montre le phénomène du tourisme procréatif. Ainsi, la question de la loi applicable à l'accès à cette technique mériterait probablement d'être réglée à l'échelle internationale. Cependant, il est possible de constater une regrettable absence de sources d'origine internationale à ce sujet (Paragraphe 1). En l'absence de telles règles, le raisonnement classique en droit international privé implique de rechercher un élément de réponse dans les règles d'origine interne. Néanmoins, trancher le conflit de lois en matière d'accès à l'assistance médicale à la procréation s'avère être une tentative vaine (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La regrettable absence de sources internationales

738. « *La bioéthique*²¹⁸² interpelle la conscience humaine et nécessite a fortiori une réponse qui se déploie à l'international »²¹⁸³. Malgré ce constat, la faible émergence d'un droit international de la bioéthique (I) couplée à l'omission de l'assistance médicale à la procréation des textes d'origine internationale (II) est regrettable.

I. La faible émergence d'un droit international de la bioéthique

739. En amont, il semble important de préciser qu'au sein des textes internationaux mentionnés en suivant, « *il n'est [jamais] envisagé de raisonner selon les méthodes du droit international privé et de faire la moindre place aux conflits de lois* »²¹⁸⁴. Ce constat est

²¹⁸¹ M. Josselin-Gall, « Bioéthique », *Répertoire de droit international Dalloz*, oct. 2011 (mise à jour : févr. 2020), n° 28.

²¹⁸² Selon Monsieur le Professeur Bertrand Mathieu, la bioéthique renvoie « *aux rapports entre les sciences et les techniques médicales et la protection de l'homme, tant dans leurs aspects philosophiques que juridiques* » (B. Mathieu, *La bioéthique*, Dalloz, 2009, p. 1). Pour une définition détaillée : Cf. *infra* n° 749 et s.

²¹⁸³ W. Harrar Masmoudi, « Facies legalis de la bioéthique : référentiels national et international », *Droit, Santé et Société*, 2019, n° 1-2, p. 12.

²¹⁸⁴ C. Labrusse-Riou, « Bioéthique et droit international privé : objectifs et méthodes en question », *TCFDIP*, 2002-2002, p. 57.

malheureux « dans la mesure où la philosophie du droit international privé repose sur le respect de principe des droits nationaux et consacre ainsi, sous réserve de l'ordre public, le pluralisme juridique, reflet du pluralisme éthique si cher, en apparence du moins, à la bioéthique »²¹⁸⁵. Au sein des sources d'origine internationale relative à la bioéthique, il convient de citer, en premier lieu, le Code de Nuremberg de 1947²¹⁸⁶, texte considéré comme le fondateur de la bioéthique dans la mesure où « c'est surtout après la révélation des crimes de l'Allemagne nazie que commença à se former une réflexion portant sur l'ampleur des transgressions aux droits de l'Homme susceptibles d'être commises au nom de la science »²¹⁸⁷. Ce texte énonce une liste de dix principes contenus dans le jugement rendu par un tribunal militaire américain et faisant suite au procès des médecins à Nuremberg²¹⁸⁸. Ces principes sont conçus, à l'époque, comme autant de conditions auxquelles doivent satisfaire les recherches pour être considérées comme acceptables. Le premier d'entre eux est le consentement de la personne qui se prête à la recherche. « Outre sa dimension symbolique [...], ce "Code" présente également la particularité essentielle d'être le premier texte à avoir formulé de tels principes éthiques sous la forme de règles de droit »²¹⁸⁹.

740. Les principes posés dans le Code de Nuremberg ont ensuite « été repris et amendés dans un texte, certes à portée internationale, mais qui ne constitue pas a priori une source du droit international public »²¹⁹⁰. Il s'agit de la Déclaration d'Helsinki relative aux Principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains adoptée au mois de juin 1964²¹⁹¹ par l'Association médicale mondiale, association qui regroupe des médecins issus de différents États. Ce texte n'a pas de force contraignante, mais présente deux intérêts principaux : d'une part, permettre aux chercheurs de se réapproprier des principes posés par les juristes dans le Code de Nuremberg et d'autre part, être un texte évolutif afin de s'adapter à l'évolution de la médecine et de la science.

²¹⁸⁵ C. Labrusse-Riou, « Bioéthique et droit international privé : objectifs et méthodes en question », préc., p. 57.

²¹⁸⁶ V. notamment : V. Depadt, « Le Code de Nuremberg, premier texte sur l'encadrement de la biomédecine », *RJPF*, n° 4, 2018, p. 27 ; P. Amiel et F. Vialla, « La vérité perdue du « code de Nuremberg » : réception et déformations du « code de Nuremberg » en France », *RDSS*, 2009, p. 673.

²¹⁸⁷ C. Bonah, E. Lepicard et V. Roelck, *La Médecine expérimentale au tribunal. Implications éthiques de quelques procès médicaux du XXe siècle européen*, Archives Contemporaines Editions, 2003, p. 462.

²¹⁸⁸ V. notamment : B. Haliou, *Le procès des médecins de Nuremberg - L'irruption de l'éthique biomédicale*, Eres, 2017.

²¹⁸⁹ W. Harrar Masmoudi, « Facies legalis de la bioéthique : référentiels national et international », art. préc.

²¹⁹⁰ M. Audit, « Bioéthique et droit international privé », *RCADI*, Tome 373, 2014, p. 241.

²¹⁹¹ Depuis, la déclaration d'Helsinki a été régulièrement amendée. La dernière modification a eu lieu en octobre 2013 lors de la 64^{ème} Assemblée générale de l'Association médicale mondiale qui s'est tenue à Fortaleza, au Brésil. V. notamment : P. Amiel, « Déclarations d'Helsinki », in *Des cobayes et des hommes : expérimentation sur l'être humain et justice*, Paris, Belles Lettres, 2011. Disponible en ligne : <http://descobayesetdeshommes.fr/Docs/032-HelsinkiVersions1964-2008.pdf> ; J.-P. Demarez, « La déclaration d'Helsinki : origine, contenu et perspectives », *La Lettre du Pharmacologue*, Vol. 14, n° 8, oct. 2000.

741. À la suite de la déclaration d'Helsinki, un programme de bioéthique a été lancé à partir de 1993 au sein de l'UNESCO²¹⁹² avec l'intention d'élaborer des textes à portée normative. Ainsi, la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme a été adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 11 novembre 1997²¹⁹³. De même ont été adoptées la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines le 16 octobre 2003²¹⁹⁴ et la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme le 19 octobre 2005²¹⁹⁵. Cependant, même « *si ces différentes déclarations ont une valeur symbolique indéniable [...], elles n'ont pas pour autant de portée obligatoire* »²¹⁹⁶.

742. Il en va autrement de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine ou encore Convention d'Oviedo²¹⁹⁷. Adoptée par le Conseil de l'Europe le 21 novembre 1996 et ouverte à la signature le 4 avril 1997, elle est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999. Cette convention internationale dispose d'une réelle portée normative entre les États l'ayant ratifié. Néanmoins, elle ne dispose pas d'un effet direct dans leurs droits internes. En effet, son article 1^{er}, alinéa 2 prévoit que « *chaque Partie prend dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Convention* ». Depuis son adoption, cette convention a été complétée « *par différents protocoles additionnels relatifs à l'interdiction du clonage reproductif humain, à la transplantation d'organes, à la recherche biomédicale ou encore sur les tests génétiques* »²¹⁹⁸. La Convention d'Oviedo a été ratifiée par la France le 13 décembre 2011 et est entrée en vigueur

²¹⁹² L'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) est une institution spécialisée de l'Organisation des Nations unies créée le 16 novembre 1945 à la suite des dégâts et des massacres de la Seconde Guerre mondiale. Elle cherche à instaurer la paix par la coopération internationale en matière d'éducation, de science et de culture.

²¹⁹³ V. notamment : J.-S. Cayla, « La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, du 11 novembre 1997, et la législation française sur le respect du corps humain », *RDSS*, 1998, p. 46 ; C. Byk, « La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme », *JDI*, 1998, p. 125.

²¹⁹⁴ V. notamment : S. Desmoulin-Canselier, « Diversité génétique et groupes humains : les travaux du Comité international de bioéthique et les Déclarations de la Conférence générale de l'Unesco (1993-2005) », *Critique internationale*, vol. 86, n° 1, 2020, pp. 115-137.

²¹⁹⁵ V. notamment : C. Byk, « La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme - La bioéthique, une utopie civilisatrice à l'ère de la mondialisation ? », *JDI*, n° 3, juill. 2007, var. 5 ; C. Byk (dir.), *Bioéthique et droit international - Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, LexisNexis, 2007.

²¹⁹⁶ M. Audit, « Bioéthique et droit international privé », préc., p. 242.

²¹⁹⁷ V. notamment : E. Gros Espiell, J. Michaud et G. Teboul, *Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine - Analyses et commentaires*, Economica, 2009 ; C. Byk, « La Convention européenne sur la biomédecine et les droits de l'homme et l'ordre juridique international », *JDI*, 2001, p. 47 ; H. Canteloup, G. Faure, M. Daury-Fauveau et D. Gutmann, « La Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine », *LPA*, 1998, n° 27, p. 3.

²¹⁹⁸ M. Audit, « Bioéthique et droit international privé », préc., pp. 242-243.

le 1^{er} avril 2012²¹⁹⁹. En vertu de ce texte, il incombe aux États de garantir à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité, et la protection de son patrimoine génétique dans le cadre de la science biologique et médicale. De plus, ce texte constitue « *une avancée indéniable eu égard au principe de consentement* »²²⁰⁰. En effet, en son article 9, il est prévu que « *les souhaits précédemment exprimés au sujet d'une intervention médicale par un patient qui, au moment de l'intervention, n'est pas en état d'exprimer sa volonté seront pris en compte* ».

743. Plus spécifiquement en matière d'assistance médicale à la procréation, l'article 14 de la Convention d'Oviedo interdit l'utilisation des techniques pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe. Néanmoins, il s'agit de la seule disposition relative à l'assistance médicale à la procréation, sujet, en réalité, omis des textes internationaux.

II. L'omission de l'assistance médicale à la procréation des textes internationaux

744. La bioéthique, et *a fortiori* l'assistance médicale à la procréation, fait partie des domaines qui méritent un « *droit commun des nations, un droit d'origine internationale, certes, mais destiné, en quelque sorte, à une "consommation interne"* »²²⁰¹. Il est nécessaire d'encadrer internationalement ce domaine pour deux raisons principales. La première réside dans le fait que la bioéthique a un lien avec les droits de l'homme. Ainsi, les questions posées par cette matière demandent « *une réponse universelle* »²²⁰². La seconde est liée au contexte de mondialisation actuel. En effet, dans la mesure où « *la médecine et la recherche s'exercent de plus en plus sans considération de frontières [...], il est possible de détourner une interdiction en franchissant la frontière* »²²⁰³.

²¹⁹⁹ Décret n° 2012-855 du 5 juill. 2012 portant publication de la convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997, *JORF*, n° 0157, 7 juill. 2012, p. 11138. V. notamment : D. Thierry, « La France enfin liée par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *RDSS*, 2012, p. 839 ; J.-R. Binet, « Ratification de la Convention d'Oviedo : la fin d'une longue attente », *JCP G*, n° 1-2, janv. 2012, p. 3 ; A. Mirkovic, « La ratification (enfin !) de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *D.*, 2012, p. 110 ; M. Bacache, « Convention d'Oviedo », *RTD civ.*, 2012, p. 785.

²²⁰⁰ W. Harrar Masmoudi, « Facies legalis de la bioéthique : référentiels national et international », art. préc.

²²⁰¹ S. Laghmani, « Droit international et droits internes : vers un renouveau du jus gentium ? », in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Droit international et droits internes. Développements récents*, Pedone, 1999, p. 23 et s., spéc. p. 34.

²²⁰² B. Feuillet-Le Mintier, « Normes nationales et internationales en bioéthique », *Revue française des affaires sociales*, 2002, p. 15.

²²⁰³ *Ibid.*

745. Néanmoins, les limites des sources d'origine internationale en matière de bioéthique tiennent à deux facteurs essentiels. D'une part, « *la législation internationale en matière de biomédecine se cantonne à l'énoncé de principes généraux dont le contenu est difficilement identifiable* » et d'autre part, « *la portée effective des textes internationaux est tributaire du degré d'adhésion des États membres* »²²⁰⁴. En pratique, le droit international « *se trouve écartelé entre le désir de produire un droit uniforme - un droit commun - et le souci de préserver les diversités, elles-mêmes expression de la richesse des cultures* »²²⁰⁵. En outre, « *la difficulté de légiférer, déjà sensible sur le plan national, est considérablement aggravée par les disparités culturelles, religieuses, sociales, économiques ou politiques de la scène internationale* »²²⁰⁶. Ainsi, l'application « *des techniques du droit international privé aux questions de bioéthique se révèle en pratique assez délicate* »²²⁰⁷. La bioéthique en général et l'assistance médicale à la procréation en particulier « *touche[nt], en toile de fond, à des questions relevant du culturel ou du religieux, elle[s] accroît[en]t les difficultés à concevoir des règles universellement admises* »²²⁰⁸. En réalité, « *les divergences entre les États sont trop importantes pour qu'un accord puisse voir le jour sur un rattachement en matière d'AMP* »²²⁰⁹.

746. « *Une voie possible serait d'adopter des instruments internationaux juridiquement obligatoires qui essaieraient d'harmoniser les conceptions sur cette question réduisant ainsi les risques* »²²¹⁰ de tourisme procréatif. L'assistance médicale à la procréation se développe entre ressortissants d'États différents et mérite, à ce titre, d'être unifiée au niveau international²²¹¹. Le recours à une convention internationale qui devrait « *être adopté[e] par un organe international regroupant assez de nations pour que cela ait un véritable impact* » semble être la meilleure solution²²¹². Or, la Conférence de La Haye²²¹³ est certainement l'organe le plus à même de créer un tel outil. Elle s'oriente d'ailleurs vers l'adoption d'un outil non

²²⁰⁴ B. Feuillet-Le Mintier, « Normes nationales et internationales en bioéthique », art. préc.

²²⁰⁵ J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, coll. Les voies du droit, 1987, p. 285 cité par S. Maljean-Dubois, « Bioéthique et droit international », *AFDI*, vol. 46, 2000, p. 85.

²²⁰⁶ S. Maljean-Dubois, « Bioéthique et droit international », art. préc.

²²⁰⁷ M. Audit, « Bioéthique et droit international privé », préc., p. 245.

²²⁰⁸ B. Feuillet-Le Mintier, « Normes nationales et internationales en bioéthique », art. préc.

²²⁰⁹ P. Guez, « L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, Dalloz, 2015, p. 69 et s., spéc. p. 74.

²²¹⁰ H. Bosse-Platière, « Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française », *Informations sociales*, 2006/3, n° 131, p. 88.

²²¹¹ Sur la nécessité d'une coopération internationale : V. H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *JDI*, n° 2, avr. 2014, var. 2.

²²¹² M. Melhac-Perri, *L'autonomie de la volonté dans les filiations électives*, Thèse, Université de Bourgogne, 2014, p. 325.

²²¹³ La Conférence de La Haye de droit international privé est une organisation intergouvernementale mondiale. Elle donne naissance à des instruments juridiques multilatéraux qui répondent à des besoins mondiaux, et en assure le suivi. Cf. *supra* n° 28.

contraignant concernant le statut des enfants issus des conventions de maternité de substitution à caractère international²²¹⁴. Cependant, les travaux concernent, à l'heure actuelle, le seul établissement du lien de filiation des enfants nés de gestations pour autrui pratiquées dans un État tiers. Outre, le fait que toutes les techniques d'assistance médicale à la procréation ne soient pas concernées, il n'est pas question de l'accès à ces techniques par des ressortissants étrangers. En définitive, « *l'élaboration et l'application d'une législation internationale se heurtent aux limites "traditionnelles" de l'ordre juridique international* »²²¹⁵. Ces dernières sont, notamment, « *l'inexistence d'un pouvoir législatif autonome par rapport aux États, ou encore le caractère embryonnaire du contrôle de l'application et des moyens de réactions aux violations éventuellement identifiées, dès lors en particulier qu'il s'agit de normes ayant vocation à pénétrer les ordres juridiques internes* »²²¹⁶.

747. Les difficultés à légiférer par le biais de textes d'origine internationale en matière de bioéthique généralement et d'assistance médicale à la procréation particulièrement favorisent sans nul doute le tourisme procréatif dans la mesure où chaque État applique son droit sans tenir compte de la teneur du droit étranger. « *L'inconvénient principal [...] est que, pour être réellement efficaces, ces textes suppos[erai]ent un consensus qui n'existe pas* »²²¹⁷. Or, les divergences entre les États sont trop différentes afin d'aboutir à un tel consensus. Faute de normes internationales propres à régir l'accès à l'assistance médicale à la procréation, il est possible de s'orienter vers une éventuelle règle de conflit de lois d'origine interne. Néanmoins, la tentative s'avère vaine.

Paragraphe 2. La tentative vaine du règlement du conflit de lois

748. Déterminer la loi applicable à l'accès à l'assistance médicale à la procréation implique, au préalable, de qualifier le cas d'espèce afin de le ranger dans une catégorie de rattachement²²¹⁸. *A priori*, la procréation médicalement assistée mériterait d'être intégrée au sein du statut personnel (I). Lorsque le problème de qualification est résolu, la situation est insérée au sein d'une catégorie de rattachement qui est elle-même liée à des règles de droit international privé lui étant propres²²¹⁹. Néanmoins, la loi personnelle, classiquement utilisée

²²¹⁴ Cf. *infra* n° 1220 et s.

²²¹⁵ S. Maljean-Dubois, « Bioéthique et droit international », art. préc.

²²¹⁶ *Ibid.*

²²¹⁷ *Ibid.*

²²¹⁸ Cf. *supra* n° 183 et s.

²²¹⁹ Cf. *supra* n° 213 et s.

pour régler les conflits de lois en matière de statut personnel, est impropre à régir la question particulière de l'accès à l'assistance médicale à la procréation (II).

I. Une intégration *a priori* possible au sein du statut personnel

749. L'accès à l'assistance médicale à la procréation « *est insuffisamment internationalisé pour faire l'objet d'une catégorie particulière en matière de conflit de lois, mais reste tributaire de la régulation territoriale par les pouvoirs publics de l'exercice de la médecine* »²²²⁰. Deux raisons principales s'opposent à la création d'une nouvelle catégorie de rattachement spécifique à la bioéthique. D'une part, le droit de la bioéthique n'est pas une matière nouvelle. Il s'agit du « *prolongement contemporain de questions immémoriales, qui gravitent autour de l'éthique médicale dont les racines remontent au serment d'Hippocrate* »²²²¹. D'autre part, le terme « *bioéthique* » qui recouvre des « *situations de fait extrêmement variées* » n'est en réalité que « *la démultiplication de la puissance humaine par l'apparition de nouvelles techniques* »²²²². Ainsi, il est « *plus sage de retrouver les institutions juridiques que ces nouveaux moyens renouvellent* »²²²³. Pour toutes ces raisons, le droit de la bioéthique mérite d'être intégré dans les catégories de rattachement existantes en droit international privé. Néanmoins, la spécificité de la matière ne peut être ignorée notamment « *sa grande imprégnation par l'ordre public, interne comme international* »²²²⁴.

750. Le droit international privé repose « *sur les grandes catégories du droit civil, notamment sur la distinction entre le statut personnel et le statut réel. Or, celle-ci s'avère délicate à mettre en œuvre en matière de bioéthique où l'on rencontre bien souvent des qualifications hybrides ou sui generis* »²²²⁵. Plus précisément, la difficulté réside dans le fait que les lois de bioéthique « *ont pour particularité de régir un domaine d'application immense et dépourvu de cohérence interne, car il n'existe pas de définition du terme qui fasse consensus* »²²²⁶. Le terme « *renvoie à une réflexion pluridisciplinaire [...] ayant pour objectif de poser un certain nombre de principes théoriques et de résoudre des questions pratiques apparues dans les sociétés développées suite aux avancées des techniques sur le vivant* »²²²⁷. La bioéthique semble regrouper trois grandes catégories de pratiques : les pratiques nécessitant

²²²⁰ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome II, *op. cit.*, p. 203, n° 779.

²²²¹ M. Josselin-Gall, « Bioéthique », *préc.*, n° 31.

²²²² *Ibid.*

²²²³ *Ibid.*

²²²⁴ *Ibid.*

²²²⁵ M. Audit, « Bioéthique et droit international privé », *préc.*, p. 247 et 248.

²²²⁶ M. Josselin-Gall, « Bioéthique », *préc.*, n° 32.

²²²⁷ D. Borrillo, *Bioéthique*, Dalloz, coll. A savoir, 1^{ère} éd., 2011, p. 1.

un accès au corps humain pour obtenir des éléments ou des produits et qui impliquent une atteinte à l'intégrité physique de la personne, les pratiques nécessitant un accès au corps humain afin de permettre une identification de personnes ou bien de maladies qui risquent de porter atteinte à la vie privée et enfin les pratiques cliniques et biologiques intervenant dans le processus vital par la création d'embryons *in vitro*, afin d'apporter à un couple l'assistance nécessaire pour lui permettre de procréer²²²⁸. Le point commun à ces trois catégories réside dans le fait que le droit de la bioéthique touche directement la personne, son corps, ses éléments et ses produits, autrement dit le corps humain au sens large. Ainsi, il est légitime de penser que ces questions relèvent de la catégorie statut personnel²²²⁹.

751. En matière de statut personnel, les rattachements traditionnellement retenus sont la loi nationale, la loi du domicile ou la loi de la résidence habituelle²²³⁰, autant de lois correspondant plus largement à la loi personnelle de l'individu. Or, appliquer cette dernière à l'accès à l'assistance médicale à la procréation ne permet pas de résoudre le conflit de lois.

II. La loi personnelle impropre au règlement du conflit de lois

752. L'hypothèse de départ est celle où une personne ou un couple se rend à l'étranger afin de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation à laquelle il ne peut prétendre dans son État d'origine. Plus spécifiquement, il s'agit, dans le cadre de cette étude, d'un couple homosexuel féminin résidant en France se rendant dans un État permissif afin de recevoir une insémination artificielle avec tiers donneur qui lui est refusée sur le territoire français faute de remplir les conditions d'accès posées par le Code de la santé publique. Encore, il est possible d'imaginer la venue en France d'un ressortissant étranger souhaitant bénéficier d'une assistance médicale à la procréation qui, pour des raisons diverses, ne serait pas envisageable dans son État d'origine. Or, en admettant que les questions de bioéthique relèvent du statut personnel en droit international privé, il conviendrait d'appliquer à de telles situations la loi personnelle de l'individu. En retenant une telle compétence, le traitement d'assistance médicale à la procréation pourrait être refusé s'il n'est pas autorisé par la loi personnelle du ou des candidats.

753. Cependant, en pratique, il est impossible d'appliquer la loi personnelle à l'accès à l'assistance médicale à la procréation. Deux principaux arguments s'opposant à l'application de cette loi peuvent être avancés. En premier lieu, si malgré les divergences entre les États, un accord voyait le jour quant au rattachement fondé sur la loi personnelle en matière d'accès à

²²²⁸ M. Josselin-Gall, « Bioéthique », préc., n° 32.

²²²⁹ *Ibid.*, n° 33 ; M. Audit, « Bioéthique et droit international privé », préc., p. 359.

²²³⁰ Cf. *supra* n° 213 et s.

l'assistance médicale à la procréation, « *la loi déclarée applicable risquerait d'être trop souvent écartée par le jeu de l'exception d'ordre public international* »²²³¹. En effet, à titre d'exemple, un couple de femmes de nationalité française se rend en Espagne afin de bénéficier d'une insémination artificielle avec tiers donneur ne pouvant accéder à cette technique en France. L'application de la loi française, loi nationale des intéressés, entraînerait l'impossibilité pour le couple de bénéficier de l'assistance médicale à la procréation en Espagne. Or, rien n'empêche que l'ordre public international espagnol intervienne afin d'évincer la loi nationale française prohibitive comme contraire à ses valeurs fondamentales²²³². Encore, un couple composé d'un homme et d'une femme de nationalité italienne se rend en France afin de bénéficier d'une insémination artificielle avec tiers donneur, cette dernière étant prohibée dans leur État d'origine²²³³. La règle de conflit amène à l'application de la loi italienne, en tant que loi nationale des intéressés, quant à l'accès à l'assistance médicale à la procréation. *Quid* de la réaction de l'ordre public international français ? En l'état actuel, la jurisprudence ne permet pas de savoir si les dispositions du Code de la santé publique sont considérées comme des valeurs fondamentales du droit français intégrant alors l'ordre public international. Les premières limites de l'application de la loi personnelle à l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée démontrent son inadéquation à régir cette question. En second lieu, chaque État possède sa propre politique de santé publique qui constitue une réglementation d'application territoriale laquelle est mise en œuvre par les médecins, centres hospitaliers ou laboratoires de biologie médicale. Ces protagonistes n'ont pas pour rôle de rechercher et d'appliquer une règle de conflit de lois. En effet, « *en droit international privé, seul le juge est chargé d'appliquer la règle de conflit de lois, non le centre de procréation assistée* »²²³⁴. Toutefois, cet inconvénient mérite d'être nuancé. Il existe des situations dans lesquelles la règle de conflit de lois est mise en œuvre par des autorités publiques non juridictionnelles. Tel est par exemple le cas d'un notaire lors de la liquidation d'une succession dont l'actif est situé dans plusieurs États ou d'un officier de l'état civil qui lors de la célébration d'un mariage doit vérifier la capacité matrimoniale de chaque époux selon leurs lois personnelles respectives²²³⁵. En réalité, « *les praticiens du monde médical et les institutions au sein desquelles ils exercent leur art se limitent à mettre en œuvre la réglementation locale* », autrement dit il existe « *une sorte*

²²³¹ P. Guez, « L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, op. cit., p. 69 et s., spéc. p. 74.

²²³² Un parallèle peut être imaginé avec la réaction de l'ordre public international français qui évince la ou les lois nationales prohibitives en matière de mariage entre personnes de même sexe. Cf. *supra* n° 523 et s.

²²³³ Cf. *supra* n° 730.

²²³⁴ H. Bosse-Platière, « Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française », art. préc.

²²³⁵ M. Audit, « Bioéthique et droit international privé », préc., p. 249.

de lex fori professionnelle »²²³⁶. En d'autres termes, la loi applicable est la loi du lieu où le traitement est sollicité. Ainsi, si ladite loi ne prévoit pas de restriction tenant par exemple à la nationalité ou à la résidence du bénéficiaire de l'assistance médicale à la procréation, le patricien ne tiendra nullement compte d'une éventuelle loi étrangère hostile à la pratique qu'il s'apprête à réaliser.

754. En définitive, « *les résidents comme les non-résidents et les nationaux comme les étrangers auront accès à l'AMP telle que prévue et organisée par la loi du lieu de l'insémination et, là encore, indépendamment des dispositions prohibitives de leur propre loi personnelle* »²²³⁷. Force est alors de constater que l'utilisation d'une règle de conflit afin de déterminer la loi applicable à l'assistance médicale à la procréation est, à l'heure actuelle, impossible²²³⁸. Ainsi, il semble que les dispositions du Code de la santé publique méritent d'être envisagées comme des lois de police.

Sous-section 2. Les dispositions du Code de la santé publique envisagées comme loi de police

755. Par exception à la méthode conflictuelle classique, il arrive que soit appliquée, en droit international privé, une loi de police²²³⁹. Or, les dispositions du Code de la santé publique relatives à l'assistance médicale à la procréation semblent mériter d'être envisagées comme des lois de police, car en réalité, l'accès à cette technique est fonction de la politique législative française (Paragraphe 2). Cependant, cette affirmation ne peut être donnée avec certitude dans la mesure où la notion de loi de police reste un concept flou par absence d'encadrement strict (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. L'absence d'encadrement strict de la notion de la loi de police

756. Si le mécanisme des lois police est aujourd'hui admis en droit positif français et même indispensable à la matière particulière qu'est le droit international privé, il est tout de même entaché de plusieurs lacunes. L'identification imparfaite des lois de police (I) et leur

²²³⁶ M. Audit, « Bioéthique et droit international privé », préc., p. 250.

²²³⁷ *Ibid.*, p. 360.

²²³⁸ Madame Georgette Salamé avait d'ailleurs anticipé cette solution : « *En anticipant sur la jurisprudence à venir, on peut s'aventurer quelque peu et prédire que la pratique des procréations médicalement assistées transfrontalières sera à nouveau l'occasion d'un refoulement de la règle de conflit bilatérale* ». V. G. Salamé, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, Thèse, PUAM, 2006, p. 259, n° 401.

²²³⁹ Cf. *supra* n° 408 et *infra* n° 756 et s.

application conditionnée par un lien de rattachement aléatoire (II) révèlent le manque d'encadrement strict de la notion.

I. Une identification imparfaite des lois de police

757. Il existe des hypothèses pour lesquelles la méthode conflictuelle fondée sur une règle de conflit de lois afin de déterminer la loi applicable est inadaptée à la situation en cause. En effet, « *l'option que le jeu de cette méthode implique entre la loi du for et la loi étrangère entraîne comme conséquence que, dans certains cas, elle conduit à l'application de la loi étrangère alors pourtant que celle de la loi du for s'impose pour des raisons impérieuses* »²²⁴⁰. L'application de la règle de conflit de lois est alors subordonnée à un préalable : la vérification de l'existence d'une loi de police ou loi d'application immédiate. En pratique, le juge saisi vérifie si une loi de police de l'ordre juridique du for est applicable à la situation litigieuse. Dans la négative, il procède à l'application de la règle de conflit de lois. En définitive, « *le recours au procédé des lois de police au détriment de la règle de conflit de lois est [...] fondé sur l'importance, pour la société dont l'État est le gardien, des objectifs poursuivis par ce type de normes* »²²⁴¹. Les lois de police sont, alors, caractérisées par leur primauté. Effectivement, « *la norme est d'une telle importance pour l'État qui l'a édictée que le juge doit procéder à son application immédiate sans qu'il soit besoin de recourir à la règle de conflit de lois* »²²⁴². En pratique, le caractère international de la situation juridique n'est pas pris en compte. Autrement dit, la situation est traitée comme une situation de droit interne sans se soucier de l'application d'une règle de conflit afin de déterminer la loi applicable.

758. De manière sommaire, une loi de police est « *une règle matérielle de droit interne dont le respect est si essentiel qu'elle doit faire l'objet d'une application immédiate sans qu'il soit besoin de rechercher la loi normalement applicable* »²²⁴³. Cependant, « *la définition des lois de police demeure, aujourd'hui encore, plus un idéal à atteindre qu'une étape définitivement franchie, sur laquelle il n'y aurait plus à revenir* »²²⁴⁴. En effet, à l'heure actuelle, il n'existe ni définition stricte, ni critères d'identification permettant de déterminer ce qu'est, avec certitude, une loi de police. Francescakis a proposé de considérer comme lois de police « *les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique,*

²²⁴⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 151, n° 168.

²²⁴¹ C. Latil, « Lois de police », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 552-100, 2 sept. 2019, n° 4.

²²⁴² *Ibid.*

²²⁴³ *Ibid.*, n° 1.

²²⁴⁴ P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. n° 9.

sociale ou économique du pays »²²⁴⁵. Selon cette conception, « *une loi de police se définit par sa fonction : c'est une règle d'organisation de la société dont l'État a la charge* »²²⁴⁶. Autrement dit, il est nécessaire de « *se référer à un critère finaliste consistant à examiner les objectifs poursuivis par la norme en question pour déterminer si celle-ci est éligible à la qualification de loi de police* »²²⁴⁷. Cette définition a, d'ailleurs, inspiré le droit international privé de source européenne. En effet, l'article 9, alinéa 1^{er} du Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles énonce qu'une loi de police est « *une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique* ». Néanmoins, la définition posée par Francescakis est « *trop synthétique pour fournir un critère de qualification opérationnel* »²²⁴⁸ et « *a suscité des critiques en raison de son imprécision* »²²⁴⁹. En réalité, une identification stricte est difficile, car « *il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois* »²²⁵⁰. En effet, « *dans les États modernes [...], toute loi tend pratiquement à garantir des intérêts économiques ou sociaux. Ce n'est pas un privilège réservé aux seules lois de police* ». Ainsi, « *il existe entre les lois de police et les autres lois une simple différence de degré, ce qui rend le clivage beaucoup plus difficile* »²²⁵¹.

759. L'identification des lois de police est une tâche présentant certaines difficultés. Plusieurs hypothèses sont envisageables. Parfois, le législateur donne lui-même la qualité de loi de police à une norme. Autrement dit, « *certaines lois revendiquent explicitement de gouverner certains types de situations internationales* »²²⁵². Dans cette hypothèse, « *la loi présente le caractère de loi de police lorsque le législateur non seulement prévoit expressément le champ d'application de la loi qu'il édicte, mais au surplus lui attribue un domaine différent que celui qui résulterait normalement d'une règle de conflit* »²²⁵³. À titre d'exemple, il est possible de citer l'article 16 de l'ancienne loi du 18 juin 1966 relatif aux contrats d'affrètement et de transports maritimes²²⁵⁴. En vertu de ce texte, la loi française, sous réserve des conventions internationales, s'appliquait à tous transports effectués au départ ou à destination d'un port

²²⁴⁵ Ph. Francescakis, « Conflits de lois (principes généraux) », *Répertoire de droit international Dalloz*, 1^{ère} éd., 1968, n° 137 cité par B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 164, n° 179.

²²⁴⁶ C. Latil, « Lois de police », *préc.*, n° 11.

²²⁴⁷ *Ibid.*

²²⁴⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 164, n° 179.

²²⁴⁹ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 99, n° 125.

²²⁵⁰ Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », *RCADI*, Tome 139, 1973, p. 328.

²²⁵¹ *Ibid.*

²²⁵² M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 199, n° 266.

²²⁵³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 156, n° 170.

²²⁵⁴ Cette disposition a été abrogée par l'article 7 de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du Code des transports.

français. Ce texte « traduit un impérialisme certain de la loi française, car on aperçoit difficilement comment il serait possible d'aller plus loin dans l'affirmation de la compétence de cette dernière »²²⁵⁵. Cependant, en pratique, si elle reste la meilleure, cette solution est très rare. Dans la majorité des cas, les lois de police sont d'origine jurisprudentielle. En effet, « plus fréquemment, c'est au juge qu'il revient à la fois de qualifier une règle de loi de police et d'en déterminer le domaine d'application nécessaire »²²⁵⁶. La difficulté réside dans l'absence d'encadrement strict de la notion par le biais de critères d'identification. Ainsi, le pouvoir d'appréciation des juges est d'autant plus grand et « comporte nécessairement un risque d'arbitraire »²²⁵⁷. En réalité, « suivant ses convictions, le juge peut trouver des lois de police partout, ou au contraire n'en trouver aucune »²²⁵⁸. L'important libre arbitre du juge est regrettable dans la mesure où l'égalité de traitement des individus et la prévisibilité des solutions sont altérées par manque d'encadrement strict de la notion de loi de police.

760. Lorsque le juge a identifié une loi de police, il lui appartient, en principe, de procéder à son application immédiate. Cependant, en réalité, la seule identification d'une disposition comme loi de police n'est pas suffisante. En effet, l'application d'une telle loi doit nécessairement être conditionnée.

II. Une application conditionnée par un lien de rattachement

761. Une loi de police « s'applique [...] aux seules situations présentant avec le for un lien de rattachement pertinent et suffisant pour que son application puisse permettre d'assurer l'efficacité de l'objectif qu'elle poursuit »²²⁵⁹. Face à une loi de police, le juge doit nécessairement rechercher un critère d'applicabilité apte à justifier l'application de cette loi à une situation donnée. Autrement dit, il convient de déterminer les cas dans lesquels l'application d'une loi de police « est nécessaire pour que le but recherché soit atteint »²²⁶⁰. En effet, il convient d'appliquer « une loi de police locale [...] parce qu'il existe un lien entre le rapport de droit envisagé et le pays du for »²²⁶¹. Ce critère d'applicabilité ne peut être qu'un point de rattachement avec le territoire qui « peut revêtir des formes variées »²²⁶². Ainsi, il peut s'agir de la résidence habituelle d'une personne, du lieu de passation d'un acte, d'un paiement

²²⁵⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 156, n° 170.

²²⁵⁶ P. Mayer, « Lois de police », *op. cit.*, n° 13.

²²⁵⁷ Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », préc., p. 329.

²²⁵⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 156, n° 178.

²²⁵⁹ C. Latil, « Lois de police », préc., n° 56.

²²⁶⁰ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 101, n° 127.

²²⁶¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 165, n° 180.

²²⁶² *Ibid.*

ou encore d'un contrat. De plus, certaines dispositions présentant un caractère internationalement impératif sont des lois de police telles que les lois de protection sociale, sur les loyers ou réglementant la concurrence. Enfin, il est possible d'utiliser un critère personnel afin d'appliquer une disposition comme loi de police. Il s'agit, par exemple, de l'exigence d'une forme particulière pour certains actes familiaux accomplis par des nationaux à l'étranger²²⁶³.

762. En définitive et de manière très souple, il est possible de distinguer deux types de préoccupations auxquelles répondent les lois de police. En premier lieu, ces lois répondent à « *la nécessité d'une application uniforme de certaines lois, soit aux nationaux, quel que soit le pays dans lequel ils agissent, soit sur le territoire national, quelle que soit la nationalité des personnes concernées* »²²⁶⁴. En second lieu, il s'agit de « *la nécessité de sauvegarder des intérêts vitaux de l'ordre juridique du for (intérêts sociaux, politiques et économiques)* »²²⁶⁵. L'ensemble de ces éléments confirme le postulat selon lequel « *toute loi de police possède [...] un domaine d'application nécessaire déduit de l'objectif qu'elle poursuit* »²²⁶⁶.

763. Lorsque le juge a identifié dans son système juridique une loi de police et l'a considérée comme applicable à la situation donnée, il est tenu de l'appliquer, au besoin d'office. Il ne lui appartient pas de « *mettre en œuvre la règle de conflit de lois pour vérifier si celle-ci désigne éventuellement comme applicable une loi étrangère* »²²⁶⁷, mais, au contraire, de procéder à l'application immédiate de la loi de police. Néanmoins, la situation est différente lorsque la loi de police n'est pas celle du for, mais celle d'un système juridique étranger. Les lois de police étrangères « *ne suscitent plus l'hostilité naguère observée* »²²⁶⁸ et « *sont aujourd'hui considérées comme dignes de considération* »²²⁶⁹. Pour autant, « *le régime de l'applicabilité des lois de police étrangères ne s'aligne [pas] purement et simplement sur celui des lois de police du for* »²²⁷⁰. En effet, face à une loi de police étrangère, « *le juge du for n'est pas a priori soumis au législateur étranger et n'a pas de raison d'accepter mécaniquement, sur la base du seul critère du respect de l'efficacité de la politique législative mise en œuvre par ce législateur [...], les solutions auxquelles aboutissent au cas d'espèce l'application de ladite loi* »²²⁷¹. En réalité, comme l'affirme Monsieur le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières,

²²⁶³ V. pour une présentation détaillée de l'ensemble de ces exemples : B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 166, n° 180.

²²⁶⁴ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 200, n° 269.

²²⁶⁵ *Ibid.*

²²⁶⁶ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 101, n° 127.

²²⁶⁷ C. Latil, « Lois de police », préc., n° 62.

²²⁶⁸ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 200, n° 273.

²²⁶⁹ C. Latil, « Lois de police », préc., n° 63.

²²⁷⁰ P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », art. préc., spéc. n° 58.

²²⁷¹ *Ibid.*

le juge du for devrait appliquer une loi de police étrangère sous réserve d'une double condition. La première est que « *le lien retenu par le législateur étranger comme devant exister entre une situation et l'État au nom duquel il légifère pour déclencher l'applicabilité de la loi édictée à la situation en cause se révèle pertinent aux yeux du for* ». La seconde est que « *le contenu de la politique législative suivie par la loi demeure compatible avec les valeurs et exigences du for telles qu'elles se formulent dans son ordre public international* »²²⁷².

764. Dans la mesure où l'accès à l'assistance médicale à la procréation « *reste tributaire de la régulation territoriale par les pouvoirs publics de l'exercice de la médecine* »²²⁷³, il est fonction de la politique législative française. Ainsi, les dispositions du Code de santé publique y étant afférentes semblent répondre à la qualification de loi de police.

Paragraphe 2. L'accès à l'assistance médicale à la procréation fonction de la politique législative française

765. Lorsque les établissements de santé sont sollicités par un ou plusieurs individus lesquels souhaitent bénéficier d'une technique de procréation médicalement assistée, il leur appartient de respecter les lois en vigueur en France sans se préoccuper de la teneur d'une éventuelle loi étrangère. Ainsi, l'assistance médicale à la procréation est soumise aux seules exigences de l'État français (I). Cependant, cette technique touchant directement à l'état des personnes, la place du patient dans le processus a pu être défendue afin de contester l'emploi de loi de police (II).

I. Une pratique soumise aux seules exigences de l'État français

766. Dès lors que plusieurs États ont légiféré en matière d'assistance médicale à la procréation, des conflits de lois sont susceptibles de naître en présence d'un ou plusieurs

²²⁷² P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », art. préc., spéc. n° 62. Comme le souligne Monsieur le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières, il est intéressant de noter que la position de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles est similaire à cette approche dans la mesure où son article 7, paragraphe 1 prévoit que « *lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application* ». En revanche, l'article 9, paragraphe 3 du Règlement Rome I du 17 juin 2008 est plus restrictif en énonçant qu'il pourra « *être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application* ».

²²⁷³ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome II, *op. cit.*, n° 779, p. 203.

éléments d'extranéité. La doctrine n'est pas restée insensible à ces nouvelles problématiques et a défendu l'idée de conférer le statut de loi de police à la réglementation française en matière de bioéthique. Les principales questions de bioéthique sont rattachées à la disponibilité ou l'indisponibilité du corps et de l'état des personnes. Or, « *le rattachement de la matière en vue de déterminer la loi applicable [...] pourrait dépendre, selon l'objet du litige, soit du statut personnel, soit du statut réel, soit de la loi contractuelle* »²²⁷⁴. Relevant que « *le classement des droits relatifs à ces choses ou à ces actes dans une catégorie du droit international privé s'avère difficile* »²²⁷⁵, Madame le Professeur Catherine Labrusse-Riou en déduit que « *l'analyse des lois relatives à la bioéthique [...] conduit à y voir des lois de police applicables à la quasi-totalité des problèmes qui se posent dans des situations internationales* » dans la mesure où les procréations médicalement assistées « *ne peuvent être accomplies que par des établissements publics ou privés soumis au contrôle de l'État* »²²⁷⁶. De même, selon Monsieur le Professeur Michel Farge, il convient de considérer les dispositions françaises concernant l'accès à l'assistance médicale à la procréation comme des lois de police. En effet, pour ce dernier, « *elles sont applicables, sans considération de nationalité ou de loi applicable, à tous les couples - tels qu'ils sont définis par la législation française - qui désirent accéder à la PMA en France* »²²⁷⁷. Ainsi, « *sauf à remettre en cause l'économie du système français, une loi étrangère ne peut [...] être sollicitée pour [...] remettre en cause les finalités de la PMA ainsi que la détermination de ses bénéficiaires* »²²⁷⁸. Enfin, Madame le Professeur Isabelle Barrière-Brousse justifie la qualification de loi de police étant donné qu' « *il s'agit de lois d'organisation sociale, en d'autres termes de lois d'intérêt public parce qu'elles dépassent les intérêts des personnes directement impliquées, et dotées pour cette raison d'un caractère impératif* »²²⁷⁹. La qualification de loi de police se justifie dans la mesure où « *les activités d'AMP sont strictement encadrées par l'État qui fixe sa propre politique de santé publique et, partant, encadre les conditions d'utilisation des produits du corps humain* »²²⁸⁰.

²²⁷⁴ C. Labrusse-Riou, « Bioéthique et droit international privé : objectifs et méthodes en question », préc.

²²⁷⁵ *Ibid.*

²²⁷⁶ *Ibid.*

²²⁷⁷ M. Farge, « Filiation », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 531.07.

²²⁷⁸ *Ibid.*

²²⁷⁹ I. Barrière-Brousse, « Adoption – Enfant du conjoint – Époux de même sexe – Enfant conçu par procréation médicalement assistée à l'étranger – Violation de la loi française – Fraude à la loi (non) – Obstacle à l'adoption (non) », *JDI*, 2015, n° 1, comm. 1. V. dans le même sens : G. Salamé, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne, op. cit.*, p. 254, n° 391 ; F. Monéger, « La PMA au regard des principes d'égalité et de non-discrimination : perspectives de droit international privé », *LPA*, 2015, n° 81, p. 4.

²²⁸⁰ P. Guez, « L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, *op. cit.*, p. 69 et s., spéc. p. 73.

767. Il semble, en effet, que les dispositions françaises relatives à l'assistance médicale à la procréation trouvent leur place au sein des lois de police. Ceci s'explique principalement par le lien entre lois de police et politique législative. En effet, une loi de police n'est « *qu'un moyen utilisé par le législateur pour atteindre certains buts ou objectifs conformes à la politique législative en question et permettant sa réalisation* »²²⁸¹. Cette méthode garantit donc « *l'application d'une loi porteuse d'une politique législative permettant un intérêt primordial pour l'ordre juridique qui l'a édicté* »²²⁸². Le législateur français en adoptant un cadre précis encadrant l'accès à l'assistance médicale défend une politique législative lui étant propre. Ainsi, il serait contraire à l'objectif défendu d'appliquer une loi étrangère permissive ou, au contraire, restrictive sur le territoire français. Par exemple, il serait totalement illogique d'appliquer la loi belge ouvrant l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes sur le territoire français. En pratique, il appartiendrait alors aux établissements de santé d'accomplir une insémination artificielle avec tiers donneur à l'égard d'une femme pour la seule raison que celle-ci est de nationalité belge et de refuser la même demande à l'égard d'une femme de nationalité française. La seule volonté individuelle n'est pas apte à régir une situation touchant à des questions de santé publique ; c'est la raison pour laquelle les dispositions contenues au sein du Code de la santé publique méritent d'être envisagées comme des lois de police.

768. Outre l'identification de la loi de police, l'application de cette dernière nécessite un lien de rattachement avec le territoire. Or, cette condition d'applicabilité se trouve naturellement remplie dans la mesure où le processus d'assistance médicale à la procréation a vocation à être réalisé sur le territoire français. Il s'agit d'appliquer de manière uniforme les dispositions françaises, peu importe la nationalité des individus bénéficiant de l'assistance médicale à la procréation dès lors que cette dernière est accomplie en France.

769. En l'état du droit positif, il convient d'envisager les dispositions du Code de la santé publique relatives à l'accès à l'assistance médicale à la procréation comme des lois de police. Néanmoins, l'emploi de cette méthode a pu être contesté au regard de la place du patient dans le processus.

²²⁸¹ P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », préc., spéc. n° 27.

²²⁸² C. Latil, « Lois de police », préc., n° 5.

II. L'emploi *a priori* contestable des lois de police au regard de la place du patient

770. Selon Madame Muriel Josselin-Gall, envisager la réglementation française en matière de bioéthique comme loi de police « paraît difficilement soutenable dans un monde globalisé »²²⁸³ pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il convient d'évoquer la place du patient dans les différents processus de bioéthique. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique énonce qu' « aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne ». Ainsi, « les pratiques et protocoles usuels sur le territoire français ne peuvent être imposés à un patient [...] en raison de cette impérative dignité du sujet qui interdit de passer outre son autonomie »²²⁸⁴. De plus, les pratiques ne sont pas intangibles en ce qu'elles « se modulent aux fins de respecter les croyances personnelles des patients »²²⁸⁵. Afin de faire valoir cet argument, sont notamment avancées l'interdiction de la transfusion sanguine pour les Témoins de Jéhovah ou l'exigence d'un gynécologue de sexe féminin pour une femme musulmane²²⁸⁶.

771. Cependant, ces arguments ne semblent pas réellement convaincants. La question de l'accès à l'assistance médicale à la procréation présente un caractère fondamental à tel point qu' « un intérêt public et social s'attache »²²⁸⁷ à son respect. En réalité, le régime reconnu par la loi du for est « volontiers considéré à la fois comme un minimum et maximum, ne laissant guère de place à celui éventuellement différent prévu par une loi étrangère »²²⁸⁸. Certes, la place du patient est indéniable et aucun acte médical ne peut être réalisé sans avoir recueilli son consentement. Néanmoins, en matière de procréation médicalement assistée spécifiquement, il est certain que le consentement sera donné dans la mesure où justement les individus s'adressent aux établissements de santé afin de bénéficier d'une technique que seuls ces derniers sont aptes à leur fournir. Ainsi, il paraît difficilement justifiable d'exclure la qualification de loi de police

²²⁸³ M. Josselin-Gall, « Bioéthique », préc., n° 31.

²²⁸⁴ *Ibid.*

²²⁸⁵ *Ibid.*

²²⁸⁶ *Ibid.* Il convient néanmoins de nuancer cet argument en cas de nécessité médicale (Sur la notion, V. notamment : L. Degoy, *Essai sur la nécessité médicale*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2013 ; T. Gründler, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude », in *Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger. Modernité du droit de la santé*, LEH Edition, 2015, pp. 483-501). Par exemple, dans une affaire impliquant un patient Témoin de Jéhovah, ayant clairement affirmé à l'écrit et à l'oral son refus de transfusions sanguines, le Conseil d'État a considéré que compte tenu de la situation extrême du patient et en choisissant d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état, les médecins n'ont pas commis de faute de nature à engager leur responsabilité en procédant à des transfusions sanguines (CE, 26 oct. 2001, *Mme Senanayaké*, n° 198546, *RFDA* 2002, p. 146, concl. D. Chauvaux ; *RFDA* 2002, p. 156, note D. de Béchillon ; *AJDA* 2002, p. 259, note M. Deguerge ; *RDSS* 2002, p. 41, note L. Dubouis ; *Gaz. Pal.* 2002, p. 27, note J.-J. Frion ; *JCP* 2002, II, 10025, note J. Moreau ; *RTD civ.* 2002, p. 484, obs. J. Hauser).

²²⁸⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 622, n° 710.

²²⁸⁸ *Ibid.*

eu égard à cette considération. L'accès à ces techniques médicales reste tributaire du bon vouloir de la position adoptée par le législateur.

CHAPITRE II : LA GESTATION POUR AUTRUI : UNE INTERDICTION ABSOLUE EN FRANCE

772. Comme l'a rappelé Monsieur le Professeur François Terré, « *la maternité pour autrui est vieille comme le monde. Elle a, depuis longtemps, manifesté l'entraide féminine dans le combat contre la stérilité* »²²⁸⁹. Néanmoins, si elle était « *naturelle et discrète pendant des siècles, la maternité pour autrui s'avère désormais médicalisée et médiatisée* »²²⁹⁰. La gestation pour autrui est présentée comme « *un service généreusement rendu pour répondre à la détresse des couples qui ne peuvent avoir d'enfants par leurs propres moyens* »²²⁹¹. Le terme de gestation pour autrui désigne l'opération par laquelle un couple - les parents d'intention - ou une personne seule demande à une femme de porter un enfant qu'elle s'engage à leur remettre à sa naissance. Plusieurs expressions sont utilisées afin de désigner la même opération telles que « *mères porteuses* », « *maternité de substitution* », « *procréation pour autrui* » ou encore « *maternité pour autrui* ». En réalité, cette pluralité de termes nourrit la confusion dans la mesure où ces différentes expressions ne sont pas réellement synonymes. Il convient de distinguer deux types de techniques : l'une couramment qualifiée de traditionnelle et l'autre de gestationnelle²²⁹². La technique traditionnelle correspond à la procréation pour autrui. Il s'agit de l'hypothèse où la femme qui porte l'enfant est sa mère génétique. Autrement dit, « *ce sont les propres ovocytes de la mère porteuse qui sont fécondés avec les spermatozoïdes du futur père, parfois ceux d'un donneur de sperme* »²²⁹³. Il suffit d'« *une insémination artificielle qui consiste à déposer du sperme directement dans l'utérus à l'aide d'un cathéter* »²²⁹⁴. Le plus souvent, l'insémination s'accompagne d'une stimulation ovarienne, destinée à augmenter ses chances de succès, mais elle peut également être pratiquée sans intervention médicale. La technique gestationnelle équivaut à la gestation pour autrui qui « *s'est développée grâce à la fécondation in vitro* »²²⁹⁵.

²²⁸⁹ F. Terré, « Observations sous l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 31 mai 1991 », *JCP G*, 1991, II, 21752, p. 381.

²²⁹⁰ Sénat, *Rapport d'information n° 421 fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui*, 25 juin 2008, p. 10. Disponible sur : [http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.pdf](http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421_r07-4211.pdf).

²²⁹¹ A. Mirkovic, « À propos de la maternité pour autrui », *Dr. fam.*, 2008, étude 9, p. 15

²²⁹² V. pour une distinction en ces termes : I. Corpart, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière - Entre droit français et réalités étrangères », *Dr. fam.*, 2015, n° 11, étude 14 ; G. Delaisi de Parseval et C. Collard, « La gestation pour autrui », *L'Homme*, 2007/3, n° 183, p. 29.

²²⁹³ I. Corpart, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière - Entre droit français et réalités étrangères », art. préc.

²²⁹⁴ Sénat, *Rapport d'information n° 421 fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui*, préc., p. 12.

²²⁹⁵ I. Corpart, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière - Entre droit français et réalités étrangères », art. préc.

Cette technique permet de « réaliser en laboratoire la rencontre du spermatozoïde avec l'ovule et les premières étapes du développement embryonnaire »²²⁹⁶. Ainsi, la fécondation in vitro permet de « dissocier la procréation, c'est-à-dire la maternité génétique, de la gestation, c'est-à-dire la maternité utérine »²²⁹⁷. Il s'agit de la situation où la femme qui porte l'enfant - la mère porteuse - n'en est que la gestatrice dans la mesure où l'enfant a été conçu à partir des gamètes du couple ou des gamètes de l'un des membres du couple et d'un donneur de gamètes. Autrement dit, « la femme qui accouche n'est pas apparentée à l'enfant qu'elle porte : elle ne fournit pas de contribution génétique [...] [et] se contente [...] de prendre en charge in utero le développement de l'embryon »²²⁹⁸. L'article 16-7 du Code civil prend note de cette distinction en disposant que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Cependant, « cette distinction précise rencontre peu d'échos dans le débat public : le terme de "gestation pour autrui" (GPA) s'est imposé au détriment des autres, jusqu'à désigner couramment des procréations pour autrui, ce qui ne manque pas de susciter parfois confusions et controverses »²²⁹⁹. Dans le cadre cette étude, le terme retenu sera celui le plus usité en doctrine, soit celui de gestation pour autrui tout en précisant le cas échéant s'il s'agit d'une procréation pour autrui. La position du droit français, mais également des États tiers face à la gestation pour autrui mérite d'être profondément étudiée (Section 1). En outre, le développement du tourisme procréatif incite à s'intéresser à la réception en France des actes de naissance étrangers des enfants issus de gestation pour autrui (Section 2).

Section 1. Accès à la gestation pour autrui et législation comparée

773. La gestation pour autrui est une technique loin de faire l'unanimité au vu de la grande variété des règles applicables à ce processus. Il s'agit d'un domaine empreint d'incertitude pour plusieurs raisons. Les États ayant légiféré à ce propos ont, pour la plupart, une position hostile à ce procédé et en ont consacré l'illicéité. Parmi les États plus rares l'ayant autorisé, la difficulté se déplace dans la nécessaire réglementation des conditions d'accès, de validité et des effets en découlant. Là encore, la variabilité règne tant les positions adoptées sont

²²⁹⁶ Sénat, *Rapport d'information n° 421 fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui*, préc., p. 12.

²²⁹⁷ *Ibid.*

²²⁹⁸ I. Corpart, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière - Entre droit français et réalités étrangères », art. préc.

²²⁹⁹ Sénat, *Rapport d'information n° 409 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA)*, 17 févr. 2016. p. 53. Disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/r15-409/r15-4091.pdf>.

différentes. De plus, une troisième catégorie d'États mérite une attention particulière : ceux ne possédant aucune législation spécifique relative à la gestation pour autrui. Une totale autonomie est alors laissée à la jurisprudence, mais également aux patriciens afin de se positionner. Également, une importante disparité domine en ce que pour certains le silence de la loi vaut autorisation alors que pour d'autres, il vaut, au contraire, interdiction. Il est difficile de dégager une position certaine dans ces situations dans la mesure où les informations ne sont pas concrétisées et sont, en outre, variables dans le temps. La gestation pour autrui est le mode de procréation de prédilection pour les couples homosexuels masculins. Conscients de ces différences législatives, ils n'hésitent pas à se rendre à l'étranger afin d'obtenir ce que la législation française interdit. Se pose alors le problème du tourisme procréatif et de ses conséquences lors du retour en France des protagonistes. Afin d'envisager toute la portée de cette question, une attention particulière doit être portée à la prohibition de principe de la gestation pour autrui en droit français (Sous-section 1). Les couples homosexuels français ne pouvant utiliser ce mode de procréation en France, il convient, en outre, d'envisager l'accueil de la gestation pour autrui en droit étranger (Sous-section 2).

Sous-section 1. La prohibition de principe de la gestation pour autrui en droit français

774. En France, la gestation pour autrui est légalement prohibée par une disposition lui étant propre. L'article 16-7 du Code civil dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». L'interdiction ne fait nul doute, à l'heure actuelle, mais elle n'est intervenue que lors de l'adoption des premières lois de bioéthique le 29 juillet 1994. Le travail législatif a, en réalité, été précédé d'une prohibition jurisprudentielle lors du développement grandissant des conventions de gestation pour le compte d'autrui. Cette évolution doit nécessairement être envisagée en évoquant les fondements de l'interdiction (Paragraphe 1). Une attention particulière mérite d'être portée aux principes juridiques ayant dicté la position française (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les fondements de l'interdiction

775. La question de la gestation pour autrui a fait l'objet d'un débat important à partir des années 1980 en France. À cette époque, les interrogations ne concernaient pas les couples homosexuels en particulier, mais plutôt les couples hétérosexuels dans lesquels l'un des conjoints souffrait d'infertilité. Pour autant, cette étude ne peut s'envisager sans évoquer les

prémises de la situation actuelle en France. La jurisprudence s'est prononcée, la première, afin de déclarer nulles les conventions de gestation pour le compte d'autrui (I). Le législateur a, rapidement, confirmé cette position à l'occasion de l'adoption des premières lois relatives à la bioéthique le 29 juillet 1994 (II).

I. Une condamnation jurisprudentielle

776. La prohibition de la gestation pour autrui par la jurisprudence française est passée par deux étapes successives. Si les associations intermédiaires mettant en relation la ou les personnes désireuses d'enfant avec une femme acceptant de les aider ont été, en premier lieu, interdites (A), la consécration de la nullité du contrat de gestation pour autrui en particulier a suivi (B).

A. L'interdiction initiale des associations intermédiaires

777. Les juridictions françaises - Conseil d'État puis Cour de cassation - se sont, tout d'abord, prononcées sur la question de la licéité des associations ayant pour rôle de mettre en relation la personne ou le couple demandeur avec des femmes prêtes à endosser le rôle de mère porteuse.

778. Le Conseil d'État a, le premier, condamné les pratiques de gestation pour autrui. La décision d'Assemblée en date 22 janvier 1988²³⁰⁰ était relative à l'opposition d'inscription de l'association « *Les cigognes* » sur le registre tenu au tribunal d'instance. Cette association avait notamment pour objectif de promouvoir et mettre en œuvre l'activité des mères de substitution. L'opposition d'inscription de ladite association est fondée sur l'article 353-1 du Code pénal condamnant l'incitation à l'abandon d'enfant et l'entremise aux fins d'accueillir ou adopter un enfant. Le Conseil d'État rejette la demande de l'association en considérant que cette dernière a « *pour objet de favoriser le développement et de permettre la réalisation de pratiques selon lesquelles une femme accepte de concevoir un enfant par insémination artificielle en vue de céder, dès sa naissance, l'enfant qu'elle aura ainsi conçu, porté et mis au monde à une autre femme ou à un couple* ». Ainsi, « *de telles pratiques comportent nécessairement un acte, quelle qu'en soit la forme, aux termes duquel l'un des parents s'engage à abandonner un enfant à naître* ». À la suite de cette décision, l'association « *Les cigognes* » a saisi la Commission européenne des droits de l'Homme d'une requête déposée contre la France. La Commission

²³⁰⁰ CE, 22 janv. 1988, n° 80396, *RD sanit. soc.* 1988, p. 317, note Dubois.

s'est prononcée à l'occasion d'un arrêt en date du 5 juin 1991²³⁰¹ et a déclaré la requête irrecevable. Sans se prononcer sur le fond, la Commission estime que l'opposition du préfet à l'inscription de l'association peut être considérée comme une mesure nécessaire, dans une société démocratique, compte tenu de la marge d'appréciation dont les États bénéficient en la matière.

779. Un an après la décision rendue par le Conseil d'État, la première chambre civile de la Cour de cassation s'est également prononcée à l'occasion d'un arrêt en date du 13 décembre 1989²³⁰². L'affaire concernait l'association « *Alma mater* » qui a pour objet de faciliter la solution des problèmes qui se posent aux couples dont la femme est stérile désireux d'accueillir un enfant à leur foyer et aux mères porteuses volontaires. Il est alors proposé à la mère porteuse d'être inséminée artificiellement par la semence du mari ou du concubin, de porter et de mettre au monde l'enfant qui sera déclaré sur les registres de l'état civil sans indication du nom de la mère, reconnu par le père et accueilli au foyer de celui-ci en vue de son adoption par l'épouse ou la compagne. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence²³⁰³ avait préalablement considéré que cette association avait un objet illicite, contraire aux lois et aux bonnes mœurs et contrevenait au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes. La Cour de cassation confirme la décision rendue par les juges du fond en relevant le caractère illicite de la maternité pour autrui et des associations qui s'efforcent de la promouvoir. Celui-ci se déduit des principes généraux du Code civil et des règles qui sont communes à toutes les filiations.

780. Si « *le phénomène de la maternité de substitution a commencé à se développer [...] sans rémunération, dans un cadre familial ou amical [...] le procédé s'est trouvé rapidement encadré par une convention prévoyant souvent des indemnités pour la mère porteuse* »²³⁰⁴. L'émergence des associations créées afin de mettre en relation les individus demandeurs et la femme acceptant de leur rendre service a permis à la Cour de cassation de sanctionner de tels intermédiaires. Très rapidement, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur d'une prohibition bien plus générale relative au contrat lui-même.

²³⁰¹ Comm. EDH, 5 juin 1991, req. n° 14223/88, *Cahiers de l'IDEDH* 1992/1, p. 112, note L. Semet ; *Cahiers de l'IDEDH* 1993/2, p. 8, note A. Lamboley.

²³⁰² Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1989, n° 88-15655, *D.* 1990, p. 273, rapp. J. Massip. ; *JCP G* 1990, II, n° 21526, note Sériaux ; *Deffrénois* 1990, p. 743, obs. Aubert ; *RTD civ.* 1990, p. 254, obs. J. Rubellin-Devichi.

²³⁰³ CA Aix-en-Provence, 29 avr. 1988, *JCP G* 1989, II, 21191, note P. Pédrot.

²³⁰⁴ I. Corpart, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière - Entre droit français et réalités étrangères », art. préc., spéc. n° 9.

B. L'illicéité subséquente du contrat de gestation pour autrui

781. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, s'est prononcée le 31 mai 1991²³⁰⁵ à propos du contrat de gestation pour autrui en particulier. La Cour de cassation a retenu l'illicéité des conventions organisant de telles opérations, au triple visa des articles 6, 1128 et 353 du Code civil. Elle affirme que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». Elle conclut alors à l'impossibilité de prononcer une adoption plénière par la mère d'intention dans le cas où l'enfant est né après un contrat de gestation pour autrui. Elle relève que l'« *adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère [...] ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* »²³⁰⁶.

La Cour de cassation se fonde sur l'article 6 du Code civil qui dispose qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » et l'ancien article 1128 du même Code qui prévoit qu'« *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* » pris ensemble. Les conventions de gestation pour autrui sont nulles en ce qu'elles portent sur le corps humain à la fois celui de la femme et celui de l'enfant²³⁰⁷. Or, en vertu de l'article 1128, l'être humain n'est pas une chose qui est dans le commerce et ne peut donc faire l'objet d'un contrat. En visant également l'article 6 du Code civil, la Cour de cassation rappelle simplement que la disposition susvisée est d'ordre public. En outre, les juges fondent leur solution sur les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes : principes provoquant d'importantes discussions doctrinales quant à leur réalité en droit positif²³⁰⁸. Le premier peut être rapproché de l'ancien article 1128 du Code civil en ce qu'il signifie que le corps humain est hors de tout commerce juridique et le second révèle l'idée que doit être condamnée l'attitude consistant à faire venir au monde un enfant dont l'état civil ne correspond pas à la réalité.

²³⁰⁵ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, *Bull AP* n° 4, rapp. Y. Chartier ; *D.* 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier ; *D.* 1991, p. 318, obs. J.-L. Aubert, note D. Thouvenin ; *D.* 1992, p. 59, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; *RFDA* 1991, p. 395, étude M. Long ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, note C. Labrusse-Riou ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *RTD civ.* 1992, p. 88, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1992, p. 489, étude M. Gobert.

²³⁰⁶ Cf. *infra* n° 1135.

²³⁰⁷ J. Massip, « Chronique de jurisprudence », *Defrénois*, 1991, n° 17, p. 947.

²³⁰⁸ Cf. *infra* n° 811 et s.

782. La Cour de cassation confirme sa position à l'occasion d'un arrêt en date du 29 juin 1994 rendu par la première chambre civile²³⁰⁹. Elle rappelle que le contrat de gestation pour autrui tend à l'abandon de l'enfant à sa naissance par sa mère et porte, ainsi, atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes.

783. À la suite du célèbre arrêt du 31 mai 1991 rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le législateur français est intervenu afin de consacrer légalement cette interdiction. C'est à l'occasion des premières lois relatives à la bioéthique que le recours à la gestation pour le compte d'autrui a été explicitement prohibé par le droit français.

II. Une condamnation légale

784. La gestation pour autrui fut explicitement prohibée par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain²³¹⁰ (A). Cette interdiction fut reconduite sans aucune modification lors des révisions des lois de bioéthique en 2004²³¹¹ puis en 2011²³¹². Prohibition reconnue légalement, le non-respect des dispositions législatives est susceptible d'entraîner des sanctions pénales (B).

A. Une prohibition encadrée par la loi du 29 juillet 1994

785. En s'emparant de la question de la gestation pour autrui, en 1994, le législateur français a formulé une interdiction d'ordre public figurant aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil (1). Les récentes évolutions en matière de droit de la famille ont nécessairement remis en avant la question de l'autorisation de la gestation pour autrui sur le territoire français qui, en l'état du droit positif, reste prohibée (2).

1. Une interdiction d'ordre public

786. En vertu de l'article 16-7 du Code civil, « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». En adoptant cette disposition lors des premières lois de bioéthique en date du 29 juillet 1994, le législateur français a souhaité légaliser la solution posée par la jurisprudence lors du célèbre arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991. L'article 16-7 du Code civil a été inséré au deuxième chapitre du titre premier du livre premier du Code civil. Ledit chapitre s'intitule « *Du respect du corps humain* ». L'article

²³⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1994, n° 92-13563, *D.* 1994, p. 581, note Y. Chartier ; *RTD civ.* 1994, p. 842, obs. J. Hauser ; *JCP* 1995, II, 22362, note J. Rubellin-Devichi.

²³¹⁰ L. n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, préc.

²³¹¹ L. n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, préc.

²³¹² L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique, préc.

16-9 du Code civil a pour intérêt de préciser que « *les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public* ». Sans les consacrer directement, cette règle se fonde en réalité sur les principes d'indisponibilité du corps humain et des personnes comme l'avait fait la Cour de cassation le 31 mai 1991²³¹³. En réalité, la gestation pour autrui, « *en heurtant le principe d'indisponibilité du corps humain rend la convention nulle du fait de son objet illicite, et en violant le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes rend la convention nulle du fait de l'illicéité de sa cause* »²³¹⁴. Cette analyse avait été très justement rapportée par Monsieur le Professeur Yves Chartier à la suite de l'arrêt rendu en 1991, les contrats de gestation pour autrui sont nuls tant du fait de l'illicéité de leur objet que de celle de leur cause²³¹⁵.

787. Depuis 1994, les déplacements transfrontaliers afin de bénéficier d'une gestation pour autrui à l'étranger sont en nombre croissant. Ainsi, des débats existent quant à l'opportunité de maintenir l'interdiction légale en l'état ou prévoir un cadre réglementé dans lequel la gestation pour autrui serait autorisée en France. Pour autant, en l'état du droit positif, la première de ces options prime.

2. *Un refus maintenu en l'état du droit positif*

788. Ces dernières années, notamment à l'approche de la révision des lois de bioéthique, le débat sur la légalisation en France du procédé de gestation pour autrui s'est ravivé. Notamment, la loi du 17 mai 2013²³¹⁶ autorisant le mariage entre personnes de même sexe a remis au goût du jour cette question. Néanmoins, il semble que la position adoptée par le législateur français en 1994 n'a jamais été réellement remise en cause, hormis dans un rapport sénatorial en date du 25 juin 2008²³¹⁷ qui préconisait la légalisation de la gestation pour autrui en l'encadrant. Des conditions d'éligibilité strictes étaient prévues en ce qui concerne les bénéficiaires, la gestatrice et l'agrément de l'ensemble des intervenants. De plus, un régime légal et non contractuel et le contrôle d'un juge judiciaire étaient préconisés. Le 27 janvier 2010, deux propositions de loi, reprenant les recommandations issues du précédent rapport, visant à légaliser la gestation pour autrui, en déterminer les conditions et en préciser les conséquences

²³¹³ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, préc.

²³¹⁴ B. Waltz-Teracol, « Vue rétrospective, actuelle et prospective sur la gestation pour autrui en France », *LPA*, 2014, n° 233, p. 4.

²³¹⁵ Y. Chartier, « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une "mère porteuse" », *D.*, 1991, p. 417.

²³¹⁶ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

²³¹⁷ Sénat, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, n° 421, 25 juin 2008, p. 5 et s.

ont été enregistrées au Sénat²³¹⁸. Ces propositions n'ont pas été inscrites à l'ordre du jour de la chambre haute.

789. Un an plus tard, à l'occasion des débats de la révision de la loi de bioéthique du 7 juillet 2011, la question de la légalisation de la gestation pour autrui a de nouveau été envisagée, mais toutes les autorités se sont montrées défavorables à cette pratique²³¹⁹. Notamment, le Comité consultatif national d'éthique, dans un avis en date du 1^{er} avril 2010, s'est prononcé en faveur d'un maintien de la législation en vigueur, soit l'interdiction de la gestation pour autrui²³²⁰. Quatre séries d'arguments ont été mises en avant afin de justifier cette position²³²¹. Tout d'abord, il s'agit du fait que la gestation pour autrui mette fin à la place de la grossesse et de l'accouchement en tant qu'élément prépondérant du lien maternel tissé avec l'enfant à naître. Ensuite, il est question des risques physiques qu'entraînent la grossesse et l'accouchement, pour la gestatrice, acceptés pour satisfaire le désir d'enfant d'autrui et non le sien. Le risque d'instrumentalisation et de marchandisation de la personne inhérent à la gestation pour autrui a aussi été mis en avant. Enfin, le fait que ladite technique puisse apparaître comme radicalement contraire au principe de respect de la dignité de la personne humaine a été relevé.

790. L'avis n° 129 en date du 18 septembre 2018 du Comité consultatif national d'éthique²³²² rendu en vue de la nouvelle révision de la loi relative à la bioéthique est favorable au maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui. Le Comité insiste sur l'importance de rester attaché aux principes invoqués par le législateur justifiant la prohibition de la gestation pour autrui. Sont cités le respect de la personne humaine, le refus de l'exploitation de la femme, le refus de la réification de l'enfant et enfin l'indisponibilité du corps humain et de la personne humaine. Le Comité recommande le maintien et le renforcement de sa prohibition, et ce quelles que soient les motivations médicales ou sociétales des demandeurs²³²³. De plus, le Comité national confirme la proposition rendue dans l'avis n° 126 résidant dans l'élaboration d'une

²³¹⁸ Sénat, *Proposition de loi n° 233 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui*, 27 janv. 2010 ; Sénat, *Proposition de loi n° 234 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui*, 27 janv. 2010.

²³¹⁹ V. pour une présentation détaillée : J.-R. Binet, « Présentation générale de la loi relative à la bioéthique », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 5, 11 juin 2012 (mise à jour : 10 déc. 2014), n° 126.

²³²⁰ CCNE, *Avis n° 110 sur les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*, 1^{er} avr. 2010, p. 17. Disponible sur : <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/problemes-ethiques-soulevés-par-la-gestation-pour-autrui-gpa>.

²³²¹ *Ibid.*, p. 6 et s.

²³²² CCNE, *Avis n° 129 - Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, préc.

²³²³ *Ibid.*, p. 124.

convention internationale pour l'interdiction de la gestation pour autrui et recommandant l'engagement de négociations internationales, multilatérales²³²⁴.

791. Le projet de loi relatif à la bioéthique en cours n'envisage pas la légalisation de la gestation pour autrui. Au contraire, le texte adopté en première lecture par le Sénat²³²⁵ propose d'insérer à la suite de l'article 47 du Code civil, un article 47-1 disposant que « *tout acte de l'état civil ou jugement étranger, à l'exception des jugements d'adoption, établissant la filiation d'un enfant né à l'issue d'une convention de gestation pour le compte d'autrui ne peut être transcrit sur les registres en ce qu'il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu'il mentionne deux pères* »²³²⁶.

792. Le législateur français ne s'est pas contenté de prévoir des dispositions civiles permettant de prononcer la nullité des conventions de gestation pour autrui. Ces dernières sont assorties de condamnations pénales réprimant ces pratiques.

B. Une prohibition assortie de condamnations pénales

793. Avant même la condamnation légale de la gestation pour autrui par les premières lois de bioéthique, des dispositions du Code pénal faisaient écho à la gestation pour autrui au sein d'une section intitulée « *Des atteintes à la filiation* ». Le législateur les a conservées en y intégrant une disposition spécifique à la gestation pour le compte d'autrui. Qualifiées de délits, ces différentes infractions entraînent des sanctions sévères (1). Cependant, la gestation pour autrui se réalise très rarement sur le territoire français. Les personnes désireuses se rendent à l'étranger dans un État autorisant une telle pratique. La difficulté réside, alors, dans l'application de la loi française à ces situations. Après une brève étude, il est possible d'affirmer qu'en l'état du droit positif, la répression est limitée aux seules infractions commises sur le territoire français (2).

1. Des sanctions pénales sévères

794. Sur le plan pénal, les pratiques de gestation pour autrui sont soumises à un dispositif répressif complet²³²⁷ qui sanctionne les intermédiaires, les parents d'intention, ainsi

²³²⁴ CCNE, *Avis n° 126 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, préc., p. 40. Cf. *infra* n° 1213 et s.

²³²⁵ Sénat, *Projet de loi n° 55 relatif à la bioéthique*, 4 févr. 2020. Disponible sur : <http://www.senat.fr/leg/tas19-055.pdf>.

²³²⁶ Cf. *infra* n° 1189.

²³²⁷ Sur lequel, V. notamment : M. Lobe Lobas, « La répression pénale de la gestation pour autrui dans l'état de l'intérêt de l'enfant », in *Mélanges C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 581 et s. ; C. Leroy, « La gestation pour autrui en droit pénal français », *Revue générale du droit on line*, 2019, n° 50288 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=50288) ; J. Leonhard, « Le droit pénal au secours de la prohibition de la

que la mère porteuse. Ainsi sont sanctionnés la supposition d'enfant (a) et les différents intermédiaires par les délits d'entremises (b).

a. La supposition d'enfant

795. La supposition d'enfant consiste à attribuer la maternité d'un enfant à une femme qui n'en a pas accouché. Les sanctions de cette infraction ont évolué. Sous l'Ancien Régime puis sous l'empire de l'article 345 du Code pénal de 1810, elle constituait un crime passible de cinq à dix ans de réclusion. À l'heure actuelle, il s'agit d'un délit puni à l'article 227-13 du Code pénal qui prévoit que « *la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ». La substitution volontaire consiste dans l'échange d'un enfant en bas âge qui, pour être pénalement réprimé, ne doit pas être fortuit ou résulter d'une négligence. La simulation réside dans la fausse attribution d'un enfant, existant réellement, à une femme qui n'a pas accouché. Enfin, la dissimulation implique de cacher une maternité et l'accouchement qui la suit.

796. La chambre criminelle de la Cour de cassation est venue préciser que les délits de simulation et de dissimulation d'enfant constituent les deux aspects des faits de supposition d'enfant qualifiés par l'article 345 de l'ancien Code pénal. Ainsi, la supposition d'enfant implique d'une part, la simulation de la naissance par la mère fictive et d'autre part, la dissimulation de la maternité de la mère réelle²³²⁸. En pratique, simulation et dissimulation sont liées. Pour autant, il est possible que l'une ou l'autre de ces infractions soient caractérisées de façon indépendante. La simulation pourrait concerner le cas d'une femme qui découvre un nouveau-né, simule sa grossesse et fait ensuite croire que cet enfant est le sien²³²⁹. Une hypothèse de dissimulation indépendante de toute simulation a pu être retenue en jurisprudence à propos d'un nouveau-né originaire du Brésil introduit en France par des prévenus qui n'avaient pas déclaré que cet enfant n'était pas le leur²³³⁰.

797. Les infractions visées à l'article 227-13 du Code pénal ne sont incriminées que si elles ont entraîné une atteinte à l'état civil de l'enfant²³³¹. Néanmoins, « *l'importance de cette*

gestation pour autrui ? », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2017, n° 7, pp. 85-92 ; C. de La Hougue, « La qualification juridique de la gestation pour le compte d'autrui au regard du droit international et du droit pénal français », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2015, étude 15 ; C. Kurek, *Le corps en droit pénal*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2017, p. 208 et s., n^{os} 249 et s., p. 396 et s., n^{os} 435 et s.

²³²⁸ Cass. crim., 12 janv. 2000, n° 99-82905, *Bull. crim.* n° 21 ; *D.* 2001, somm. 2791, obs. Promart ; *Dr. pén.* 2000, comm. 84, obs. Véron.

²³²⁹ P. Bonfils et L. Grégoire, « Atteintes à la filiation », *J.-Cl. Pénal Code*, Fasc. n° 20, 28 juill. 2016, n° 42.

²³³⁰ Cass. crim., 12 janv. 2000, n° 99-82905, préc.

²³³¹ V. Depadt-Sebag, « Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui », *D.*, 2005, p. 476.

condition ne doit pas être exagérée, car si un comportement n'a pas eu pour résultat, mais seulement pour but de porter atteinte à l'état civil de l'enfant, il reste punissable sur le terrain de la tentative »²³³². En effet, l'alinéa 2 de l'article 227-13 du Code civil prévoit que la tentative de l'une des infractions précédentes est punie des mêmes peines. En outre, le législateur français est intervenu afin de sanctionner les intermédiaires dans le processus de gestation pour autrui.

b. Les sanctions des intermédiaires

798. L'article 227-12 du Code pénal réprime la provocation à l'abandon, l'entremise en vue d'adoption et, depuis la loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, l'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui.

799. La provocation à l'abandon est le fait « *de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître* ». L'infraction est punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. L'infraction consiste à inciter le ou les parents à abandonner leur enfant. Le mot « *parent* » fait référence au parent par le sang. Dans la majorité des cas, il s'agira de faire pression sur la mère biologique de l'enfant afin qu'elle n'établisse pas le lien de filiation²³³³. L'abandon vise la remise de l'enfant au couple stérile ou à un intermédiaire. La provocation consiste en des pressions qui sont répréhensibles qu'elles aient eu lieu avant, pendant ou après la grossesse. En application de cette disposition, le tribunal correctionnel de Bordeaux a infligé une amende avec sursis d'un montant de 7 500 € à un couple composé de deux hommes qui avait eu recours à Chypre à une mère porteuse. Le contrat avait, certes, été conclu à Chypre, mais les versements d'argent avaient été effectués depuis la France et, surtout, la femme porteuse avait achevé sa grossesse en France, où elle avait accouché. Les juges ont retenu la provocation à l'abandon d'enfant né ou à naître, résultant d'un don, d'une promesse, d'une menace ou d'un abus d'autorité²³³⁴.

800. L'entremise en vue d'adoption est le « *fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître* ». Il s'agit d'un délit puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Il convient de noter que la seule tentative d'entremise est punissable au même titre. L'entremise est un terme plus large que celui de provocation dans la mesure où elle ne suppose

²³³² P. Bonfils et L. Grégoire, « Atteintes à la filiation », préc., n° 38.

²³³³ A. Bourrat-Guéguen, « Altération de l'institution familiale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 622.111.

²³³⁴ T. corr. Bordeaux, 1^{er} juill. 2015, *AJ fam.*, 2015, p. 433, note A. Dionisi-Peyrusse.

pas de faire pression sur le consentement des parents. Il suffit de mettre en relation le couple stérile et le couple de parents en tant qu'intermédiaire²³³⁵. Cependant, contrairement au délit de provocation, l'entremise en vue d'adoption suppose afin d'être retenue que l'intermédiaire agisse dans un but lucratif. Ainsi, le tribunal de grande instance de Paris a considéré que dès lors que les comptes-rendus de réunion d'une association confirment que son dirigeant a introduit un langage de type commercial garantissant la rapidité et le succès des procédures totalement inadapté au domaine de l'adoption et tendant à privilégier l'intérêt du « *client adhérent* » sur celui de l'enfant, l'infraction d'entremise dans un but lucratif est en conséquence déclarée établie et retenue à son encontre. En l'espèce, il s'agissait d'un trafic d'enfants originaires du Népal et vendus par leurs parents afin de payer leurs dettes²³³⁶.

801. L'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui est une disposition insérée dans le Code pénal à la suite des premières lois de bioéthique du 29 juillet 1994. Consacrant la condamnation légale de la gestation pour autrui à l'article 16-7 du Code civil, le législateur français a assorti cette condamnation civile d'une condamnation pénale en instaurant une infraction spécifique à l'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui. Cette dernière est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Il s'agit du fait « *de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre* ». Contrairement à l'infraction d'entremise en vue d'adoption, l'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui n'implique pas que soit caractérisé un but lucratif. La simple entremise désintéressée suffit à constituer l'infraction dans la mesure où la gestation pour autrui est interdite en elle-même. Néanmoins, le Code pénal prévoit que lorsque les faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

802. Les sanctions pénales conséquentes aux infractions susvisées posent la question de leur application dans l'espace. En effet, le dispositif répressif mis en place par le législateur français est fourni. Cependant, la question de son application est source de difficultés en ce que les opérations de gestation pour autrui se réalisent dans la majeure partie des cas sur un territoire étranger. Or, lorsque des Français se rendent à l'étranger afin de recourir à une gestation pour autrui, la qualification pénale ne peut être retenue en France.

²³³⁵ A. Bourrat-Guéguen, « Altération de l'institution familiale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 622.112.

²³³⁶ TGI Paris, 4 mai 1998, n° 04-05-1998, *D.* 1999, p. 15, note E. Poisson-Drocourt.

2. Une répression limitée aux infractions commises en France

803. Il s'agit, plus exactement, de savoir si l'infraction d'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui sanctionnée à l'article 227-12 du Code pénal trouve vocation à s'appliquer, dans la situation plus que courante, où une société étrangère d'un État autorisant ou tolérant la gestation pour autrui opère des démarches publicitaires sur le territoire français.

804. En vertu du principe de territorialité consacré à l'article 113-2 du Code pénal, la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire français. Étant précisé qu'il suffit qu'un des éléments constitutifs de l'infraction se réalise en France pour que la loi française soit compétente. La notion d'élément constitutif est, de manière générale, entendue de façon extensive par les juges français. En effet, « *elle est considérée comme englobant tant les conditions préalables de l'infraction, les actes préparatoires, que les effets développés par l'infraction sur le territoire* »²³³⁷. Si l'on s'en tient à une lecture restrictive de l'article 113-2 du Code pénal, l'infraction d'entremise devrait être considérée comme commise à l'étranger. En effet, en pratique, la mise en relation et la convention entre le parent ou le couple souhaitant accueillir un enfant et la femme acceptant de porter cet enfant pour leur compte se réalise dans l'État étranger où la pratique n'est pas interdite. Ainsi, l'infraction n'est pas « *effectivement* »²³³⁸ commise en France. En réalité, la Cour de cassation n'a pas adopté cette position et privilégie une interprétation large de la notion d'élément constitutif. L'infraction peut être rattachée au territoire français par le biais d'un virement bancaire émis depuis un compte français ou l'échange de courriers électroniques depuis la France. Encore, est-il possible d'imaginer que « *la simple présentation de la maternité pour autrui sur le territoire français comme un acte préparatoire* »²³³⁹ donnant ainsi compétence à la loi pénale française.

805. Il paraît alors opportun de se tourner vers le principe de la personnalité afin de savoir si ce dernier serait propre à retenir l'application de la loi pénale française aux situations dans lesquelles une société étrangère procède à la mise en relation de plusieurs personnes en vue d'une gestation pour le compte d'autrui. Le Code pénal distingue la personnalité active de la personnalité passive. Quant à la première, en vertu de l'article 113-6 dudit Code, la loi pénale française est compétente si l'auteur du crime ou du délit a la nationalité française. En outre, en matière de délit, les faits doivent être punis par la législation du pays où ils ont été commis.

²³³⁷ B. Chapleau, « Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui », *D.*, 2015, p. 1775.

²³³⁸ *Ibid.*

²³³⁹ *Ibid.*

Quant à la seconde, en vertu de l'article 113-7 du Code pénal, la loi pénale française est applicable à tout crime et à tout délit, puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction. De plus, une plainte de la victime, de ses ayants droit ou une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis est exigée. Le principe de personnalité active ne peut engendrer l'application de la loi pénale française. En effet, l'auteur du délit d'entremise est une société étrangère, nécessairement ressortissante d'un État qui autorise ou *a minima* tolère la gestation pour autrui. Ce seul constat, soit la nationalité étrangère de l'auteur, permet d'évincer l'application de la loi pénale française sur le fondement du principe de la personnalité active. De plus, en matière de délit, tel est le cas quant à l'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui, une condition de réciprocité est exigée, autrement dit les faits doivent également être punis par la législation de l'État où ils ont été commis. Cette condition fait naturellement défaut étant donné que la gestation pour autrui n'est justement pas interdite dans le pays étranger en cause.

Si le principe de personnalité active ne permet pas d'aboutir à l'application de la loi pénale française pour une éventuelle condamnation par les tribunaux répressifs du territoire français, en est-il autrement du principe de la personnalité passive ? Ce dernier est fondé sur la nationalité française de la victime et ce peu importe que l'auteur du crime ou délit soit de nationalité étrangère ou française. La principale difficulté réside dans la détermination de la victime du délit d'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui. Pour répondre à cette question, il est judicieux de s'intéresser à la place de cette infraction au sein du Code pénal français. Le délit d'entremise étant inséré au sein de la section intitulée « *Des atteintes à la filiation* », il semble que la victime soit l'enfant issu de la maternité pour autrui dans la mesure où « *les atteintes à la filiation visant à protéger l'enfant, son identité* »²³⁴⁰. Cependant, en retenant une telle analyse, le principe de personnalité passive ne peut trouver à s'appliquer pour une raison simple : « *non seulement la victime n'a pas la nationalité française au moment des faits, mais, surtout, la victime n'existe pas lors des faits puisqu'au moment de l'entremise l'enfant n'est pas né, ni même conçu* »²³⁴¹. Madame Béatrice Chapleau s'est interrogée sur le fait de savoir si d'autres personnes pourraient revêtir la qualité de victime. Si la personne ou le couple bénéficiant de la gestation pour autrui peuvent facilement être exclus dans la mesure où, au contraire, ils sont justement bénéficiaires de l'entremise, la question est plus délicate

²³⁴⁰ B. Chapleau, « Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui », art. préc.

²³⁴¹ *Ibid.*

concernant la mère porteuse. L'auteur relève que selon les circonstances de l'espèce, celle-ci pourrait être considérée comme « *une victime de la marchandisation de son corps* »²³⁴². Cependant, en pratique, la personne qui porte l'enfant sera nécessairement de nationalité étrangère. Ainsi, à nouveau, le principe de personnalité passive ne peut trouver à s'appliquer.

806. La décision rendue par tribunal de grande instance de Créteil en date du 30 septembre 2004²³⁴³ constitue une excellente illustration de la difficulté à appliquer, en pratique, les sanctions pénales prévues par le droit français. Les faits à l'origine de l'affaire sont les suivants, un couple marié de nationalité française a effectué, conformément au droit en vigueur en Californie, des démarches ayant amené à la conclusion, avec un couple citoyen des États-Unis, d'un accord de procréation pour autrui. À la suite de la naissance de deux jumelles et en exécution d'un jugement prononcé par la Cour supérieure de l'État de Californie, les deux jumelles ont fait l'objet d'actes de naissance les désignant comme les enfants du couple français. Un refus de transcription de ces actes est opposé par le consulat de France à Los Angeles. Suspectant une affaire de mère porteuse, le Consulat général alerte le procureur de la République de Nantes, lequel transmet le dossier au parquet de Créteil. Ce dernier procède à la transcription de ces actes sur les registres de l'état civil à Nantes en vue d'engager une action en annulation des actes. Ainsi, un réquisitoire introductif est délivré par le parquet visant, notamment, le délit d'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui sanctionné à l'article 227-12 du Code pénal. Or, le tribunal de Créteil relève que ledit délit apparaît inapplicable en l'espèce dans la mesure où toutes les démarches entreprises par les époux français l'ont été aux États-Unis, pays où de tels faits ne sont pas constitutifs d'une infraction. Or, en vertu de l'article 113-6, alinéa 2 du Code pénal, la loi française est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le réquisitoire délivré par le parquet de Créteil visait, en outre, l'article 227-13 du Code pénal sanctionnant le délit de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants. À nouveau, la loi pénale française se voit inapplicable. Rappelant que l'article 113-2, alinéa 2 du Code pénal édicte que l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire, le tribunal de grande instance de Créteil relève que tous les faits constitutifs de ce qui pourrait être qualifié de simulation ont eu lieu sur le territoire des États-Unis, et ce conformément à la législation en vigueur dans ce pays.

²³⁴² B. Chapleau, « Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui », art. préc.

²³⁴³ TGI Créteil, ord., 30 sept. 2004, *D.* 2005, p. 476, note V. Depadt-Sebag.

807. Il ne fait aucun doute que l'application de lois pénales françaises, sanctionnant les délits relatifs de manière générale à la gestation pour autrui et plus particulièrement le délit d'entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui, s'avère délicate dans l'espace. Si certains considèrent que « *ce n'est pas le droit pénal qui viendra réfréner le désir d'un enfant à tout prix* »²³⁴⁴, il semble que ces différentes lois répressives doivent également s'apprécier « *à l'aune de [leur] valeur pédagogique, voire intimidante* »²³⁴⁵. Si la répression semble se limiter aux infractions commises sur le territoire français, rares en pratique ou du moins cachées, il semble légitime de penser que l'absence totale de sanctions pénales en ce domaine ne ferait qu'augmenter la latitude donnée aux sociétés étrangères afin de promouvoir la gestation pour autrui sur le territoire français.

808. Des solutions ont alors été proposées afin que les sanctions pénales prévues par le droit français soient réellement effectives et appliquées²³⁴⁶. D'une part, le recours à la gestation pour le compte d'autrui pourrait revêtir la qualification de crime et non de délit comme en l'état du droit positif. En effet, la loi française est applicable à tous les crimes commis par un Français à l'étranger, et ce même si le droit de l'État étranger ne prohibe pas les faits en question. Or, la qualification de crime « *n'aurait rien d'excessif compte tenu de la gravité des principes en cause* »²³⁴⁷. La cour d'appel de Rennes a d'ailleurs relevé que le recours à cette technique est « *un achat d'enfant* »²³⁴⁸. D'autre part, il convient de noter qu'il est possible de sanctionner les délits lorsqu'ils sont commis à l'étranger en écartant l'exigence de la double-incrimination, autrement dit en n'exigeant pas que ledit délit soit également incriminé dans l'État étranger. Cette solution a déjà été utilisée, à l'article 222-22, alinéa 3 du Code pénal, afin de sanctionner les agressions sexuelles sur des mineurs commises par des Français dans des pays où elles ne sont pas réprimées et ainsi « *lutter contre le tourisme sexuel* »²³⁴⁹. Une telle mesure permettrait de sanctionner le recours à la gestation pour autrui et dans le même ordre d'idées de lutter contre

²³⁴⁴ J. Hauser, « Les montages et la filiation (suite) : l'autorité parentale, un jeu... d'enfant ! », *RTD civ.*, 2005, p. 378. *Contra* : A. Gilson, « Propositions visant à l'encadrement juridique de la gestation pour le compte d'autrui à l'aune des revendications de « droit à l'enfant » », in C. Brunetti-Pons (dir.), *PMA, GPA, quel statut juridique pour l'enfant ?*, Mare & Martin, 2019, pp. 91 - 106.

²³⁴⁵ B. Chapleau, « Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui », art. préc.

²³⁴⁶ Une proposition de loi visant à lutter contre les démarches engagées à l'étranger par des Français pour obtenir une gestation pour autrui a été enregistrée à la Présidence du Sénat le 20 octobre 2016. Celle-ci propose l'application de la loi pénale française lorsque les délits prévus à l'article 227-12 du Code pénal sont commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français. La proposition de loi a été rejetée.

²³⁴⁷ A. Mirkovic, *PMA, GPA, La controverse juridique*, Téqui, 2014, p. 82.

²³⁴⁸ CA, Rennes, 10 janv. 2012, n° 11-01846.

²³⁴⁹ A. Mirkovic, *PMA, GPA, La controverse juridique, op. cit.*, p. 83.

le tourisme procréatif, et ce sans apporter aucune modification à la qualification pénale de l'infraction.

809. La condamnation initiale apportée par la jurisprudence française et la condamnation légale subséquente impliquant l'intervention du législateur se sont fondées sur plusieurs principes juridiques afin d'adopter une telle position. Il convient, ainsi, d'envisager les différentes valeurs ayant dicté la position du droit français à l'égard de la gestation pour autrui.

Paragraphe 2. Les principes juridiques en cause

810. La gestation pour autrui est prohibée en droit français, car elle est considérée comme contrevenant à plusieurs principes essentiels du droit français. Ces derniers touchent à la protection de la personne, mais également du corps humain. La difficulté réside dans le fait qu'à l'heure actuelle de nombreuses exceptions à ces principes fondateurs ont été consacrées et encadrées par le législateur à tel point que leur réelle existence est parfois remise en cause par la doctrine. Pour autant, il semble que la résistance de ces principes classiques d'ordre public mérite d'être affirmée afin de justifier la prohibition de la gestation pour autrui (I). L'intérêt réside également dans le fait qu'ils sont le corollaire d'un autre principe à valeur constitutionnelle, celui de la dignité de la personne humaine. Or, même si ce dernier n'a pas été explicitement utilisé afin de justifier la prohibition de la gestation pour autrui, il paraît tout à fait apte à remplir ce rôle (II).

I. La résistance des principes classiques d'ordre public

811. Par les lois de bioéthique du 29 juillet 1994, le législateur français a posé l'interdiction légale de la gestation pour autrui consacrant ainsi la position jurisprudentielle adoptée en 1991. Deux principes directeurs sont à l'origine de cette prohibition : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes (A) et le principe d'indisponibilité du corps humain (B).

A. Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes

812. L'état des personnes s'entend comme l'ensemble des éléments caractérisant la situation juridique d'une personne au plan individuel, au plan familial et au plan politique permettant d'individualiser cette personne dans la société dans laquelle elle vit. Il s'agit notamment du nom, de l'âge, du sexe, de la filiation, de la situation matrimoniale, de la

nationalité ou encore du domicile. Autrement dit, il s'agit de « *l'ensemble des caractéristiques de la personne qui déterminent, selon la loi, certains effets de droit et définissent son statut juridique* »²³⁵⁰.

813. Le principe d'indisponibilité de l'état de la personne est celui selon lequel les éléments qui composent l'état de la personne sont placés hors du commerce. Ainsi, les personnes ne peuvent modifier leur état à leur guise de façon unilatérale ou par contrat. Par conséquent, la convention par laquelle une personne entendrait céder un élément de son état ou acquérir un état nouveau est entachée de nullité absolue. Il importe de distinguer l'indisponibilité de l'immutabilité. Évidemment, les éléments de l'état des personnes peuvent évoluer et sont modifiables en ce sens. Cependant, cette modification n'est pas l'effet de la seule volonté de l'intéressé, c'est l'effet que la loi assigne à une institution particulière telle que le mariage, la reconnaissance d'un enfant ou encore le divorce.

814. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait l'objet d'aucune disposition législative l'énonçant en tant que tel. Il y est seulement fait référence dans des dispositions particulières. Ainsi, il est possible de citer l'article 323 du Code civil qui énonce que « *les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation* ». Pour autant, il s'agit d'un principe bien plus ancien que celui de l'indisponibilité du corps humain dans la mesure où dès 1838, la Cour de cassation a pu énoncer que « *l'état des personnes, consistant dans les rapports que la nature et la loi civile établissent indépendamment de la volonté des parents* » et « *n'étant ni dans le commerce ni à la libre disposition de celui à la personne duquel il s'identifie, ne peut faire la matière ni d'une convention [...] ni d'une transaction* »²³⁵¹.

815. La filiation est un élément de l'état des personnes et est donc soumise au principe d'indisponibilité. C'est évidemment un élément qui peut évoluer et être modifié - en cas de contestation puis d'établissement de la filiation -, mais ceci en respectant des règles d'ordre public. Ainsi, la volonté individuelle ou l'accord entre deux personnes ne peut suffire à modifier un lien de filiation, des exigences légales se doivent d'être respectées. La situation s'avère différente selon qu'est en cause la filiation paternelle ou la filiation maternelle. Si la filiation paternelle n'est pas nécessairement conforme à la vérité, l'adage *mater semper certa est*²³⁵² ne

²³⁵⁰ I. Gallmeister, « État et capacité des personnes », *Répertoire de droit civil Dalloz*, juin 2016 (mise à jour : déc. 2019), n° 4.

²³⁵¹ Cass. civ., 12 juin 1838, *Jur. Gén.* 1855, t. XXXV, n° 633-2°, p. 379 ; P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Thèse, Université Paris II, 1997, n° 226, p. 187.

²³⁵² Cet adage peut se traduire, de manière littérale, comme suit : « *La mère est toujours certaine* ». V. pour une étude complète : K. Fiorentino et A. Fiorentino (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, Bruylant, coll. Droit, bioéthique et société, 2018.

laisse planer aucun doute quant à la filiation maternelle. La mère est nécessairement la femme qui accouche, autrement dit mère biologique et mère légale sont identiques. La filiation à l'égard d'une femme qui n'a pas mis au monde l'enfant ne peut être établie qu'au travers de l'adoption. Cependant, l'adoption ne peut faire l'objet d'une convention privée, telle une convention de gestation pour le compte d'autrui. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation a pu affirmer de manière claire que de telles conventions contreviennent au principe d'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles « *ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspond pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation ou d'une cession également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère* »²³⁵³. En outre, un second point a été relevé afin de faire échec à une telle convention. L'adoption a pour but de donner une famille à un enfant qui n'en a pas et non de mettre au monde un enfant aux seules fins de le fournir à une famille désireuse. Ainsi, dans la même décision, la Cour de cassation a insisté sur le fait que ladite convention qui « *tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu* »²³⁵⁴. La Cour de cassation a confirmé sa position eu égard au principe d'indisponibilité de l'état des personnes à la faveur de plusieurs arrêts²³⁵⁵. Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes a de nouveau été mis en avant, plus récemment, par la première chambre civile de la Cour de cassation en 2011 afin de justifier le refus de transcription sur les registres français de l'état civil des actes d'état civil étrangers d'enfants nés de mères porteuses et désignant la femme française comme mère desdits enfants²³⁵⁶. Il a été énoncé qu' « *il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public* »²³⁵⁷.

816. Il semble que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes demeure en ce qu'il constitue une entrave à ce qu'une femme qui accouche ait déjà renoncé en amont à son statut de mère en s'engageant à abandonner l'enfant au profit des parents d'intention. La qualité de père ou de mère ne doit pas se déduire d'un contrat. Malgré les réflexions sur la résistance

²³⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1989, n° 88-15.655, préc.

²³⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1989, n° 88-15.655, préc.

²³⁵⁵ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1994, n° 92-13.563, préc.

²³⁵⁶ Cf. *infra* n° 879.

²³⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 09-66.486, *D.* 2011, p. 1014, édito. F. Rome ; *D.* 2011, p. 1064, entretien X. Labbé ; *D.* 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *D.* 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2011, p. 262, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2011, p. 265, obs. B. Haftel ; *AJ fam.* 2011, p. 266, interview M. Domingo ; *AJCT* 2011, p. 301, obs. C. Siffrein-Blanc.

de ce principe face à la technique de gestation pour autrui²³⁵⁸, il est possible de considérer que ce dernier subsiste étant donné que les exceptions y existant sont réglementées par la loi et ont une finalité bien précise. Tel est, par exemple, le cas de l'accouchement sous X, c'est-à-dire la possibilité donnée à une femme d'accoucher sans révéler son identité. Afin de justifier l'interdiction de la gestation pour autrui en droit français, un second principe est classiquement utilisé par les juges. Ainsi, il convient d'envisager la portée du principe d'indisponibilité du corps humain comme prohibant la technique.

B. Le principe d'indisponibilité du corps humain

817. De manière générale, le principe d'indisponibilité du corps humain signifie que le titulaire d'un droit ne peut librement en disposer, c'est-à-dire qu'il ne peut librement accomplir un acte de disposition juridique ou matérielle. Ainsi la disponibilité juridique est distinguée de la disponibilité matérielle. La première « *consiste en la possibilité d'accomplir des actes juridiques graves à propos d'une chose* » et la seconde « *en la possibilité de suppression d'une chose* »²³⁵⁹. Dans le cadre de cette étude, il importe de s'intéresser plus particulièrement à la disposition juridique, laquelle regroupe des actes tels que la vente et la donation qui transfèrent la propriété à autrui. En d'autres termes, le principe d'indisponibilité du corps humain « *interdit à toute personne d'effectuer des actes juridiques de disposition par lesquels s'opère une transmission d'un droit ayant pour objet son corps humain en entier, par la voie de la cession, à titre onéreux ou gratuit, ou d'un abandon* »²³⁶⁰. Il convient de noter que le Code civil n'énonce pas explicitement ce principe dans la mesure où « *ce sont les progrès de la biologie et de la médecine qui en ont été le révélateur, spécialement avec la maternité pour autrui* »²³⁶¹. À ce sujet, un auteur a pu énoncer que l'article 16-7 du Code civil est « *la parfaite illustration du principe d'indisponibilité du corps humain même si le législateur ne consacre pas l'expression expressément* »²³⁶².

818. Pour autant, même si un nombre important d'auteurs font état de l'existence de ce principe sans réserve, tel n'est pas le cas de l'intégralité de la doctrine. Madame le Professeur Michelle Gobert a pu écrire que « *c'est dans l'imaginaire plutôt que dans les pratiques que s'est*

²³⁵⁸ V. notamment : M. Pichard, « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes « désactivé » ? », *LPA*, n° 256-257, 2017, p. 6.

²³⁵⁹ J.-R. Binet, « Protection de la personne – Le corps humain », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 12, 11 déc. 2015 (mise à jour : 24 juin 2016), n° 120.

²³⁶⁰ A. Marais, « La maternité pour autrui et le genre », in A.-F. Zattara-Gros (dir.), *Bioéthique et genre, op. cit.*, p. 151 et s., spéc. p. 163.

²³⁶¹ E. Poisson-Drocourt, « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption », *D.*, 2004, p. 1998.

²³⁶² J.-R. Binet, « Protection de la personne – Le corps humain », préc., n°s 140 et 141.

épanoui [...] le principe de l'indisponibilité du corps »²³⁶³. Elle en conclut que le principe d'indisponibilité du corps humain utilisé est projeté de l'imaginaire dans le droit positif. De plus, elle insiste sur les diverses exceptions au principe d'indisponibilité du corps humain consacrées en droit français, telles que le don d'organes ou le don de sang afin de faire douter de sa réelle existence. En réalité, afin de comprendre ces tempéraments, il convient de distinguer le corps humain envisagé dans son ensemble et les produits et éléments du corps humain. « *Il y a une différence de nature entre le don d'éléments du corps ou d'organes et le fait pour une femme d'engendrer un enfant à livrer* »²³⁶⁴ qui explique l'assouplissement opéré par le législateur français eu égard au premier. Les éléments et produits du corps humain « *sont susceptibles de devenir "chose" par leur détachement et peuvent, à ce titre, être donnés à autrui* »²³⁶⁵. Or, le contrat de gestation pour autrui porte sur le corps de la femme en son entier à tel point que « *la personne est réduite à sa seule dimension corporelle* »²³⁶⁶. Les actes de disposition portant sur les éléments et produits du corps humain sont strictement encadrés par la loi et limités au respect des principes d'anonymat et de gratuité ce qui peut être envisagé « *comme la traduction d'une indisponibilité assouplie du corps humain* »²³⁶⁷. En définitive, le principe d'indisponibilité du corps humain est, certes, assoupli dans des conditions très strictes, mais, pour autant, il est sauvegardé.

819. Il convient d'ailleurs de préciser qu'une proposition de loi constitutionnelle enregistrée le 12 septembre 2013²³⁶⁸ visant à inscrire le principe d'indisponibilité du corps humain dans la Constitution a été présentée. L'article unique de cette proposition de loi prévoyait que l'article 1^{er} de la Constitution soit complété par un troisième alinéa disposant que « *la République française, fidèle à ses valeurs humanistes, assure et garantit le respect du principe d'indisponibilité du corps humain* ». Cette proposition a été rejetée par l'Assemblée nationale en 2016. Le gouvernement a souligné l'absence d'opportunité de cette proposition dans la mesure où « *le Conseil constitutionnel a rappelé, en 1994, que le principe de dignité de la personne humaine, contre toute forme d'asservissement et de dégradation, a valeur constitutionnelle. Ce principe guide notre approche des problèmes liés à la bioéthique* » et que

²³⁶³ M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (À propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.*, 1992, p. 489.

²³⁶⁴ E. Poisson-Drocourt, « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption », art. préc.

²³⁶⁵ A. Marais, « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, op. cit., p. 121 et s., spéc. p. 134.

²³⁶⁶ A. Marais, « La maternité pour autrui et le genre », in A.-F. Zattara-Gros (dir.), *Bioéthique et genre*, op. cit., p. 151 et s., spéc. p. 163.

²³⁶⁷ J.-R. Binet, « Protection de la personne – Le corps humain », préc., n° 151.

²³⁶⁸ AN, *Proposition de loi n° 1354 visant à rendre constitutionnel le principe d'indisponibilité du corps humain*, 12 sept. 2013. Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/propositions/pion1354.pdf>.

« le principe d'indisponibilité du corps humain est déjà inscrit implicitement dans la loi, à travers les dispositions des articles 16-1 et suivants du Code civil »²³⁶⁹.

820. La résistance du principe d'indisponibilité du corps humain, notamment en ce qui concerne le corps envisagé en son entier, est indispensable afin de respecter un autre principe : celui de la dignité de personne humaine.

II. L'émergence du principe de la dignité de la personne humaine

821. À l'heure actuelle, ni le législateur, ni la jurisprudence n'ont utilisé le principe de dignité de la personne humaine²³⁷⁰ afin de justifier la prohibition de la gestation pour le compte d'autrui en droit français. Pour autant, ce principe tend à émerger en doctrine en ce que le principe d'indisponibilité du corps humain est parfois envisagé comme son corollaire.

822. Le principe de la dignité de la personne humaine est consacré par de nombreux textes internationaux. Il s'agit, notamment, de la Charte des Nations Unies signée à San Francisco le 26 juin 1945 qui affirme en son préambule la foi « dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine ». La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 énonce dès son préambule que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Le même texte poursuit en son article 1 en affirmant que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». De même, le préambule et l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 16 décembre 1966 font référence à la dignité humaine. L'article 1^{er} de la Convention d'Oviedo signée le 4 avril 1977²³⁷¹ précise qu'il importe de protéger « l'être humain dans sa dignité et son identité ». Enfin, selon l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, « la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ». En droit interne, le principe de dignité de la personne humaine est consacré à l'article 16 du Code civil qui dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et

²³⁶⁹ AN, *Compte rendu intégral*, 2^{ème} séance du 16 juin 2016, p. 4477. Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cri/2015-2016/20160218.pdf>.

²³⁷⁰ V. notamment : B. Mathieu, « Chapitre 6. La dignité, principe fondateur du droit », *Journal International de Bioéthique*, vol. 21, n° 3, 2010, pp. 77-83 ; M. Fabre-Magnan, « Le statut juridique du principe de dignité », *Droits*, vol. 58, n° 2, 2013, pp. 167-196 ; A. Sériaux, « La dignité humaine, principe universel du droit ? », *Acta Philosophica*, vol. 6, 1997, fasc. 2, pp. 289-301 ; M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, n° 1, 2007, pp. 1-30.

²³⁷¹ Sur la Convention d'Oviedo : Cf. *supra* n° 742.

garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de conférer à ce principe une valeur constitutionnelle à l'occasion d'une décision du 27 juillet 1994²³⁷² rendue à propos des premières lois relatives à la bioéthique. Il a été énoncé que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* ». Pour autant, la notion de dignité reste « *le plus flou des concepts* »²³⁷³ qui existe avec certitude, mais qui varie tant dans le temps que dans l'espace. Il importe donc d'envisager le contenu de la dignité selon le droit positif français. Elle « *interdit à l'homme de traiter le corps de l'autre comme un simple moyen, comme un instrument* » au risque de « *réduire la personne à une chose* »²³⁷⁴. L'application dudit principe au corps humain de la personne « *conduit à s'opposer à tous les actes juridiques qui participent à traiter la personne, en son entier comme une chose* »²³⁷⁵. Ainsi, par application à la gestation pour autrui, le corps de la femme est mis au service du couple demandeur et de leur désir d'enfant réalisant « *une instrumentalisation du corps de la femme* »²³⁷⁶.

823. Il convient de revenir sur les origines de la dignité humaine. En effet, avant de devenir un principe juridique à valeur constitutionnelle, il s'agissait d'un principe moral²³⁷⁷. Ainsi, des débats ont été amorcés afin de savoir si une gestation pour autrui « *éthique* » ne pourrait pas être légalisée en France, autrement dit il s'agirait d'autoriser la pratique en elle-même, mais sous des conditions bien particulières. Au titre de celles-ci figurent notamment l'existence d'une infertilité pathologique, l'absence du lien biologique avec la mère porteuse, l'absence de toute sorte de rémunérations, la preuve du consentement libre et éclairé de la mère porteuse et des conditions liées à l'âge, la santé ou la situation familiale²³⁷⁸. Néanmoins, si l'idée est séduisante, ces critères ne garantiront pas une gestation pour autrui « *éthique* » pour plusieurs raisons. Le critère fondé sur l'infertilité pathologique ne peut prospérer dans la mesure où il exclut nécessairement les couples homosexuels - notamment masculins - du bénéfice de la gestation pour autrui. Une telle condition entraînera nécessairement des revendications

²³⁷² Cons. Const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, *D.* 1995, p. 237, note B. Mathieu ; *D.* 1995, p. 205, chron. B. Edelman ; *D.* 1995, p. 299, obs. L. Favoreu ; *RFDA* 1994, p. 1019, note B. Mathieu ; *RTD civ.* 1994, pp. 831 et 840, obs. J. Hauser.

²³⁷³ O. Cayla, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janv. 2003, p. 14.

²³⁷⁴ A. Marais, « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, *op. cit.*, p. 121 et s., spéc. p. 133.

²³⁷⁵ A. Marais, « La maternité pour autrui et le genre », in A.-F. Zattara-Gros (dir.), *Bioéthique et genre*, *op. cit.*, p. 151 et s., spéc. p. 163.

²³⁷⁶ *Ibid.*

²³⁷⁷ J.-R. Binet, « Protection de la personne – Principes », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 10, 4 déc. 2015, n° 41. V. aussi : F. Mbala Mbala, *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse, Université de Lille 2, 2007.

²³⁷⁸ CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, La documentation française, p. 74.

fondées sur le principe d'égalité. Quant à l'exigence de l'absence de rémunération due au service rendu, les dérives ne seront, en pratique, pas contrôlables « *ne serait-ce que parce que la rémunération peut toujours être occulte ou non financière* »²³⁷⁹. Qui est plus est, même dans l'hypothèse où ces conditions seraient recevables, la contrariété au principe d'indisponibilité du corps humain sera présente dans la mesure où « *l'accouchement altèrera nécessairement, peu ou prou, le corps de la femme* »²³⁸⁰. De plus, si certains ont pu avancer l'idée selon laquelle la gratuité conférerait à la maternité pour autrui sa dignité²³⁸¹, la seule volonté individuelle ne peut justifier une atteinte au principe de dignité de la personne humaine à tel point que « *nul ne peut renoncer au principe de dignité humaine, ni pour autrui bien sûr, mais ni même pour lui-même : nul ne peut donc valablement consentir à ce que lui soient portées des atteintes contraires à cette dignité* »²³⁸². Pour toutes ces raisons, une gestation pour autrui éthique ne semble pas envisageable étant donné qu'elle entraînerait nécessairement d'autres craintes et dérives.

824. Pour Monsieur le Professeur Bernard Mathieu, le droit au respect de la dignité de la personne humaine serait le seul principe constitutionnel de caractère absolu et devrait être envisagé comme « *un principe matriciel* » en ce qu'il engendre « *d'autres droits de portée et de valeur différentes* ». Ainsi, « *le droit à la dignité est la matrice d'un certain nombre de garanties qui formellement sont légales, mais dont la protection est nécessaire pour assurer le respect du principe lui-même* »²³⁸³. Appliqué à la question de la gestation pour le compte d'autrui, le respect du principe d'indisponibilité du corps humain est indispensable afin d'assurer le principe absolu qu'est celui de la dignité de la personne humaine.

825. Les fondements de l'interdiction de la gestation pour autrui en droit français - principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes couplés à celui de la dignité de la personne humaine - paraissent encore d'actualité afin de justifier la prohibition. Dans la mesure où la gestation pour autrui transfrontalière se développe, il convient d'envisager son accueil en droit étranger.

²³⁷⁹ F. Dekeuwer-Defossez, A.-M. Leroyer et A. Dionisi-Peyrusse, « Remise en cause de l'interdiction de la GPA en France ? », *AJ fam.*, 2018, p. 583.

²³⁸⁰ A. Marais, « La maternité pour autrui et le genre », in A.-F. Zattara-Gros (dir.), *Bioéthique et genre, op. cit.*, p. 151 et s., spéc. p. 164.

²³⁸¹ Sénat, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, n° 421, 25 juin 2008, p. 55 et s.

²³⁸² M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973.

²³⁸³ B. Mathieu, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, chron. p. 211.

Sous-section 2. L'accueil de la gestation pour autrui en droit étranger

826. La grande variété des règles applicables d'un pays à l'autre en matière de gestation pour autrui est nécessairement source d'incertitudes. Les personnes désireuses d'utiliser cette technique aux fins d'avoir un enfant qu'ils ne peuvent ou ne veulent avoir sont bien conscientes de cette disparité législative qui est en réalité le moteur du tourisme procréatif. Le droit applicable dans un État étranger est parfois difficilement appréhendable tant les sources en étant à l'origine - loi, jurisprudence, pratiques coutumières - peuvent varier. La question de la gestation pour autrui est un débat provoquant de vives réactions doctrinales et sociétales et a fait l'objet ces dernières années de nombreuses modifications allant dans le sens d'un libéralisme pour certains ou d'un renforcement de la répression pour d'autres. Qui plus est, à l'égard des couples de personnes de même sexe, la question pose des problématiques différentes et supplémentaires. Dans la mesure où la question ne touche pas une nécessité médicale, mais une simple convenance personnelle, certains États non réfractaires, par principe, à la gestation pour autrui en réservent le bénéfice aux couples hétérosexuels. Un autre élément primordial à prendre en compte réside dans le fait que certains pays n'ont pris aucune disposition légale relative à la gestation pour autrui. Dans cette situation, des éléments de réponse quant à leur position à l'égard de cette technique peuvent parfois être trouvés dans la jurisprudence et la pratique. Ainsi, afin d'appréhender au mieux cette diversité législative, il convient d'envisager dans un premier temps un aperçu des États prohibant la gestation pour autrui (Paragraphe 1) puis ceux tolérant ou autorisant cette même technique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les États prohibant la gestation pour autrui

827. À l'image de la France, de nombreux États dans le monde prohibent la gestation pour autrui. Les arguments avancés afin de justifier cette position sont similaires à ceux du droit français. Il s'agit, notamment, de l'atteinte à la dignité humaine, la marchandisation de l'enfant et la violation du principe d'indisponibilité du corps humain²³⁸⁴. Une majorité d'États européens s'est affranchie de dispositions législatives ou constitutionnelles afin de déclarer nul le contrat de gestation pour autrui. Afin de renforcer cette illicéité, la pratique est, en outre, sanctionnée pénalement (I). La situation est plus complexe dans les États où intervient une législation fédérale comme les États-Unis ou le Canada. En effet, dans la mesure où l'État fédéral n'a pas

²³⁸⁴ S. Portelli et C. Richard, *op. cit.*, p. 217.

nécessairement légiféré ou seulement partiellement afin de régler la question de la gestation pour autrui, les sanctions en sont d'autant plus variables (II).

I. Un contrat nul et une pratique pénalement sanctionnée dans une majorité d'États européens

828. En Allemagne²³⁸⁵, la loi sur la protection de l'embryon du 13 décembre 1990²³⁸⁶, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1991, interdit toute prestation médicale relative à la gestation pour autrui qui est d'ailleurs condamnée pénalement. Cependant, aucune sanction pénale n'est prévue à l'encontre de la mère porteuse et du couple demandeur. Le contrat de gestation pour autrui par lequel une femme se déclare prête à se faire féconder artificiellement ou naturellement, à se faire transférer ou à porter d'une autre manière un embryon qui n'est pas issu d'elle est immoral et encourt, donc, la nullité²³⁸⁷.

829. La Suisse²³⁸⁸ est le seul pays à avoir inscrit la prohibition de la gestation pour autrui dans sa Constitution. Ainsi, l'article 199 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 prévoit que « *le don d'embryon et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits* ». Cette prohibition est renforcée dans la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998²³⁸⁹. Par conséquent, toute convention de mère porteuse est nulle. Des sanctions pénales sont également prévues à l'égard des patriciens et des intermédiaires. En revanche, aucune n'existe envers les parents d'intention.

830. L'Espagne²³⁹⁰ interdit explicitement la gestation pour autrui et considère comme nul tout contrat entre la mère porteuse et les parents d'intention. La prohibition est posée par la loi du 26 mai 2006²³⁹¹, entrée en vigueur le 28 mai 2006 et avait été instituée par une loi du 22 novembre 1988²³⁹². L'article 10, alinéa 1 de la loi de 2006 dispose que « *sera nul de plein droit le contrat par lequel est convenue la gestation, à titre onéreux ou gratuit, d'une femme qui*

²³⁸⁵ V. pour une présentation détaillée : A. Spickhoff, « Allemagne », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, 2011, p. 27 et s.

²³⁸⁶ Allemagne, L. fédérale n° 745/90 du 13 déc. 1990 sur la protection des embryons, *B.G.B.I.*, n° 1, 1990, p. 2746.

²³⁸⁷ CIEC, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant Etats membres de la CIEC*, par F. Granet, févr. 2014, spéc. p. 4-6. Disponible sur : <http://www.ciec1.org>.

²³⁸⁸ V. pour une présentation détaillée : V. Boillet et E. De Luze, « Les effets de la gestation pour autrui à caractère international en Suisse: analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral », in V. Boillet, M. Roca i Escodet et E. De Luze (dir.), *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Anthemis, 2018, p. 143 et s.

²³⁸⁹ CIEC, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant Etats membres de la CIEC*, préc., p. 12.

²³⁹⁰ V. pour une présentation détaillée : M. Pérez Mongz, « Espagne », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 129 et s.

²³⁹¹ Espagne, L. n° 14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée, *BOE*, n° 126, 27 mai 2006, pp. 19947-19956.

²³⁹² Espagne, L. n° 35/1988 du 22 nov. 1988 relative aux procréations médicalement assistées, *BOE*, n° 284, 26 nov. 1988.

renoncera à la filiation maternelle en faveur du cocontractant ou d'un tiers ». Les articles 27 et 28 de la loi précitée sanctionnent pénalement les auteurs d'actes médicaux contrevenant à la prohibition, mais aucune sanction pénale n'est prévue à l'égard du ou des parents d'intention²³⁹³.

831. En Italie²³⁹⁴, la gestation pour autrui est explicitement interdite par la loi du 19 février 2004²³⁹⁵, entrée en vigueur le 10 mars 2004, qui indique que sont prohibées la pratique et l'organisation de toute forme de maternité de substitution, ainsi que toute publicité à cet effet. L'ensemble des participants aux diverses opérations liées à la gestation pour autrui, la mère porteuse et les parents commanditaires sont susceptibles de condamnations pénales. De plus, des sanctions disciplinaires sont prévues à l'égard des médecins²³⁹⁶. Il convient de noter que la gestation pour est également prohibée, implicitement, par la loi sur l'adoption qui prévoit une sanction pénale à l'égard de toute personne qui remettrait à un tiers un enfant en dehors des procédures officielles d'adoption²³⁹⁷.

832. Les États européens prohibant la gestation pour autrui ont eu le souci de légiférer afin d'éviter toutes dérives sur leur propre territoire. Ne pas laisser de place à la jurisprudence ou aux pratiques permet, *a priori*, d'éviter en amont les problèmes suscités par la gestation pour autrui, tout du moins dans l'État concerné. L'absence de vue d'ensemble dans les États fédérés américains et les provinces canadiennes rend leur position vis-à-vis de la gestation pour autrui bien plus difficile à cerner, car bien plus variée.

II. Une pratique aux sanctions variables aux États-Unis et au Canada

833. Les États-Unis et le Canada, en tant que fédération, présentent une particularité nouvelle dans la mesure où la question de la licéité de la gestation pour autrui n'est pas réglée au niveau fédéral. Ainsi, la position peut varier d'un État fédéré à l'autre. Or, les États-Unis comptent plus de cinquante États fédérés et le Canada, plus de dix provinces, autant d'entités adoptant une législation leur étant propre. Si le Canada a partiellement traité de la licéité de la gestation pour autrui (B), tel n'est pas le cas des États-Unis où l'absence de loi fédérale implique une législation propre à chaque État fédéré (A).

²³⁹³ CIEC, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant Etats membres de la CIEC*, préc., p. 7.

²³⁹⁴ V. pour une présentation détaillée : A. Miranda, « Italie », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 187 et s.

²³⁹⁵ Italie, L. n° 40 du 19 févr. 2004 relative aux règles en matière de procréation médicalement assistée, *Gazzetta Ufficiale*, n° 45, 24 févr. 2004.

²³⁹⁶ Sénat, *La gestation pour autrui*, Législation comparée, n° 182, 30 janv. 2008, p. 21.

²³⁹⁷ *Ibid.*

A. *L'absence de loi fédérale signe de l'autonomie législative aux États-Unis*

834. Aux États-Unis²³⁹⁸, la gestation pour autrui ne fait l'objet d'aucune loi fédérale. En effet, cette dernière n'intervient que pour réglementer la transplantation d'organes et imposer aux centres cliniques traitant de l'infertilité de publier un rapport annuel d'activité²³⁹⁹. Selon la jurisprudence fédérale, les actes relevant des techniques de reproduction artificielle font partie de la sphère privée et sont protégés constitutionnellement par le droit au respect de la vie privée²⁴⁰⁰. Ainsi, chaque État fédéré légifère et applique ses propres règles. De plus, seule une partie des États ont légiféré sur ce point et parmi eux, les dispositions sont très variées. Si certains privent seulement d'effet le contrat de gestation pour autrui, d'autres ont prévu des sanctions pénales tant à l'égard des patriciens, des intermédiaires, mais surtout, des parents d'intention et de la mère porteuse. En outre, pour d'autres, seule la convention de gestation pour autrui à titre onéreux est illicite. Il convient de procéder à un bref exposé des dispositions des différents États fédérés prohibant la gestation pour autrui afin de réaliser la disparité législative existante.

835. En Arizona, toutes les formes de gestation pour autrui sont illicites²⁴⁰¹ ; peu importe que celles-ci soient réalisées à titre gratuit ou onéreux, avec les gamètes de la mère porteuse ou celles du couple demandeur. Par conséquent, la loi prévoit que la mère porteuse est légalement la mère de l'enfant et une présomption de paternité pèse sur son mari. En définitive, même si l'enfant est lié génétiquement aux parents d'intention, ces derniers ne pourront voir leur lien de filiation reconnu.

836. Dans le Michigan, toute personne partie à un contrat de gestation pour autrui encourt une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans et une amende de 50 000 dollars²⁴⁰². Ces sanctions visent l'ensemble des personnes ayant participé au processus de gestation pour autrui, y compris donc les parents commanditaires et la mère porteuse. Les peines

²³⁹⁸ V. pour une présentation détaillée : J. Merchant, « Procréation et politique aux États-Unis : le cas de la gestation pour autrui », in G. David, R. Henrion, P. Jouannet, C. Bergoignan-Esper (dir.), *La gestation pour autrui*, Lavoisier, 2011, p. 213 et s. ; D. Lance et J. Merchant, « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, n° 2, 2016, pp. 231-247 ; J. Merchant, « Le cadre juridique et politique gouvernant la gestation pour autrui aux États-Unis », *Ethnologie française*, vol. 167, n° 3, 2017, pp. 421-424.

²³⁹⁹ S. Portelli et C. Richard, *op. cit.*, p. 219.

²⁴⁰⁰ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965 ; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973 cités par J. Merchant, « Le cadre juridique et politique gouvernant la gestation pour autrui aux États-Unis », art. préc.

²⁴⁰¹ F. G'ssell, « La grande variété des approches relatives à la maternité de substitution », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, *op. cit.*, p. 195 et s., spéc. p. 201.

²⁴⁰² State of Michigan, Surrogate Parenting Act, Act 199 of 1988.

sont également sévères dans le District of Columbia où l'amende peut aller jusqu'à 10 000 dollars et la réclusion jusqu'à un an²⁴⁰³.

837. L'État de New York répute les contrats de gestation pour autrui comme *void and unenforceable*, autrement dit nuls et non exécutoires, car contraires à l'ordre public²⁴⁰⁴. Les parents commanditaires sont susceptibles d'être condamnés à une amende civile de 500 dollars. De plus, des sanctions pénales sont prévues à l'égard des intermédiaires²⁴⁰⁵. Au contraire, dans le Nebraska, seuls les contrats donnant lieu à rémunération ou indemnisation sont illicites²⁴⁰⁶. Il est donc possible d'en déduire qu'un contrat de gestation pour autrui où seuls les frais liés à la grossesse sont remboursés est valable.

838. Malgré cette diversité législative apparente, certains États des États-Unis autorisant la gestation pour autrui²⁴⁰⁷, il s'agit de l'une des premières destinations des couples homosexuels « *compte tenu de l'ancienneté de cette pratique, de l'expérience des différents acteurs et de la sécurité juridique entourant désormais le processus* »²⁴⁰⁸. Une situation similaire, bien que plus encadrée au niveau fédéral, se retrouve au Canada et ses différentes provinces.

B. Une prohibition fédérale canadienne limitée aux contrats à titre onéreux

839. Au Canada²⁴⁰⁹, l'article 6 de la loi fédérale du 29 mars 2004 sur la procréation assistée²⁴¹⁰ interdit la gestation pour autrui à titre onéreux, ainsi que toute activité d'intermédiaire. En effet, son alinéa 1^{er} prévoit qu'il est interdit de « *rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser [une] rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution* ». En revanche, selon l'article 12 de la loi, la mère porteuse pourra être remboursée des frais liés à sa grossesse et indemnisée pour la perte de revenu de travail qu'elle subit au cours de sa grossesse²⁴¹¹. Les deux alinéas suivants traitent de l'interdiction de rémunération des intermédiaires. Selon l'article 60

²⁴⁰³ District of Columbia Code, 16-401 et 402.

²⁴⁰⁴ New York Domestic Relations Law, art. 8, § 22, Surrogate Parenting Contracts.

²⁴⁰⁵ F. G'ssell, « La grande variété des approches relatives à la maternité de substitution », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, op. cit., p. 195 et s., spéc. p. 201.

²⁴⁰⁶ Neb. Rev. Stat., § 25-21, 200 (2009).

²⁴⁰⁷ Cf. *infra* n° 847 et 858 et s.

²⁴⁰⁸ S. Portelli et C. Richard, op. cit., p. 219.

²⁴⁰⁹ V. pour une présentation détaillée : L. Langevin, « Canada », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 85 et s.

²⁴¹⁰ Canada, Loi sur la procréation assistée, L.C., 2004, ch. 2.

²⁴¹¹ N. Nord et D. Porcheron, « Gestation pour autrui, panorama de droit comparé », *AJ fam.*, 2018, p. 586 ; L. Langevin, « Canada », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 88.

de la loi de 2004, toute personne contrevenant à ces interdictions encourt une amende maximale de 500 000 dollars canadiens et un emprisonnement maximal de dix ans ou l'une de ces peines. En revanche, le comportement de la mère porteuse ne peut pas être criminalisé²⁴¹². Cette loi ne se prononce ni sur la validité du contrat de gestation pour autrui, ni sur la filiation qui relèvent donc de la compétence des provinces et territoires, mais pose seulement l'interdiction des conventions de mère porteuse à titre onéreux. Qui plus est, cette même loi autorise implicitement les contrats de gestation pour autrui à titre gratuit. En effet, l'article 6 de ladite loi dans ses alinéas suivants fixe l'âge minimal d'une mère porteuse à 21 ans et précise qu'il n'est pas porté « *atteinte, à la validité, en vertu du droit provincial, de toute entente aux termes de laquelle une personne accepte d'être mère porteuse* ». Ainsi, il appartient aux provinces de fixer leur propre règle sous réserve de la prohibition de la gestation pour autrui à titre onéreux. Rares sont celles ayant adopté des dispositions qui leur sont propres ce qui induit une situation juridique incertaine²⁴¹³.

840. Le Québec²⁴¹⁴ s'est doté d'une législation eu égard à la gestation pour autrui. L'article 541 du Code civil prévoit que « *toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue* ». Faute de précision supplémentaire, « *la généralité du texte conduit à l'appliquer indifféremment aux conventions à titre gratuit ou à titre onéreux* »²⁴¹⁵. Cependant, il n'y a aucune sanction civile ou pénale pour les intermédiaires²⁴¹⁶ de sorte qu'en pratique la gestation pour autrui y est tout de même pratiquée²⁴¹⁷. En effet, Madame le Professeur Louise Langevin note que la jurisprudence « *propose des interprétations très différentes de la portée de cette nullité* »²⁴¹⁸. Après analyse de plusieurs jugements, l'auteur conclut que « *la maternité de substitution, sans apport génétique de la mère porteuse, et à titre gratuit est permise au Québec* »²⁴¹⁹.

841. Au sein des États minoritaires ayant légiféré afin d'autoriser la gestation pour autrui, les questions relatives à la validité de la gestation pour autrui ont dû être strictement encadrées. Certains législateurs étrangers n'ont, au contraire, adopté aucune disposition relative à ce processus, signe de leur tolérance à l'égard de la gestation pour autrui.

²⁴¹² L. Langevin, « Canada », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 87.

²⁴¹³ Sénat, *La gestation pour autrui*, préc., p. 35.

²⁴¹⁴ V. notamment : M.-F. Bureau et E. Guilhermont, « Maternité, gestation et liberté : Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », *Revue de droit et santé de McGill*, 2011, vol. 4, n° 2, p. 45.

²⁴¹⁵ J. Térel, *Les figures de la maternité*, Thèse, Université de Bordeaux, 2016, p. 560, n° 626.

²⁴¹⁶ F. Monéger, « Rapport de synthèse », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, 2011, p. 9 et s., spéc. p. 17.

²⁴¹⁷ N. Nord et D. Porcheron, « Gestation pour autrui, panorama de droit comparé », art. préc.

²⁴¹⁸ L. Langevin, « Canada », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 90.

²⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 96.

Paragraphe 2. Les États tolérant ou autorisant la gestation pour autrui

842. Plusieurs systèmes juridiques n'ont pas consacré de normes spécifiques à la gestation pour autrui. La position de ces États est donc difficilement appréhendable. Des indices se trouvent dans la jurisprudence, mais cette dernière est, en réalité, si fluctuante qu'il est délicat d'en dégager une affirmation. Pour autant, dans plusieurs des États, vides de législation relative à la gestation pour autrui, des indices sérieux laissent à penser que celle-ci est en réalité tolérée dans le silence de la loi. D'autres États, au contraire, ne sont pas ou plus hostiles à la technique qu'est la gestation pour autrui et ont donc œuvré afin de prononcer la licéité de cette dernière par le biais de dispositions légales. La solution n'est pas nécessairement plus aisée étant donné que l'intégralité des conditions de validité entourant le processus doit être règlementée. Or, la place de la mère porteuse ainsi que de l'enfant à naître mérite une attention particulière afin d'assurer leur protection. En définitive, les États où la gestation pour autrui est pratiquée peuvent être scindés en deux grandes catégories : ceux tolérant la pratique (I) et ceux l'autorisant (II).

I. Une pratique tolérée dans le silence de la loi dans plusieurs États

843. En Europe, le silence du législateur a conduit la jurisprudence et la pratique médicale à tolérer la gestation pour autrui dans certains États. Pour autant, cette tolérance ne semble pas être totale, mais bien limitée par un facteur qui est celui de l'indication médicale (A). La position est bien différente aux États-Unis dans la mesure où la jurisprudence permet plus difficilement de dégager des critères de tolérance. Néanmoins, celui fondé sur un lien génétique semble être le précurseur (B).

A. Une tolérance limitée par des indications médicales en Europe

844. Aux Pays-Bas²⁴²⁰, la gestation pour autrui ne fait l'objet d'aucune disposition légale spécifique. Néanmoins, le Code pénal comporte des dispositions applicables à cette technique. Il sanctionne la gestation pour autrui à titre onéreux et les intermédiaires alors que les parents d'intention ne font l'objet d'aucune répression²⁴²¹. Ainsi, seule la gestation pour

²⁴²⁰ V. pour une présentation détaillée : M. J. Vonk, « Pays Bas - Maternity for another : a double dutch approach », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 205 et s.

²⁴²¹ CIEC, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant Etats membres de la CIEC*, préc., p. 11.

autrui à titre gratuit est tolérée dans cet État. À cette fin, le règlement du 1^{er} avril 1988 relatif à la fécondation *in vitro* modifiée le 10 février 2004 détermine explicitement les conditions dans lesquelles une femme peut bénéficier d'une fécondation *in vitro* en liaison avec une gestation pour autrui. Les conditions portent, notamment, sur l'âge et l'état de santé tant de la mère d'intention que de la mère porteuse. Cependant, la fécondation *in vitro* ne peut avoir lieu qu'avec les gamètes des deux parents d'intention, qu'ils soient mariés ou non²⁴²². En conséquence, les couples homosexuels masculins et les hommes célibataires sont exclus du bénéfice de la gestation pour autrui à titre gratuit aux Pays-Bas. En pratique, le droit médical reconnaît donc la gestation pour autrui altruiste, mais il n'existe pas de législation civile subséquente afin d'organiser le transfert des droits parentaux. À l'heure actuelle, seul un établissement d'Amsterdam est habilité à pratiquer la fécondation *in vitro* en lien avec une gestation pour autrui, et ce sous des conditions très strictes. De manière non exhaustive, les intéressés doivent avoir la nationalité néerlandaise, maîtriser la langue et résider aux Pays-Bas. De plus, ils doivent signer une convention écrite afin d'anticiper les problèmes pouvant survenir pendant la grossesse et après l'accouchement. Pour autant, le Code civil néerlandais ne reconnaît aucune valeur juridique à cette convention, compte tenu de la teneur de l'accord conclu, qui est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public²⁴²³.

845. En Belgique²⁴²⁴, la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes²⁴²⁵ est muette concernant la gestation pour autrui. Ainsi, cette technique n'est pas expressément prohibée par le législateur. Néanmoins, une majorité de la doctrine estime que le contrat de gestation pour autrui est contraire à l'article 6 du Code civil belge qui impose le respect de l'ordre public et à l'article 1128 du même Code qui exclut les conventions portant sur les choses hors commerce²⁴²⁶. Ainsi, le contrat de gestation pour autrui serait entaché de nullité²⁴²⁷. La position

²⁴²² F. G'ssell, « La grande variété des approches relatives à la maternité de substitution », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, op. cit., p. 195 et s., spéc. p. 203.

²⁴²³ Sénat, *La gestation pour autrui*, préc., p. 25.

²⁴²⁴ V. notamment : N. Massager, « Gestation pour autrui, uniparenté et coparentalité en droit belge », in N. Massager et N. Gallus (dir.), *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui – Regards croisés du droit et de la pratique médicale*, op. cit., p. 125 et s. ; J. Sosson et H. Malmanche, « Etat du droit belge en matière de procréation médicalement assistée et de gestation pour autrui », in S. Bernard et M. Farge (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, op. cit., p. 37 et s. ; N. Gallus, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », in G. Schamps et J. Sosson (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruylant, 2013, p. 185 et s. ; G. Willems, « La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif », *Annales de Droit de Louvain*, 2014, vol. 74, n° 1, p. 113.

²⁴²⁵ Belgique, L. du 6 juill. 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *Moniteur belge*, 17 juill. 2007.

²⁴²⁶ G. Willems, « La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif », art. préc.

²⁴²⁷ CIEC, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant Etats membres de la CIEC*, préc., p. 6.

de la jurisprudence est bien plus nuancée dans la mesure où il est possible de « *distinguer deux tendances qui répondent à des préoccupations opposées : d'une part, veiller au respect des articles 6, 1128 et 1131 du Code civil ; d'autre part, préserver l'intérêt de l'enfant conçu et né en de telles circonstances* »²⁴²⁸. En pratique, en l'absence de législation, la gestation pour autrui est pratiquée en Belgique²⁴²⁹, mais sans cadre juridique précis et n'est donc soumise au respect d'aucune condition. Néanmoins, il semble qu'elle soit conditionnée par de strictes indications médicales²⁴³⁰. Ainsi, il est possible de penser que les patriciens refusent une telle technique au profit de couples homosexuels masculins. L'accès à la gestation pour autrui est donc laissé à l'entière discrétion des centres médicaux. Un rapport sénatorial de 2008 relève qu'il n'existe aucune donnée chiffrée sur les gestations pour autrui sans fécondation *in vitro* se pratiquant sur la base de conventions dépourvues de valeur juridique. Cependant, plusieurs centres de procréation médicalement assistée réalisent des fécondations *in vitro* en liaison avec des gestations pour autrui²⁴³¹.

846. La gestation pour autrui se pratique en dehors de toute disposition légale aux Pays-Bas et en Belgique laissée à la seule bienveillance des patriciens. La présente situation n'est pas isolée et se retrouve également dans certains États des États-Unis où la jurisprudence a tranché les litiges relatifs à la gestation pour autrui en se fondant sur le critère du lien génétique.

B. Une tolérance guidée par le lien génétique dans certains États des États-Unis

847. Dans l'Ohio, la gestation pour autrui est autorisée dans le silence de loi, mais les conditions de validité ne sont pas identifiées. La jurisprudence a, néanmoins, apporté plusieurs précisions quant à l'importance du critère génétique. Ce dernier constitue le critère principal d'appréciation et relègue le contrat de gestation pour autrui au second plan.

L'affaire *Belsito contre Clarks*²⁴³² concernait un couple non marié qui ne pouvait avoir d'enfant. Un accord a été conclu avec la sœur de l'épouse qui a accepté de porter l'enfant biologique du couple. Le couple a saisi le juge afin que soit constaté le lien de filiation en faveur

²⁴²⁸ CIEC, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant Etats membres de la CIEC*, préc., p. 6. Madame le Professeur Frédérique Granet expose une série de décisions rendues par les juridictions belges tantôt favorables à l'adoption d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui, tantôt défavorables.

²⁴²⁹ G. Schamps, « Les incidences de la biomédecine sur la parenté : le hiatus entre les actes liés à la procréation médicalement assistée et l'établissement de la filiation en droit belge », *op. cit.*, p. 55 et s., spéc. p. 73 ; G. Willems, « La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif », art. préc.

²⁴³⁰ E. Dos Reis, « La maternité de substitution », in H. Fulchiron et J. Sosson (dir.), *Parenté Filiation Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brulant, 2013, p. 169 et s., spéc. p. 185.

²⁴³¹ Sénat, *La gestation pour autrui*, préc., p. 13.

²⁴³² *Belsito c./ Clark*, 644 N.E.Rep.2d 760 (Ohio C.C.P. 1994).

de la femme. En effet, le couple n'étant pas marié, l'enfant était réputé être celui du père et de la mère porteuse. Les juges de l'Ohio ont fait droit à la demande en insistant sur le lien génétique dans la mesure où l'enfant avait un lien génétique avec les deux parents d'intention. Il convient de noter l'importance accordée par les juges au critère génétique. Il est possible de penser que la solution aurait été différente si la mère d'intention n'avait pas eu de lien génétique avec l'enfant²⁴³³.

De même, dans l'affaire *Decker contre Decker*²⁴³⁴, les juridictions américaines se sont fondées sur le critère du lien génétique. Il s'agissait d'un couple homosexuel ayant conclu un accord oral avec la sœur de l'un d'eux afin que celle-ci soit inséminée par un donneur anonyme. La Cour de l'Ohio a confié les droits parentaux à la mère porteuse en soulignant que cette dernière avait un lien génétique avec l'enfant contrairement aux parents d'intention. Ainsi, il est clairement affirmé que le lien génétique surplombe le contrat de gestation pour autrui qui ne doit être envisagé que subsidiairement.

848. Si la gestation pour autrui se développe sans cadre légal dans certains États, d'autres ont adopté une législation y étant relative afin d'autoriser et encadrer la pratique.

II. Une pratique autorisée et encadrée dans une minorité d'États

849. Les pays ayant adopté une législation afin d'autoriser la gestation pour autrui ont nécessairement dû en fixer les conditions d'accès et de validité. Les États européens favorables à cette technique ont pris le soin d'y encadrer le recours de manière stricte dans le souci de protéger les différents protagonistes intervenant dans le processus, notamment la mère porteuse et l'enfant à naître (A). Pour autant, dans le reste du monde, la technique a pu se développer avec un contrôle étatique moins présent ce qui a entraîné l'adoption de législations récentes afin d'éviter tout abus. Alors que d'autres États, à l'image des États européens, ont œuvré afin d'adopter une législation propre à autoriser, mais également encadrer le recours à la gestation pour autrui (B).

A. L'autorisation légale conditionnée en Europe

850. Une minorité d'États européens ont autorisé et encadré légalement la gestation pour autrui et ont, ainsi, fixé les conditions dans lesquelles une telle pratique est admise. Si certains

²⁴³³ F. G'ssell, « La grande variété des approches relatives à la maternité de substitution », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, op. cit., p. 195 et s., spéc. p. 214.

²⁴³⁴ *Decker c./ Decker*, 2001 Ohio App. LEXIS 4389 (Ohio Ct. App. 2001).

ont adopté une attitude plutôt libérale en ouvrant la technique aux couples homosexuels sous conditions (1), d'autres ont restreint son bénéfice aux couples hétérosexuels (2).

1. Les cadres libéraux : une technique ouverte aux couples homosexuels sous conditions

851. Au Portugal, la gestation pour autrui est autorisée depuis la loi du 22 août 2016. Le législateur portugais définit la gestation pour autrui comme « *une situation par laquelle une femme est disposée à mener une grossesse pour le compte d'autrui et à remettre l'enfant après l'accouchement, en renonçant aux droits et aux devoirs propres de la maternité* »²⁴³⁵. Elle est ouverte aux couples hétérosexuels, mais également aux couples de femmes. Plusieurs conditions sont nécessaires afin de pouvoir recourir à la technique : la femme doit souffrir d'un dysfonctionnement ou d'une absence d'utérus empêchant la grossesse de manière absolue et définitive, l'absence de rémunération et l'absence de recours aux ovocytes de la gestatrice. De plus, une autorisation préalable du Conseil national de procréation médicalement assistée est requise. Dans une décision n° 225/2018 rendue le 24 avril 2018, l'Assemblée plénière du Tribunal constitutionnel était appelée à se prononcer sur la conformité à la Constitution de la loi du 22 août 2016. Elle a estimé que « *l'acte juridique qui a pour objet l'utilisation temporaire du corps d'un être humain (la femme enceinte) pour en générer un autre n'est pas, par principe, considéré comme incompatible avec la dignité de la personne humaine* »²⁴³⁶. Ainsi, la gestation pour autrui en elle-même n'a pas été jugée inconstitutionnelle. Cependant, certains aspects du régime juridique concret susceptibles de porter gravement atteinte aux principes et droits fondamentaux consacrés par la Constitution sont déclarés inconstitutionnels. Il s'agit, notamment, de « *l'indétermination excessive de la loi s'agissant des limites opposables à l'autonomie des parties au contrat de GPA et aux restrictions comportementales susceptibles d'être imposées à la mère porteuse* », de « *l'absence de cadre juridique suffisamment précis [qui] entraverait la faculté des parties au contrat de déterminer la conduite à adopter et celle du Conseil national de la PMA de définir les critères d'autorisation préalable à la conclusion du contrat* » et de la « *limitation de la possibilité de retrait du consentement de la mère porteuse dès l'instant où se trouvent initiées les procédures thérapeutiques de PMA* »²⁴³⁷. Par souci de sécurité juridique et afin de sauvegarder les contrats de gestation pour autrui autorisés par le Conseil national de la procréation médicalement assistée, le Tribunal a décidé que « *les*

²⁴³⁵ M. Egídio Mariana, D. Connil, et D. Löhrer. « Droit constitutionnel étranger : Portugal », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 117, n° 1, 2019, pp. 229-246.

²⁴³⁶ M. Canotilho, D. Connil, D. Löhrer et M. Nogueira de Brito, « Portugal », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 34-2018, 2019, pp. 1019-1044, spéc. p. 1022.

²⁴³⁷ M. Egídio Mariana, D. Connil, et D. Löhrer. « Droit constitutionnel étranger : Portugal », art. préc.

déclarations d'inconstitutionnalité prononcées ne trouveront pas à s'appliquer aux situations juridiques déjà constituées »²⁴³⁸.

852. Au Royaume-Uni²⁴³⁹, le cadre réglementaire est fixé par l'*Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 et le *Surrogacy Arrangements Act* de 1985. L'article 1 A du *Surrogacy Arrangements Act* pose le principe selon lequel « aucun contrat de mère par substitution - fût-ce à titre gratuit - ne peut donner lieu à une exécution forcée dans l'hypothèse d'un conflit entre les parties »²⁴⁴⁰. Ainsi, le contrat de gestation pour autrui n'est pas nul, mais son exécution ne peut pas être imposée par les juges à défaut d'accord entre les parties. La législation anglaise prévoit que le couple commanditaire peut saisir un juge afin d'obtenir un *parental order* dans les six mois après la naissance de l'enfant. Le *parental order* s'apparente à une adoption dans la mesure où le couple est « traité » comme les parents de l'enfant et où le lien de filiation à l'égard de la mère porteuse cesse²⁴⁴¹. L'article 54 du *Human Fertilisation and Embryology Act* énonce les règles guidant cette procédure. Celle-ci est réservée aux couples mariés, liés par un partenariat civil ou en concubinage stable de même sexe ou de sexe différent. Sont, ainsi, exclues les personnes célibataires. La technique est guidée par une absence de rémunération, mais le remboursement des frais raisonnablement engagés par la mère porteuse est autorisé. L'embryon doit avoir été conçu avec les gamètes de l'un au moins des deux parents d'intention, puis avoir été implanté dans l'utérus d'une mère porteuse qui s'est engagée à assumer la gestation. Autrement dit, « la fécondation de la mère porteuse doit avoir été médicalement supervisée dans le cadre d'une institution agréée »²⁴⁴². De plus, l'un au moins des deux parents d'intention doit être domicilié au Royaume-Uni, dans les îles anglo-normandes ou sur l'île de Man²⁴⁴³. Cependant, des conflits peuvent survenir lorsque les parties sont en désaccord ou en l'absence d'une ou plusieurs conditions exigées afin d'obtenir un *parental order*. En ces hypothèses, « le juge devra décider qui, de la mère porteuse ou du couple, aura la charge de l'enfant [...] en fonction de ce qui lui apparaît être l'intérêt supérieur de l'enfant »²⁴⁴⁴. Or, dans

²⁴³⁸ M. Egidio Mariana, D. Connil, et D. Löhner. « Droit constitutionnel étranger : Portugal », art. préc.

²⁴³⁹ V. pour une présentation détaillée : E. Steiner, « Angleterre - Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 39 et s. ; K. Parizer-Krief, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RID comp.*, 2011, vol. 63, n° 3, pp. 645-659.

²⁴⁴⁰ E. Steiner, « Angleterre - Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 41.

²⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 42.

²⁴⁴² *Ibid.*, p. 43.

²⁴⁴³ N. Nord et D. Porcheron, « Gestation pour autrui, panorama de droit comparé », art. préc.

²⁴⁴⁴ E. Steiner, « Angleterre - Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 43.

la cadre d'une gestation pour autrui, l'article 33 du *Human Fertilisation and Embryology Act* prévoit que la mère porteuse est toujours la mère de l'enfant même si elle n'en est pas la mère génétique ; si celle-ci est mariée, le père de l'enfant sera son mari sauf à prouver qu'il s'est opposé à la gestation pour autrui. En revanche, si la mère porteuse n'est pas mariée, le père intentionnel biologique peut reconnaître l'enfant. La mère, et le cas échéant son mari, doit consentir de manière libre et éclairée au transfert des droits parentaux au couple commanditaire et bénéficie donc « d'un véritable droit de véto »²⁴⁴⁵. En effet, selon la loi, « le juge ne pourra passer outre un refus même abusif et même contraire à l'intérêt de l'enfant »²⁴⁴⁶. En réalité, la jurisprudence anglaise vient tempérer la rigueur de la loi par la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans une espèce concernant un couple de femmes ayant eu recours à une gestation pour autrui avec contrepartie financière, le juge, constatant que le contrat de gestation pour autrui a été exécuté volontairement et que l'enfant réside au foyer des requérantes, peut accorder un *parental order* ou l'adoption au couple commanditaire²⁴⁴⁷. En définitive, comme le souligne Madame Eva Steiner, « si l'intérêt supérieur de l'enfant est une donnée non négligeable [...], il n'en reste pas moins que les règles de droit relatives à la filiation sont [...] quelque peu malmenées par des juges certes bien intentionnés mais qui par leur jurisprudence rendent la matière bien incertaine sur le plan juridique »²⁴⁴⁸.

853. Le Portugal et le Royaume-Uni constituent certainement deux des États les plus libéraux en matière de gestation pour autrui en l'autorisant, sous conditions, au profit des couples de personnes de même sexe. Si la Grèce n'est pas réfractaire à l'idée de la gestation pour autrui en elle-même, les conditions d'accès sont restreintes.

2. Un cadre restreint : une technique réservée aux couples hétérosexuels

854. En Grèce²⁴⁴⁹, la gestation pour autrui a été autorisée par une loi du 19 décembre 2002²⁴⁵⁰ complétée par une loi du 27 janvier 2005²⁴⁵¹. Une autorisation préalable délivrée par

²⁴⁴⁵ E. Steiner, « Angleterre - Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 44.

²⁴⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁴⁷ V. par exemple : Re H (A Minor) (S. 37 Direction) [1993] 2 FLR 541 cité par E. Steiner, « Angleterre - Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 45.

²⁴⁴⁸ E. Steiner, « Angleterre - Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 46.

²⁴⁴⁹ V. pour une présentation détaillée : A. C. Papachristos, « Grèce – Le don d'utérus et le droit hellénique », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 169 et s.

²⁴⁵⁰ Grèce, L. n° 3089/2002, 19 déc. 2002, portant sur l'assistance médicale à la procréation humaine.

²⁴⁵¹ Grèce, L. n° 3305/2005, 27 janv. 2005, sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée.

le juge est requise ; elle n'est donnée que si les parents d'intention et la mère porteuse ont conclu un accord écrit. Ainsi, « *un contrat doit être conclu entre les personnes qui désirent acquérir un enfant et la femme qui assume la tâche de la grossesse ainsi que son conjoint, si elle est mariée* »²⁴⁵². Aucune rémunération ne doit être allouée à la mère porteuse ; seuls le remboursement des frais de grossesse et d'accouchement et, éventuellement, le versement d'une indemnité correspondant aux salaires perdus par la mère porteuse durant la grossesse sont admis. Le plafond de cette indemnité est fixé à la somme de 10 000 euros²⁴⁵³. En outre, la loi précise que la mère porteuse ne doit avoir aucun lien génétique avec l'enfant qu'elle porte. Par conséquent, « *les ovules inséminés proviennent soit de la femme qui désire acquérir un enfant, soit d'une autre femme, mais non de la mère porteuse* »²⁴⁵⁴.

De plus, les parents d'intention doivent remplir les conditions générales relatives aux techniques d'assistance médicale à la procréation. Ainsi, cette technique n'est admise que pour faire face à l'impossibilité de procréation naturelle ou pour éviter la transmission à l'enfant d'une maladie grave. Plus spécifiquement, il doit être prouvé que la gestation est médicalement impossible pour la femme qui désire avoir un enfant et que la femme qui se prête à la gestation y est apte, au vu de son état de santé²⁴⁵⁵. Par conséquent, les couples homosexuels masculins et les hommes célibataires ne peuvent bénéficier d'une gestation pour autrui en Grèce. Seuls les couples hétérosexuels mariés ou vivant en union libre et les femmes célibataires peuvent y avoir recours. En cas de non-respect de la loi, des sanctions pénales sont prévues en l'encontre des praticiens et des intermédiaires.

À l'origine, il était prévu que la mère intentionnelle et la mère porteuse devaient résider à titre permanent en Grèce afin d'éviter le tourisme procréatif. Cependant, une loi n° 4272/2014 de 2014 est venue modifier cette disposition. Désormais, il est seulement exigé que la mère porteuse ou la mère d'intention résident de manière permanente ou temporaire en Grèce²⁴⁵⁶, et ce sans définir aucune durée minimale de séjour.

855. La loi prévoit que l'enfant né d'une mère porteuse a automatiquement comme mère la femme qui a obtenu l'autorisation du juge. Néanmoins, si en dépit de la loi, les ovules

²⁴⁵² A. C. Papachristos, « Grèce - Le don d'utérus et le droit hellénique », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood, op. cit.*, p. 170.

²⁴⁵³ *Ibid.*

²⁴⁵⁴ *Ibid.*

²⁴⁵⁵ CIEC, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant Etats membres de la CIEC*, préc., p. 13.

²⁴⁵⁶ F. G'ssell, « La légalisation de la maternité pour autrui à l'étranger : exemples de droit comparé », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 7 | -1, 93-111.

proviennent de la mère porteuse, cette dernière et la femme commanditaire peuvent contester la filiation. Si cette action est admise, la mère sera rétroactivement la femme porteuse²⁴⁵⁷.

856. Si les États européens sont, à l'image de la France, de manière générale hostile à la technique qu'est la gestation pour autrui ou plus particulièrement lorsqu'elle est demandée par un couple de personnes de même sexe, la situation est parfois différente dans le reste du monde.

B. L'autorisation légale disparate dans le reste du monde

857. Dans la mesure où la question de la gestation pour autrui n'est pas règlementée au niveau fédéral aux États-Unis, chaque État fédéré est libre de légiférer ou non en la matière. Parmi, ceux ayant adopté des dispositions relatives à ce processus, il est impossible de dégager une vue d'ensemble tant les conditions de validité sont variables (1). Si les États-Unis sont une des destinations favorites des personnes désireuses de recourir à une gestation pour autrui, le coût financier important qu'elle implique dans ces pays fait parfois échec à ce souhait. La solution de substitution est alors de se tourner vers des États proposant des garanties similaires à moindre coût. Néanmoins, il s'en suit un très fort tourisme procréatif dans les États libéraux concernés qui ont donc œuvré législativement afin de remédier à cette situation (2).

1. Des conditions de validité nettement variables aux États-Unis

858. Le contrat de gestation pour autrui est valable dans plusieurs États américains, mais les conditions générales en fixant la validité sont très variables. De nombreuses lois exigent expressément que les parents d'intention soient mariés et hétérosexuels ; les célibataires et les couples homosexuels sont, donc, exclus du bénéfice de la gestation pour autrui (a). Pour autant, la Californie fait figure d'exception. Si la position de cet État eu égard à la gestation pour autrui est essentiellement jurisprudentielle et fondée sur le critère de l'intention, le législateur est finalement intervenu en prévoyant des conditions plutôt libérales (b).

a. Une nette faveur à l'égard des couples hétérosexuels

859. La Floride²⁴⁵⁸ réserve la technique au profit des seuls couples mariés âgés d'au moins 18 ans dont la femme est dans l'incapacité d'avoir un enfant. La Floride autorise la

²⁴⁵⁷ A. C. Papachristos, « Grèce – Le don d'utérus et le droit hellénique », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, op. cit., p. 171.

²⁴⁵⁸ Florida Statue, § 63.112 et § 742.11-16, (2009). V. pour une présentation détaillée : F. G'sell, « La grande variété des approches relatives à la maternité de substitution », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, op.

gestation pour autrui même si la mère porteuse a un lien génétique avec l'enfant conçu. En contrepartie, la conclusion de la convention est encadrée dans des conditions très strictes. De plus, la gestation pour autrui ne peut donner lieu à aucune rémunération excepté le remboursement des frais liés à la grossesse.

860. La législation adoptée dans l'Utah²⁴⁵⁹ est similaire à la précédente quant au couple bénéficiaire de la gestation pour autrui. En effet, il ne peut s'agir que d'un couple hétérosexuel marié dont la mère d'intention prouve qu'elle ne peut porter un enfant. De plus, au moins l'un des deux parents doit être lié génétiquement à l'enfant. Contrairement à la Floride, seule la gestation pour autrui où la mère porteuse n'a aucun lien génétique avec l'enfant est autorisée. Quant à la rémunération, elle doit s'effectuer de manière raisonnable autrement dit couvrir les frais afférents à la grossesse et aux jours de travail manqués.

861. En Virginie, les parents d'intention doivent démontrer l'impossibilité, pour la femme, d'avoir un enfant parce qu'elle est stérile ou parce que porter un enfant générerait un risque important pour elle ou pour le fœtus. Ainsi, la gestation pour autrui semble être réservée aux seuls couples hétérosexuels.

862. À l'inverse, dans le New Hampshire, le mariage entre personnes de même sexe est autorisé. Ainsi, l'adoption et le recours à l'assistance médicale à la procréation leur sont ouverts. La législation fixe des règles strictes encadrant le recours à la gestation pour autrui, mais l'accorde au profit des couples homosexuels. Le couple demandeur doit nécessairement être marié et tant ce dernier, que la mère porteuse doivent être résidents de l'État depuis au moins six mois. De plus, lorsque la gestation pour autrui est demandée par un couple hétérosexuel, la mère d'intention doit être dans l'incapacité de porter un enfant. Il est indispensable qu'au moins l'un des parents d'intention soit lié génétiquement à l'enfant. Enfin, le contrat doit être approuvé par un juge. Quant à la rémunération de la mère porteuse, elle est interdite au-delà des frais engendrés par la grossesse²⁴⁶⁰. Une situation similaire existe dans l'État de Washington où le mariage entre personnes de même sexe est également autorisé²⁴⁶¹.

cit., p. 195 et s., spéc. p. 206 et s. ; J. Merchant, « AMP et gestation pour autrui aux États-Unis, éléments d'analyse », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, *op. cit.*, p. 129 et s., spéc. p. 136-137.

²⁴⁵⁹ Utah Code Ann., § 78-45g-801 to -809, (2007). V. J. Merchant, « AMP et gestation pour autrui aux États-Unis, éléments d'analyse », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, *op. cit.*, p. 129 et s., spéc. pp. 137-138.

²⁴⁶⁰ J. Merchant, « AMP et gestation pour autrui aux États-Unis, éléments d'analyse », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, *op. cit.*, p. 129 et s., spéc. p. 139.

²⁴⁶¹ *Ibid.*

863. L'État de Californie a également adopté des dispositions législatives afin d'autoriser la gestation pour autrui. Néanmoins, un important travail jurisprudentiel a précédé mettant en avant un critère déterminant fondé sur l'intention.

b. La construction jurisprudentielle californienne fondée sur l'intention

864. Dans certains États, comme la Californie, un important travail jurisprudentiel a précédé l'adoption de dispositions légales. C'est ainsi que la Cour suprême de Californie a jugé la gestation pour autrui licite dans la décision *Johnson contre Calvert*²⁴⁶² de 1993. La Cour a fondé sa décision sur le *California Uniform Parentage* et a déduit que tant la gestation que le lien génétique peuvent donner lieu à une présomption de maternité²⁴⁶³. Or, la Cour suprême a opté, afin de fonder la filiation, pour le critère de l'intention. Il s'agissait de « *privilégier la femme qui avait eu, depuis l'origine, l'intention de procréer et d'élever l'enfant* »²⁴⁶⁴. Par conséquent, se plaçant au moment de la conception, la Cour a considéré qu'à ce stade, seule la mère biologique avait l'intention d'être la mère de l'enfant et lui a reconnu la qualité de mère légale. De plus, les tribunaux ont progressivement admis que les parents d'intention peuvent, s'ils sont les parents génétiques de l'enfant à naître, obtenir avant la naissance une décision judiciaire leur attribuant la filiation²⁴⁶⁵.

865. Cette construction jurisprudentielle s'est, finalement, achevée par l'adoption le 23 septembre 2012 du *California Assembly Bill* n° 1217, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013 et modifiant le Code de la famille. Ce texte consacre la validité de la gestation pour autrui dans laquelle la mère porteuse n'a pas de lien génétique avec l'enfant à naître. Aucune condition relative aux parents d'intention et à la mère porteuse n'est légalement prévue de sorte que la gestation pour autrui semble ouverte tant aux couples hétérosexuels qu'homosexuels²⁴⁶⁶ ainsi qu'aux célibataires. Seule une indemnisation est autorisée au profit de la mère porteuse, mais la loi ne fixe pas de limite dans le montant de celle-ci « *ce qui signifie que, de facto, la GPA à titre onéreux est tolérée* »²⁴⁶⁷.

²⁴⁶² Californie, *Johnson contre Calvert*, Cal. Sup. Ct., 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776 (1993).

²⁴⁶³ G. Willems, « La maternité de substitution », in H. Fulchiron et J. Sosson (dir.), *Parenté Filiation Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013, p. 206.

²⁴⁶⁴ F. G'ssell, « La grande variété des approches relatives à la maternité de substitution », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, op. cit., p. 195 et s., spéc. p. 213.

²⁴⁶⁵ Sénat, *La gestation pour autrui*, préc., p. 38.

²⁴⁶⁶ F. G'ssell, « La légalisation de la maternité pour autrui à l'étranger : exemples de droit comparé », art. préc., spéc. n° 31.

²⁴⁶⁷ *Ibid.*

866. Parmi les États les plus libéraux en matière de gestation pour autrui devenus les destinations de prédilection des couples - notamment homosexuels - en attente d'une gestation pour autrui dans la mesure où les conditions d'accès étaient minimales voire inexistantes, certains ont récemment durci leur législation afin de justement lutter contre le phénomène qu'est le tourisme procréatif et dans une certaine mesure le trafic d'enfants.

2. L'évolution législative restrictive des États initialement libéraux

867. En Inde²⁴⁶⁸, la gestation pour autrui a été légalisée en 2002 ce qui a conduit cet État à devenir l'un des pays les plus convoités par les étrangers afin d'obtenir ce qu'ils ne pouvaient avoir dans leur État d'origine. L'un des facteurs expliquant l'énorme convoitise pour cette destination est le coût de la gestation pour autrui qui est inférieur à celui se pratiquant aux États-Unis. L'État indien ne posait, à ce stade, aucune limite quant aux personnes pouvant bénéficier de la technique : résidents comme étrangers et couples hétérosexuels comme personne célibataire et couples homosexuels pouvaient y accéder. Conscient de cette législation très libérale, l'État indien a progressivement restreint l'accès à la gestation pour autrui sur son territoire à partir de 2012. Il convient de noter que, jusqu'en 2016, cette progression n'a pas abouti sur une loi. Il s'agissait uniquement de propositions rédigées par le Conseil indien de la recherche médicale et de notes de cabinet qui accompagnent ces propositions²⁴⁶⁹. Tout d'abord, la gestation pour autrui a été fermée à l'égard des couples homosexuels et des célibataires. Ensuite, en 2015, une nouveauté est intervenue concernant les étrangers. Seuls ceux provenant de pays où la gestation pour autrui est légale pouvaient bénéficier d'une telle pratique en Inde. En tout état de cause, le couple demandeur doit être marié depuis au moins deux ans. Finalement, en août 2016, le gouvernement a approuvé un projet de loi prenant note des propositions précédentes en les renforçant. Désormais, la gestation pour autrui est interdite à tout étranger, peu importe l'État dont il est ressortissant et elle est réservée aux seuls couples indiens mariés qui ne peuvent avoir d'enfants pour des raisons médicales. En outre, la gestation pour autrui ne peut avoir lieu à titre onéreux et la mère porteuse doit être issue de la même famille que le couple demandeur²⁴⁷⁰. En définitive, face au tourisme procréatif grandissant, le législateur indien a pris le parti de freiner ce mouvement en restreignant l'accès à la gestation

²⁴⁶⁸ V. notamment : V. Rozée, S. Unisa, et E. de La Rochebrochard, « La gestation pour autrui en Inde », *Population & Sociétés*, 2016, vol. 537, n° 9, p. 1 ; V. Rozée, « La gestation pour autrui en Inde », *Journal des anthropologues*, n° 148-149, 2017, p. 253.

²⁴⁶⁹ V. Rozée, « La gestation pour autrui en Inde », art. préc.

²⁴⁷⁰ S. Portelli et C. Richard, *op. cit.*, p. 234.

pour autrui aux seuls couples indiens hétérosexuels ne pouvant avoir d'enfant pour des raisons d'ordre médical.

868. Une situation similaire se retrouve en Thaïlande. Cet État, réputé pour le faible coût de la gestation pour autrui et l'absence de conditions afin de bénéficier de la technique, était également fortement marqué par le tourisme procréatif. À l'image de la progression législative indienne, le gouvernement thaïlandais a adopté, le 19 février 2015, une loi restreignant le bénéfice de la gestation pour autrui aux couples hétérosexuels mariés depuis au moins trois ans dont au moins l'un des membres est de nationalité thaïlandaise. En outre, les demandeurs doivent démontrer leur incapacité médicale à avoir un enfant. Afin d'assurer l'effectivité de ces mesures, il est prévu une peine pouvant aller jusqu'à dix d'emprisonnement pour tout étranger ayant recours illégalement à une mère porteuse thaïlandaise²⁴⁷¹. Là encore, les couples homosexuels sont exclus du bénéfice de gestation pour autrui qui ne peut intervenir que pour raisons médicales.

869. À la suite de l'interdiction de la gestation pour autrui à l'égard des couples de personnes de même sexe et, plus généralement, des étrangers en Inde et en Thaïlande, les personnes désireuses de recourir à ce processus se sont tournées vers le Cambodge. Cet État présente le même profil - absence de réglementation et faible coût financier - que les deux précédents à l'époque où aucune condition spécifique n'était établie afin d'accéder à la gestation pour autrui. C'est, ainsi, qu'en 2016, le ministère de la Santé a décidé de prohiber la gestation pour autrui et a informé qu'une loi était en préparation pour officialiser cette interdiction. Il convient de noter que la solution cambodgienne est plus radicale, en ce qu'elle interdit purement toute forme de gestation pour autrui, que les deux précédentes qui n'ont pas fait que restreindre les conditions d'accès et prévoir les modalités de validité.

870. Enfin, au Mexique, l'État de Tabasco était une destination privilégiée pour les couples homosexuels étrangers dans la mesure où la gestation pour autrui leur était autorisée et ce à moindre coût. Là encore, la législation a été modifiée afin de réduire le tourisme procréatif. L'article 380 *bis* du Code civil de l'État de Tabasco a été modifié le 14 décembre 2015 restreignant désormais le bénéfice de la gestation pour autrui aux citoyens mexicains. Plus exactement, aux couples hétérosexuels infertiles ou stériles²⁴⁷². À nouveau, les couples homosexuels sont exclus du bénéfice de la technique.

²⁴⁷¹ S. Portelli et C. Richard, *op. cit.*, p. 232.

²⁴⁷² N. Nord et D. Porcheron, « Gestation pour autrui, panorama de droit comparé », art. préc.

871. La question de la gestation pour autrui a nécessairement une dimension internationale en ce qu'elle est d'une part, prohibée en France et d'autre part, autorisée dans des États étrangers. C'est justement cette diversité qui est le facteur prépondérant du développement du tourisme procréatif. Ce qui est interdit en France étant autorisé ailleurs, les personnes désireuses n'hésitent pas à se rendre à l'étranger afin d'obtenir ce qu'elles souhaitent. Cette dimension au-delà des frontières françaises implique nécessairement d'appliquer les règles de droit international privé français afin de régler les questions délicates se posant. La difficulté va alors résider dans la manière dont vont être reçues en France les gestations pour autrui pratiquées sur un territoire étranger.

Section 2. La réception en France des actes de naissance étrangers

872. Interdite par l'article 16-7 du Code civil, mais autorisée par plusieurs législations étrangères, la gestation pour autrui entraîne un fort tourisme procréatif. Le contentieux relatif à ce dernier a pris de l'ampleur ces dernières années. Des couples hétérosexuels, homosexuels masculins ou des célibataires de nationalité française ou résidant en France se rendent à l'étranger afin de contourner la prohibition posée par le droit français et bénéficier du processus de gestation pour autrui dans un État étranger. À leur retour en France, les intéressés demandent la transcription des actes de naissance, établis dans le pays de naissance de l'enfant en vertu des dispositions existant dans l'État en question, sur les registres de l'état civil français. La position de la jurisprudence française a nettement évolué. Ainsi, le refus initial de transcription de l'acte de naissance étranger (Sous-section 1) a précédé l'autorisation sous conditions de cette même transcription (Sous-section 2).

Sous-section 1. Le refus initial de la transcription de l'acte de naissance étranger

873. La jurisprudence française a, dans un premier, refusé la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance délivrés à la suite d'une gestation pour autrui valablement conclue à l'étranger. Il s'agissait, en l'espèce, de couples hétérosexuels, mais une étude globale du couple homoparental en droit international privé ne peut se concevoir sans évoquer les différentes étapes jurisprudentielles relatives à la gestation pour autrui. Afin de justifier ce refus, la Cour de cassation a appliqué plusieurs mécanismes de droit international privé (Paragraphe 1). Cependant, la France a été condamnée pour violation du droit au respect de la vie privée de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'Homme (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les justifications du refus de transcription

874. Par trois célèbres arrêts en date du 6 avril 2011²⁴⁷³, confirmés par ceux du 13 septembre 2013²⁴⁷⁴, la Cour de cassation a systématiquement refusé toute possibilité de transcription sur les registres de l'état civil français d'actes de naissance délivrés à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui. La conséquence ultime de cette position est l'impossibilité de tout établissement de la filiation d'un enfant né à l'étranger à la suite d'une convention de mère porteuse en raison de l'illicéité originare de la situation. Il est intéressant de se concentrer sur les fondements utilisés par la Cour de cassation afin d'opposer un refus de transcription. Tout d'abord, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français²⁴⁷⁵, ce refus a ensuite été justifié par la fraude à la loi²⁴⁷⁶. Si le premier de ces fondements a pour objectif de défendre les principes essentiels de l'ordre juridique français, le second présente un pouvoir de sanction plus important dans la mesure où la fraude corrompt tout. Sera donc envisagée la position de la Cour de cassation quant à la réception en France des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger et les conséquences y étant attachées. Une approche chronologique semble indispensable afin de saisir le sens de ce changement de fondement. Ainsi, le recours à l'exception d'ordre public international (I) précèdera celui à la fraude à la loi (II).

I. Le recours à l'exception d'ordre public international

875. En vertu de l'article 16-9 du Code civil, la prohibition de la gestation pour autrui en droit français est d'ordre public. Pour autant, cette seule disposition ne permet pas de ranger cette interdiction au sein de l'ordre public international français. À cette fin, il convient de s'intéresser à l'un des fondements de celle-ci. Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes revêtant le caractère de principe essentiel du droit français, le rayonnement international de la prohibition française a trouvé sa place et sa contrariété à l'ordre public international français a été reconnue en jurisprudence faisant échec à la transcription sur les registres de l'état civil français d'actes de naissance délivrés à l'étranger à la suite d'une

²⁴⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n^{os} 10-19.053, 09-17.130 et 09-66.486, *D.* 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *D.* 2011, p. 1014, édito. F. Rome ; *D.* 2011, p. 1064, entretien X. Labbé ; *D.* 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2011, p. 262, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2011, p. 265, obs. B. Haftel ; *AJ fam.* 2011, p. 266, interview M. Domingo ; *AJCT* 2011, p. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD Civ.* 2011, p. 340, obs. J. Hauser.

²⁴⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, n^{os} 12-30.138 et 12-18.315, *D.* 2013, p. 2383, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2013, p. 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2013, p. 2377, avis C. Petit ; *D.* 2013, p. 2384, note M. Fabre-Magnan ; *AJ fam.* 2013, p. 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.* 2013, p. 600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne ; *AJCT* 2013, p. 517, obs. R. Mésa ; *RTD. civ.* 2013, p. 816, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2013, p. 579, obs. F. Chénéde.

²⁴⁷⁵ Cf. *supra* n^o 277 et s.

²⁴⁷⁶ Cf. *supra* n^o 286 et s.

gestation pour autrui (A). La position défendue par le droit français eu égard à la gestation pour autrui est si forte que la seule présence d'une convention de gestation pour le compte d'autrui rend inefficace une possession d'état, réunissant pourtant l'intégralité des éléments constitutifs, face au mode de conception de l'enfant (B).

A. Le rayonnement international de la prohibition française

876. Un couple marié hétérosexuel de nationalité française dont l'épouse ne pouvait médicalement avoir un enfant s'est tourné vers une mère porteuse en Californie, État où la gestation pour autrui est autorisée. La mère porteuse, uniquement gestatrice et non génitrice, avait été inséminée avec les gamètes de l'époux et celle d'une autre femme, amie du couple. Avant la naissance, la Cour suprême de Californie, par un jugement du 14 juillet 2000, a conféré la qualité de père génétique à Monsieur et de mère légale à Madame des enfants à naître. Les deux jumelles venues au monde furent remises comme le prévoyait la convention de gestation pour autrui au couple. Les parents ont demandé la transcription des actes de naissance au consulat de France à Los Angeles, mais cette dernière leur a été refusée. À la demande du Ministère public, les actes de naissance des enfants ont été transcrits sur les registres de l'état civil de Nantes aux seules fins de leur annulation. Par un arrêt du 25 octobre 2007, la Cour d'appel de Paris a déclaré l'action du Ministère public irrecevable au regard de l'ordre public international. À cette fin, les juges du fond relèvent notamment l'exactitude des énonciations des actes transcrits par rapport aux termes du jugement californien et invoquent l'intérêt supérieur des enfants qui se verraient privés d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique²⁴⁷⁷. L'arrêt rendu par la Cour d'appel est cassé, au visa des articles 423 du Code de procédure civile et 16-7 du Code civil pris ensemble, par la première chambre civile de la Cour de cassation le 17 décembre 2008²⁴⁷⁸. Il est relevé que « *les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions* ». La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur le fond de l'affaire, mais uniquement sur l'intérêt à agir du Ministère public. Il revenait donc à la Cour d'appel de renvoi de traiter de la validité des actes de naissance en cause. Par un arrêt du 18

²⁴⁷⁷ CA Paris, 25 oct. 2007, n° 06/00507, *D.* 2007, p. 2953, obs. F. Luxembourg ; *JDI* 2008, p. 145, note G. Cuniberti ; *AJ fam.* 2007, p. 478, obs. F. Chénéde.

²⁴⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *JCP* 2009. II. 10020, note A. Mirkovic ; *JCP* 2009. II. 10021, note L. d'Avout ; *D.* 2009. Somm. 167, obs. V. Egéa ; *D.* 2009, p. 332, avis D. Sarcelet et note L. Brunet ; *JDI* 2009, p. 577, note S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 320, note P. Lagarde.

mars 2010²⁴⁷⁹, la Cour d'appel de Paris a prononcé l'annulation de la transcription des actes de naissance litigieux.

877. Le contentieux rapporté est en réalité les prémises de la célèbre et médiatique affaire *Menesson*. Les époux se sont de nouveau pourvus en cassation à la suite de la décision rendue par la Cour d'appel de renvoi ce qui a abouti à l'un des célèbres arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 6 avril 2011²⁴⁸⁰. Le pourvoi du couple est rejeté en ce que la Cour considère qu' « *en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil* ». Le refus de transcription des actes de naissance établis en exécution de la décision étrangère est alors fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision litigieuse. De plus, la Cour indique que cette position ne porte atteinte ni au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, ni à l'intérêt supérieur de l'enfant.

878. Une deuxième affaire²⁴⁸¹ a été jugée par la première chambre civile, le même jour, présentant des faits quasiment identiques à la différence que l'enfant avait été conçu avec les gamètes des deux époux et que la demande du Ministère public ne tendait qu'en l'annulation de la transcription relative à la seule filiation maternelle de l'enfant. À nouveau, la Cour se fonde sur la contrariété à l'ordre public international français afin de justifier le refus de transcription de l'acte de naissance dans la mesure où elle donnerait effet à une convention de gestation pour autrui.

879. La question à laquelle devait répondre la Cour de cassation était de savoir si le fait que l'article 16-7 du Code civil, présentant un caractère d'ordre public en vertu de l'article 16-9 du même Code, prohibant les conventions de gestation pour autrui, fait obstacle à la transcription sur les registres de l'état civil français d'un acte de naissance étranger délivré à la suite d'un tel processus. Pour répondre à cette problématique, la Cour de cassation adopte une vue d'ensemble en se fondant sur le contrat passé entre le couple demandeur et la mère porteuse, convention à l'origine de l'acte de naissance litigieux. L'ordre public international est apprécié eu égard aux principes essentiels du droit français. Or, dans ces affaires, le principe

²⁴⁷⁹ CA Paris, 18 déc. 2010, n° 09/11017, *AJ fam.* 2010, p. 233, obs. F. Chénéde ; *D.* 2010, p. 1210, obs. V. Egéa ; *RTD civ.* 2010, p. 317, obs. J. Hauser.

²⁴⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, préc.

²⁴⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 09-66.486, préc.

d'indisponibilité de l'état des personnes²⁴⁸² est hissé à ce rang et fait alors partie intégrante de l'ordre public international français. Cette qualification n'a pas réellement convaincu en doctrine dans la mesure où ce principe souffre de nombreuses exceptions en droit français et qu'il n'est consacré ni dans « *une norme fondamentale interne ou internationale, ni même par le législateur français* »²⁴⁸³. Une explication à cette position réside certainement dans le fait que la notion d'ordre public international a évolué dans le temps. En effet, « *la marge gagnée par l'expression "principe essentiel", au lieu de principes "fondamentaux" ou principes "absolus"* »²⁴⁸⁴ peut justifier le fait que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes loin d'être intangible ait pu obtenir ce rang. En réalité, cette position s'explique dans la mesure où la volonté de la Cour de cassation est de donner un rayonnement international à l'interdiction posée à l'article 16-7 du Code civil. Pour rappel, ce dernier prohibe les conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui. Cette disposition est d'ordre public en vertu de l'article 16-9, mais uniquement d'ordre public interne. Or, en intégrant le principe d'indisponibilité de l'état des personnes au sein de l'ordre public international français, la Cour confère une dimension internationale à la prohibition de la gestation pour autrui en droit français. La conséquence est simple : les actes d'état civil régulièrement établis à l'étranger, mais trouvant leur source dans un processus contraire aux principes essentiels du droit français contrarient l'ordre public international. Ainsi, la transcription de l'acte de naissance licite à l'étranger ne peut être admise tant en ce qui concerne la filiation maternelle que paternelle. Quant à la première, cela s'explique aisément, car classiquement, en droit français, la mère est la femme qui accouche. Quant à la seconde, même si la réalité biologique est présente, une application stricte de l'article 16-7 du Code civil constitue une entrave à la transcription et contribue « *à faire rayonner l'illicéité originare de la convention sur l'ensemble de la situation* »²⁴⁸⁵. Pour autant, la situation n'est pas dépourvue de solution, rien n'empêche les géniteurs de reconnaître l'enfant en France²⁴⁸⁶. En définitive, la position dénote une réelle ambition de sauvegarder la prohibition de la gestation pour autrui adoptée par le droit français et que celle-ci ne souffre d'aucune dérogation.

880. Cependant, *quid* de l'enfant ? La Cour estime que le refus de transcription ne contrevient ni au respect de la vie privée et familiale, ni à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la

²⁴⁸² Cf. *supra* n° 812 et s.

²⁴⁸³ P. Hammje, « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 722.

²⁴⁸⁴ D. Berthiau et L. Brunet, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.*, 2011, p. 1522.

²⁴⁸⁵ P. Hammje, « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », art. préc.

²⁴⁸⁶ Une reconnaissance paternelle était possible jusqu'aux arrêts du 13 septembre 2013 rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation dans lesquels il est considéré que la fraude à la loi s'y oppose : Cf. *infra* n° 888 et s.

mesure où les enfants ne sont pas privés de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît et peuvent vivre avec les époux. Si pour certains, le fait que le lien de filiation reconnu par jugement étranger, bien qu'inopposable en France demeure acquis et qu'en réalité, seule la maternité est réellement affectée, amène à penser que l'intérêt de l'enfant n'est pas réellement atteint, c'est certainement ne pas envisager toutes les conséquences de ce refus de transcription. Certes, « *il est [...] difficile de soutenir que valider, et par voie de conséquence encourager, la conclusion d'un contrat ayant pour objet la "livraison d'un enfant" nouveau-né est conforme à son intérêt supérieur* »²⁴⁸⁷, mais les conséquences dramatiques pour les enfants ne sont pas à négliger. Comme le souligne Monsieur le Professeur Michel Farge, « *les parents d'intention ne peuvent leur transmettre leur nationalité, s'ils leur font un legs, elles devront acquitter les droits de succession que paieraient des tiers étrangers aux défunts* »²⁴⁸⁸ ; autant d'exemples qui incitent à penser, pour reprendre l'expression de Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron et de Madame Christine Bidaud-Garon, que les enfants ne devraient pas être punis des fautes de leurs parents²⁴⁸⁹.

881. L'intervention de l'ordre public international se manifeste avec une extrême rigueur dans la mesure où aucun facteur de modulation n'est utilisé par la Cour. Une alternative aurait pu être envisagée par la Cour de cassation, celle résidant dans l'utilisation de l'ordre public international non pas dans son effet plein, mais dans son effet atténué²⁴⁹⁰. Ce mécanisme mérite d'être évoqué dans la mesure où la situation a été valablement caractérisée à l'étranger. Cependant, il ne trouve pas grâce pour plusieurs raisons. Au vu de la position très stricte de la Cour, il semble que la prohibition de la gestation pour autrui en droit français soit si essentielle, qu'elle ne peut subir aucune entorse. De plus, l'effet atténué de l'ordre public implique que des droits aient été acquis antérieurement, mais surtout régulièrement à l'étranger. Or, dans les affaires précitées, aucun doute n'existe quant au fait que le déplacement aux États-Unis des couples commanditaires n'intervient qu'aux fins de conclure une convention de gestation pour autrui, prohibée sur le territoire français. La fraude subjacente corrompt la relativisation de l'ordre public par le biais de l'effet atténué. De même, l'ordre public de proximité²⁴⁹¹ aurait pu être envisagé afin de tempérer la réaction de l'ordre public international selon l'intensité des liens de la situation juridique avec le *for*. Cependant, en l'espèce, les liens avec le territoire

²⁴⁸⁷ C. Neirinck, « La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2011, étude 14.

²⁴⁸⁸ M. Farge, « Les jumelles Mennesson issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une situation boiteuse inadmissible », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2010, étude 23.

²⁴⁸⁹ H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », *D.*, 2014, p. 1773.

²⁴⁹⁰ Cf. *supra* n° 628.

²⁴⁹¹ Cf. *supra* n° 524 et s.

français sont prépondérants : les parents commanditaires sont de nationalité française et résident habituellement en France. Leur déplacement ponctuel à l'étranger a pour seul but de recourir à une mère porteuse.

882. *Quid* de la méthode de la reconnaissance des situations valablement créées à l'étranger²⁴⁹² ? Cette méthode est classiquement perçue comme un facteur d'harmonie internationale des solutions. Or, appliqué à la gestation pour autrui, il s'agirait d'« *un instrument d'expansion des volontés individuelles, s'appliquant sans distinction aucune aux situations créées à l'étranger, y compris à celles qui procèdent d'un simple calcul des parties* », risquant « *de ruiner l'harmonie des solutions* »²⁴⁹³.

883. Conscients de la position de la jurisprudence française à l'égard de la transcription sur les registres de l'état civil français d'un acte de naissance rédigé en pays étranger à la suite d'une gestation pour autrui, certains couples ont usé d'un stratagème différent afin d'aboutir aux mêmes fins.

B. Une possession d'état inefficace face au mode de conception de l'enfant

884. Le 6 avril 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation a tranché la tout aussi célèbre affaire *Labassée*²⁴⁹⁴ relative à une gestation pour autrui pratiquée aux États-Unis. En l'espèce, un enfant est né dans l'État du Minnesota à la suite d'une convention de gestation pour le compte d'autrui conformément au droit de l'État en vigueur liant un couple hétérosexuel de nationalité française et une mère porteuse américaine. L'enfant a été conçu avec les gamètes de l'époux et d'une donneuse anonyme. L'acte de naissance établi au Minnesota a désigné le couple français comme étant les parents de l'enfant. Lors de leur retour en France, les parents ont obtenu un acte de notoriété du juge des tutelles constatant la possession d'état d'enfant légitime de l'enfant né sur le territoire américain à leur égard. Le Ministère public a refusé d'en porter la mention à l'état civil. Le couple a alors engagé une procédure en transcription de l'acte de notoriété et établissement de la filiation paternelle. Le 14 septembre 2009, la Cour d'appel de Douai n'a fait droit à aucune de ces demandes²⁴⁹⁵. Un pourvoi est formé par le couple contre la décision précitée à l'origine de la troisième décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 6 avril 2011. Les juges relèvent qu'il

²⁴⁹² Cf. *supra* n° 634 et s. et *infra* 1208 et s..

²⁴⁹³ D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI*, n° 2, avr. 2015, doct. 4, spéc. n° 70.

²⁴⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130, préc.

²⁴⁹⁵ CA Douai, 14 sept. 2009, n° 07/02201, *D.* 2009, p. 2845, note A. Mirkovic ; *RTD civ.* 2010, p. 96, obs. J. Hauser.

est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes de faire produire effet à une convention de gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public en droit français. Ce principe essentiel du droit français fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention en raison de sa contrariété à l'ordre public international français.

885. Dans cette affaire, les parents, conscients du refus de transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français de l'état civil, ont tenté d'arriver à leurs fins en employant des moyens différents. Il ne s'agissait pas d'envisager les effets d'une situation valablement créée à l'étranger, mais plutôt de constater une situation juridique créée en France. Or, pour certains auteurs, la solution adoptée par la Cour de cassation est plus discutable que dans les deux affaires précédentes dans la mesure où cette stratégie « *avait pour mérite de ne pas valider une opération interdite mais plus simplement de l'ignorer* »²⁴⁹⁶. L'article 311-15 du Code civil prévoit que la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, alors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère, si les parents ou l'enfant résident habituellement en France²⁴⁹⁷. Ainsi, il a été avancé que cette affirmation mérite certainement d'être étendue aux cas de figure où la filiation dépend d'une décision étrangère²⁴⁹⁸. Cela aurait pour impact que la possession d'état se construise en dehors de toute considération eu égard au mode de conception de l'enfant. Néanmoins, cette position ne semble pas satisfaisante. Si les tenants de cette argumentation la justifient par le fait que « *la possession d'état est une présomption qui repose sur la vraisemblance sans prétendre nécessairement correspondre à la filiation biologique* » cherchant « *à manifester et à protéger [...] une vérité affective plus qu'une vérité biologique* »²⁴⁹⁹, c'est là dénaturer l'objectif de ce mode d'établissement de la filiation. Si la contrariété entre l'apparence et la réalité est d'ores et déjà connue, la possession d'état ne peut jouer. Elle n'a pas pour rôle « *de se substituer aux procédures d'adoption qui constituent des vérifications sociales de l'opportunité d'un transfert de filiation* »²⁵⁰⁰. En réalité, la possession d'état est absorbée par la convention de mère porteuse²⁵⁰¹ ; c'est parce l'enfant est né à la suite d'un contrat de gestation pour le compte d'autrui, que la possession d'état est inopérante. La

²⁴⁹⁶ X. Labbé, « La gestation pour autrui devant la Cour de cassation », *D.*, 2011, p. 1064.

²⁴⁹⁷ Cf. *infra* n° 1115 et s.

²⁴⁹⁸ G. Cuniberti, « Conflits de juridictions. – État civil. – Transcription d'actes de naissance étrangers. – Gestation pour autrui. – Requête en annulation de la transcription du ministère public. – Recevabilité. – Contrariété à l'ordre public », *JDI*, n° 1, janv. 2008, comm. 1.

²⁴⁹⁹ D. Berthiau et L. Brunet, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », art. préc.

²⁵⁰⁰ P. Murat, « L'enfant de mère porteuse : tentative d'établissement de la filiation par possession d'état », *Dr. fam.*, n° 6, juin 2007, comm. 122.

²⁵⁰¹ P. Hammje, « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », art. préc.

solution adoptée par la Cour de cassation, afin de protéger la prohibition des conventions de gestation pour le compte d'autrui considérées comme fondamentales en droit français, est certes stricte, mais indispensable. Accepter la filiation à la suite d'un tel processus par le biais de la possession d'état en connaissance de cause de l'illicéité du mode de conception reviendrait à nier la réalité.

886. Le fondement utilisé par la Cour de cassation tant pour faire échec à la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance délivrés à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui que pour rendre inopérante la possession d'état invoquée après la même technique a évolué. Initialement, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français, le refus a par la suite été justifié par la fraude à la loi. En réalité, cette évolution traduit « *un renforcement de l'intransigeance de la Cour de cassation, qui n'entendait plus se contenter d'assurer seulement la défense des valeurs essentielles de l'ordre juridique français [...], mais voulait en outre clairement sanctionner les parents d'intention* »²⁵⁰².

II. Le recours à la fraude à la loi

887. Après s'être fondée sur la contrariété à l'ordre public international français afin de refuser la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance établis à l'étranger, la Cour de cassation a invoqué la fraude à la loi afin de renforcer cette prohibition. Dégageant l'existence d'un processus d'ensemble frauduleux (A), la Cour de cassation conclut à l'impossibilité de reconnaître, en France, les effets d'une gestation pour autrui pratiquée légalement à l'étranger, et ce même si le lien de filiation est conforme à la réalité biologique (B).

A. La caractérisation d'un processus d'ensemble frauduleux

888. Dans deux arrêts du 13 septembre 2013²⁵⁰³, la première chambre civile de la Cour de cassation est allée plus loin dans la mesure où elle a jugé que la reconnaissance de l'enfant effectuée par le père d'intention qui en était le père biologique devait être annulée pour fraude à la loi. En l'espèce, il s'agissait d'hommes célibataires ayant eu recours à des mères porteuses indiennes afin d'avoir des enfants en se passant de mères. À leur retour sur le territoire français, ils demandent la transcription des actes de naissance établis à l'étranger des enfants les désignant comme père et mentionnant la mère porteuse en qualité de mère. Ainsi, l'atteinte à l'indisponibilité de l'état des personnes ne peut être caractérisée dans la mesure où les actes de

²⁵⁰² P. Hammje, « Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui – Aspects de droit international privé », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, op. cit., p. 175 et s., spéc. p. 178.

²⁵⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, n^{os} 12-30.138 et 12-18.315, préc.

naissance indiquent comme mère, la femme qui a mis au monde l'enfant. La Cour considère que « *le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil* » est justifié. La Cour de cassation confirme l'impossibilité de reconnaître en France les effets d'une convention de gestation pour autrui valablement contractée à l'étranger en se fondant sur la fraude à la loi.

889. Trois éléments cumulatifs sont nécessaires afin qu'une fraude à la loi soit caractérisée : un élément légal, un élément matériel et un élément moral²⁵⁰⁴. Or, dans les affaires précitées, ces trois éléments sont sans aucun doute vérifiés²⁵⁰⁵. L'élément matériel réside dans le déplacement à l'étranger autrement dit « *la "délocalisation" de la conception en Inde* »²⁵⁰⁶. L'élément moral se retrouve dans la volonté de se soustraire à la loi française au profit d'une loi indienne plus libérale. Quant à l'élément légal, il résiderait dans le caractère d'ordre public de l'article 16-7 du Code civil prohibant la gestation pour autrui. En d'autres termes, « *les demandeurs ont sciemment tenté (élément intentionnel) d'écarter la loi impérative française (élément légal) en ayant recours à une gestation pour autrui en Inde avant de revenir sur le territoire national solliciter la transcription des actes d'état civil régulièrement établis à l'étranger (élément matériel)* »²⁵⁰⁷. La sanction classique de la fraude à la loi étant l'inopposabilité du résultat obtenu frauduleusement, la Cour de cassation a logiquement refusé la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français. Il convient de noter que la Cour de cassation utilise une formule spécifique. Elle voit dans ses affaires un « *processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui* ». Cette formule semble insister sur les nombreux principes juridiques en cause que la gestation pour autrui bafoue. Tant la dignité de la personne humaine, que l'indisponibilité du corps humain et sa non-patrimonialité que l'incitation à l'abandon d'enfant et la rémunération de cet abandon sont en jeu. Or, « *fermer les yeux sur la fraude reviendrait à accepter la violation de ces principes en toute impunité* »²⁵⁰⁸.

²⁵⁰⁴ Cf. *supra* n° 286 et s.

²⁵⁰⁵ *Contra* : H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, « Dans les limbes du droit », *D.*, 2013, p. 2349.

²⁵⁰⁶ I. Gallmeister, « Gestation pour autrui : transcription à l'état civil et conséquences sur la filiation », *D.*, 2013, p. 2382.

²⁵⁰⁷ F. Chénédy, « Non-reconnaissance des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : après la mère, le père ; après l'ordre public, la fraude », *AJ fam.*, 2013, p. 579.

²⁵⁰⁸ A. Mirkovic, « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger », *JCP G*, n° 39, 23 sept. 2013, p. 985.

890. Cette position est confirmée dans un arrêt du 19 mars 2014²⁵⁰⁹ présentant des faits similaires aux deux affaires précédentes. La Cour de cassation considère que les éléments réunis par le ministère public établissant l'existence d'une convention de gestation pour le compte d'autrui caractérisent un processus frauduleux dont la naissance de l'enfant était l'aboutissement. Il en résulte que l'acte de naissance en question ne peut être transcrit sur les registres de l'état civil français. L'avantage de l'utilisation de la fraude à la loi, par rapport à l'ordre public international, réside dans le fait qu'elle assure « *une portée maximale au refus de reconnaissance, et ce même lorsque l'état civil étranger est conforme à la réalité* »²⁵¹⁰.

B. Une conformité à la réalité biologique indifférente

891. Dans le second arrêt²⁵¹¹ rendu le 13 septembre 2013, la Cour de cassation devait également se prononcer sur une question nouvelle. L'annulation de la reconnaissance paternelle pour fraude à la loi alors que celle-ci correspondait à la réalité biologique est-elle valable ? La première chambre civile de la Cour de cassation approuve la position adoptée par la Cour d'appel en relevant que « *l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du Code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père* ». Elle en déduit qu'« *en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant [...], ni le respect de la vie privée et familiale [...] ne sauraient être invoqués utilement pour faire obstacle au refus de transcription et à l'annulation de la reconnaissance* ». L'article 336 du Code civil dispose que « *la filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi* ». En l'espèce, aucun doute n'est permis concernant la paternité du père. En effet, il était assurément le père biologique de l'enfant né à la suite de la gestation pour autrui. C'est ainsi qu'en se fondant sur l'article 332 du Code civil aux termes duquel « *la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père* », le requérant alléguait que la paternité ne pouvait être contestée qu'en rapportant la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père. Par conséquent, il appartiendrait au Ministère public de rapporter la preuve de l'inexactitude de la filiation. La Cour de cassation ne se positionne pas en ce sens en affirmant que l'action en

²⁵⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005, *D.* 2014, p. 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2014, p. 901, avis J.-P. Jean ; *D.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2014, p. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2014, p. 244, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2014, p. 211, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

²⁵¹⁰ P. Hammje, « Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui Aspects de droit international privé », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, *op. cit.*, p. 175 et s., spéc. p. 183.

²⁵¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315, préc.

contestation pour fraude à la loi fondée sur l'article 336 du Code civil n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du Code civil.

892. En définitive, peu importe que la conformité à la réalité biologique soit avérée, la seule présence d'une fraude à la loi résidant dans la conclusion d'une convention de gestation pour le compte d'autrui suffit à s'opposer à la reconnaissance. Aussi stricte soit-elle, la position de la Cour de cassation est nécessaire dans la mesure où « *la solution contraire aurait conduit à limiter l'action du ministère public pour fraude à la loi [...] aux conventions de gestation pour autrui réalisées entièrement avec les forces productives de tiers, autrement dit [...] aurait réduit presque à néant la protection voulue, pour l'instant, par le législateur français* »²⁵¹². En outre, comme le relève Madame Aude Mirkovic, la fraude à la loi est le moyen de sanctionner et d'éviter que le processus frauduleux n'aboutisse. Or, si elle empêche la transcription des actes de naissance, « *elle ne saurait permettre de parvenir à un résultat équivalent au moyen d'une reconnaissance* »²⁵¹³.

893. La position adoptée par la jurisprudence française est ferme, mais nécessaire afin de soutenir « *le refus de cautionner ce bricolage procréatif* »²⁵¹⁴. La sanction opposée par le mécanisme de la fraude à la loi n'a peut-être pas le mérite de dissuader l'intégralité des couples en mal d'enfants de se rendre à l'étranger afin de recourir à une convention de gestation pour autrui interdite en France, mais il est possible de penser que certains, conscients des difficultés qui se présenteront à leur retour, y réfléchiront à deux fois. Cependant, la question de la proportionnalité entre la sévère sanction de la fraude à la loi et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui pourtant étranger à la convention de gestation pour autrui en subit les conséquences directes restait en suspens. L'intervention de la Cour européenne des droits de l'Homme a été sans surprise condamnant l'intransigeante position française.

Paragraphe 2. La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme

894. Les affaires *Menesson*²⁵¹⁵ et *Labassée*²⁵¹⁶, dans lesquelles la Cour de cassation avait sur le fondement de la contrariété à l'ordre public international français refusé la

²⁵¹² M. Douchy-Oudot, « Filiation : action en contestation de paternité exercée par le ministère public », *Procédures*, n° 11, nov. 2013, comm. 315.

²⁵¹³ A. Mirkovic, « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger », art. préc.

²⁵¹⁴ *Ibid.*

²⁵¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, préc.

²⁵¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130, préc.

transcription des actes de naissance délivrés à l'étranger sur les registres français de l'état civil, ont été portées devant la Cour européenne des droits de l'Homme. À l'occasion de deux arrêts rendus le 26 juin 2014²⁵¹⁷, la Cour européenne condamne la France en ce qu'elle refuse la possibilité pour l'enfant de voir sa filiation, à l'égard des personnes qui sont biologiquement ses parents, établie. La solution de la Cour européenne, si elle a obligé la jurisprudence française à revoir sa position, est, cependant, tempérée dans la mesure où seule la violation du droit au respect de la vie privée des enfants est caractérisée (II), à l'exclusion de celle du droit au respect de la vie familiale des parents (I).

I. L'absence de violation du droit au respect de la vie familiale des parents

895. Devant la Cour européenne, les époux *Menesson* et *Labassée* dénonçaient une violation du droit au respect de leur vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme résidant dans l'impossibilité en France d'obtenir la reconnaissance d'une filiation légalement établie à l'étranger des enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui. La Cour européenne justifie aisément l'applicabilité de l'article 8 en relevant que les requérants « *s'occupent comme des parents* » des enfants « *depuis leur naissance* » et qu'ils « *vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la "vie familiale" dans son acception habituelle* »²⁵¹⁸. Le refus de reconnaître le lien de filiation entre les requérants et les enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger s'analyse en une ingérence dans leur droit au respect de leur vie familiale. Or, celle-ci ne peut être justifiée que si elle est prévue par la loi, poursuit un ou des buts légitimes et est nécessaire dans une société démocratique pour les atteindre, c'est-à-dire qu'elle est fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi. Il s'agit de la question à laquelle devait répondre la Cour européenne.

896. Dans l'affaire *Labassée*, les requérants ont admis sans difficulté que l'ingérence était prévue par la loi, tel n'a pas été le cas dans l'arrêt *Menesson*. Dans ce dernier, les parties avancent que l'ingérence ne repose pas sur une base légale suffisante. Ils estiment que l'effet atténué de l'ordre public international avait vocation à s'appliquer et que la nullité d'ordre public des conventions de gestation pour autrui posée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil

²⁵¹⁷ Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c./ France*, req. n° 65192/11 et *Labassée c./ France*, req. n° 65941/11, *D.* 2014, p. 1797, note F. Chénéde ; *D.* 2014, p. 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2014, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2014, p. 1806, note L. d'Avout ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. B. Haftel ; *AJ fam.* 2014, p. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014, p. 635, obs. J. Hauser.

²⁵¹⁸ Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc., § 45 ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c./ France*, req. n° 65941/11, préc., § 37.

ne laisse en rien présager que cette même nullité s'étend à la filiation des enfants conçus par le biais de cette technique. Après avoir rappelé que la mesure incriminée doit avoir une base en droit interne, mais également être accessible au justiciable et prévisible, la Cour européenne estime que ces conditions ont été, en l'espèce, remplies. Pour ce faire, plusieurs raisons sont avancées. Tout d'abord, la nullité d'ordre public des conventions de gestation pour le compte d'autrui est expressément prévue par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil. En outre, même si la Cour de cassation ne s'était pas prononcée sur la question de la reconnaissance, en France, d'un lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant issu d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, elle avait déjà jugé « *dans un cas où la mère porteuse était la mère biologique, qu'une telle convention contrevenait aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes* »²⁵¹⁹. Par conséquent, les requérants « *ne pouvaient dans ces conditions ignorer qu'il y avait au moins un risque sérieux* »²⁵²⁰ que le juge français adopte une telle position.

897. Dans la mesure où l'ingérence était bien prévue par la loi, il convenait alors de se demander si celle-ci poursuivait un but légitime, au sens du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention européenne et dans la positive, si elle était nécessaire pour l'atteindre dans une société démocratique. Si la Cour européenne ne retient pas les arguments du Gouvernement selon lesquels il s'agissait d'assurer « *la défense de l'ordre* » et « *la prévention des infractions pénales* », elle admet en revanche ceux résidant dans la « *protection de la santé* » et « *la protection des droits et libertés d'autrui* ». En effet, elle relève que le refus de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention « *procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but [...] de préserver les enfants et [...] la mère porteuse* »²⁵²¹. L'ingérence litigieuse était-elle nécessaire afin d'assurer la protection de la santé ainsi que celle des droits et libertés d'autrui ? La Cour européenne relève l'absence de consensus européen tant sur la légalité de la gestation pour autrui que sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants légalement conçus à l'étranger. Ce constat reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique ce qui implique que les États doivent se voir accorder une ample marge d'appréciation. Cependant, un aspect essentiel de l'identité des individus étant en jeu dès lors que l'on touche à la filiation, il convient

²⁵¹⁹ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc., § 58.

²⁵²⁰ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc., § 58.

²⁵²¹ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc., § 62.

d'atténuer la marge d'appréciation dont disposent les États. Même dans les limites de la marge d'appréciation, les choix opérés par l'État français méritent un contrôle de la Cour européenne dans la mesure où il convient de vérifier si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus par cette solution.

898. La Cour considère que le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants nés à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui affecte nécessairement leur vie familiale. De plus, cette absence totale de lien de filiation a pour conséquence que les enfants ne se sont pas vus reconnaître la nationalité française ce qui est de nature à « *compliquer les déplacements de la famille et à susciter des inquiétudes [...] quant à la stabilité de la cellule familiale* »²⁵²². Néanmoins, même si la Cour relève l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, elle estime que « *les obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation* »²⁵²³ doivent être pris en compte. Or, il est mis en avant le fait que les difficultés évoquées par les parents d'intention n'ont pas été insurmontables et qu'ils n'ont pas démontré que le défaut de reconnaissance d'un lien de filiation en droit français les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale.

899. En définitive, la Cour européenne estime que la situation adoptée par l'État français ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État en ce qui concerne le droit au respect de la vie familiale des parents d'intention. En revanche, il n'en va pas de même concernant la situation des enfants, plus précisément le droit au respect de leur vie privée.

II. La violation du droit au respect de la vie privée des enfants

900. Devant la Cour européenne des droits de l'Homme, il est avancé la violation du droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 8 de la Convention européenne, des enfants. La Cour juge cette requête recevable en ce que la vie privée au sens dudit article « *intègre [...] des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu* » au sein desquels se retrouve la filiation dans la mesure où il est exigé que « *chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain* »²⁵²⁴. Ainsi, il était question pour la Cour de savoir si le refus de transcription des actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil français, et plus généralement l'impossibilité d'établir un lien de filiation avec les parents

²⁵²² Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc., § 89.

²⁵²³ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc., § 92.

²⁵²⁴ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc., § 46.

d'intention par les différents modes de filiation admis en droit français, constituait une atteinte au droit au respect de la vie privée des enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui. La Cour européenne considère que l'atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française est bien caractérisée (A), mais elle est, en revanche, cantonnée au défaut de reconnaissance de la filiation paternelle biologique (B).

A. Une atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française

901. La Cour européenne rappelle que « *le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation* ». Or, dans les affaires *Mennesson* et *Labassée*, les enfants nés à la suite des gestations pour autrui pratiquées légalement à l'étranger se trouvent « *dans une situation d'incertitude juridique* »²⁵²⁵. Tout d'abord, le lien de filiation avec les parents d'intention est, certes, admis par le juge français dans la mesure où il est établi par le droit californien, mais le refus d'accorder un effet au jugement américain et, *a fortiori*, la transcription sur les registres de l'état civil français implique que ce même lien ne soit pas reconnu par l'ordre juridique français. Une telle contradiction porte atteinte à l'identité des enfants en cause au sein de la société française. En outre, la nationalité étant un élément de l'identité des personnes, l'incertitude quant à la possibilité pour les enfants de se voir reconnaître la nationalité française affecte négativement leur propre identité. Enfin, la Cour européenne relève que l'absence de lien de filiation avec les parents d'intention a des conséquences sur leurs droits de succession. En effet, les enfants ne pourront hériter que si les parents d'intention les instituent légataires. Ainsi, les droits successoraux seront calculés comme s'ils étaient des tiers. Or, il s'agit « *d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés* »²⁵²⁶. Pour ces différentes raisons, la Cour européenne estime que les choix opérés par l'État français portent atteinte au droit au respect de la vie privée des enfants. Comme le souligne Monsieur le Professeur Michel Farge, il s'agit d'un compromis : « *il n'est pas possible de consacrer un droit à l'enfant au profit de ceux qui ont sciemment franchi une frontière pour contourner un interdit national, mais les enfants ne doivent pas subir les conséquences négatives du choix de leurs parents* »²⁵²⁷.

²⁵²⁵ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc., § 96 ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c./ France*, req. n° 65941/11, préc., § 75.

²⁵²⁶ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc., § 98 ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c./ France*, req. n° 65941/11, préc., § 77.

²⁵²⁷ M. Farge, « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! », *RLDF*, 2014, chron. n° 21.

902. Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant devant guider toute décision les concernant, la compatibilité du refus de transcription des actes de filiation obtenus régulièrement à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui se pose. En réalité, la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'Homme est principalement guidée par un élément : le fait que l'un des parents d'intention soit également le parent biologique des enfants.

B. Une atteinte cantonnée au défaut de reconnaissance de la filiation paternelle biologique

903. La Cour européenne rappelle l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun. Ainsi, il est nécessairement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de le priver d'un tel lien juridique lorsque la réalité biologique est établie et que l'enfant et le parent concerné en revendiquent sa reconnaissance. Or, en l'espèce, le père d'intention des enfants nés à la suite de la gestation pour autrui était également le père géniteur de ceux-ci. Pour autant, le lien de filiation ne peut être établi par le biais de la transcription des actes de naissance, mais il est également impossible de le reconnaître par les autres modes d'établissement de filiation en droit français : reconnaissance de paternité, adoption et possession d'état. La Cour européenne considère qu'en adoptant une telle position l'État français a outrepassé sa marge d'appréciation en ce qu'il ne permet pas l'établissement du lien de filiation des enfants à l'égard de leur père biologique. En définitive, la violation du droit au respect de la vie privée des enfants protégé par l'article 8 de la Convention européenne est reconnue en ce qu'il leur est impossible de voir leur filiation reconnue à l'égard de leur père biologique²⁵²⁸.

904. La Cour européenne a confirmé cette position dans les affaires *Foulon et Bouvet*, sur lesquelles la Cour de cassation s'était prononcée le 13 septembre 2013²⁵²⁹, qui concernaient des hommes célibataires ayant eu recours à une mère porteuse à l'étranger. Dans deux arrêts en date du 21 juillet 2016²⁵³⁰, la Cour de Strasbourg condamne à nouveau la France estimant qu'en refusant la transcription sur les registres français de l'état civil des actes de naissance d'enfants conçus par gestation pour autrui avec les gamètes des pères d'intention et des mères porteuses en Inde, la France avait commis une violation du droit à la vie privée de ces enfants. Cependant, comme dans les affaires *Mennesson et Labassée*, elle n'a retenu aucune violation du droit au

²⁵²⁸ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc., § 100 ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c./ France*, req. n° 65941/11, préc., § 79.

²⁵²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30.138, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315, préc.

²⁵³⁰ Cour EDH, 21 juill. 2016, *Foulon c./ France*, req. n° 9063/14 et *Bouvet c./ France*, req. n° 10410/14, D. 2016, p. 2152, note A.-B. Caire ; *AJ fam.* 2016, p. 407, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2016, p. 965, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2016, p. 819, obs. J. Hauser.

respect de la vie familiale des pères d'intention biologiques. Contrairement aux affaires tranchées le 26 juin 2014 par la Cour européenne, en l'espèce, les actes de naissance étrangers étaient conformes à la réalité en ce qu'ils désignaient le père d'intention biologique comme père de l'enfant et la mère porteuse comme mère de l'enfant. Cependant, cette distinction n'a guère d'impact sur la solution adoptée. La Cour européenne reste dans la lignée jurisprudentielle adoptée en 2014 dans laquelle elle ne s'était prononcée qu'à l'égard du père d'intention présentant un lien biologique avec les enfants issus de la gestation pour autrui. La question du second parent d'intention - mère dans un couple hétérosexuel et père dans un couple homosexuel - n'a pas été résolue par la Cour.

905. Enfin, et pour la troisième fois, la Cour européenne des droits de l'Homme s'est prononcée dans l'arrêt *Laborie contre France*²⁵³¹ le 19 janvier 2017. Les faits à l'origine de cette affaire sont similaires à ceux des affaires *Menesson* et *Labassée*. Un couple hétérosexuel de nationalité française s'est rendu en Ukraine afin de recourir aux services d'une mère porteuse. Les enfants ont été conçus avec les gamètes du père et les ovocytes de la mère porteuse. L'acte de naissance délivré par les autorités ukrainiennes indique le père d'intention et géniteur et la mère d'intention comme parents légaux des enfants. Le refus de transcription de cet acte de naissance sur les registres français de l'état civil a été opposé aux parents d'intention. La Cour européenne, constatant que la situation est similaire à celles des quatre affaires précédentes, ne retient aucune violation du droit au respect de la vie familiale tant des enfants que des parents d'intention, mais retient une violation du droit au respect de la vie privée des enfants dans la mesure où il leur est impossible d'établir leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique. La Cour de Strasbourg apporte une précision intéressante. Elle relève que même si, conformément aux dires du Gouvernement, les enfants ont, désormais, la possibilité d'établir leur lien de filiation à l'égard de leur père à la suite du revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation le 3 juillet 2015²⁵³², le droit français a tout de même fait obstacle à la reconnaissance juridique de cette filiation durant plus de quatre ans.

906. Il convient d'évoquer la célèbre affaire *Paradiso et Campanelli contre Italie* afin d'appréhender au mieux la position de la Cour européenne des droits de l'Homme. Les faits en étant à l'origine sont quelque peu différents de ceux tranchés dans les affaires *Menesson*, *Labassée*, *Foulon*, *Bouvet* et *Laborie*. Un couple hétérosexuel marié de nationalité italienne s'est rendu en Russie afin de recourir à une gestation pour autrui. Un enfant, sans lien génétique

²⁵³¹ Cour EDH, 19 janv. 2017, *Laborie c./ France*, req. n° 44024/13, D. 2017, p. 1229, note A.-B. Caire ; D. 2017, p. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017, p. 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

²⁵³² Cf. *infra* n° 917 et s.

avec la mère porteuse, est né le 27 février 2011 et le couple italien fut enregistré comme parent de celui-ci. Le 30 avril 2011, à leur retour en Italie, le couple demande l'enregistrement de l'acte de naissance délivré par les autorités russes. Cependant, le Consulat d'Italie à Moscou a signalé que le dossier relatif à la naissance de l'enfant contenait des données fausses. Le 5 mai 2011, les époux ont alors été mis en examen pour altération d'état civil et une procédure d'adoptabilité de l'enfant considéré comme abandonné a été introduite devant le tribunal des mineurs qui désigna un curateur. Le tribunal ordonna un test ADN qui révéla qu'il n'existait aucun lien génétique entre l'homme et l'enfant alors que la mère d'intention avait déclaré s'être rendue en Russie avec le liquide séminal de son mari préalablement recueilli. Finalement, le bureau de l'état civil refusa l'enregistrement de l'acte de naissance et le tribunal pour mineur imposa d'éloigner l'enfant, alors seulement âgé de huit mois, et de le placer dans une maison d'accueil.

Deux différences majeures avec les affaires ayant donné lieu à la condamnation de la France par la Cour européenne méritent d'être mises en avant. En premier lieu, dans les affaires françaises, le père d'intention était le père biologique des enfants. En l'espèce, l'enfant né d'une mère porteuse n'a de lien génétique avec aucun des parents d'intention dans la mesure où il a été conçu avec l'ovule d'une femme inconnue et le liquide séminal d'un homme également inconnu contrairement à ce que pensaient les commanditaires. De plus, si dans les affaires françaises, les parents d'intention avaient vécu plus d'une dizaine d'années avec les enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui, tel n'est pas le cas, en l'espèce, où les époux ont passé seulement quelques mois au côté de l'enfant.

Devant la Cour européenne des droits de l'Homme, qui s'est prononcée le 27 janvier 2015²⁵³³, le couple italien se plaignait, notamment d'une violation de l'article 8 de la Convention européenne, d'une part, au nom de l'enfant et d'autre part, en leur nom. Quant à la première branche, la revendication porte sur l'impossibilité, pour l'enfant, d'obtenir la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger et sur les mesures d'éloignement et placement adoptées par les juridictions italiennes. Cette requête est écartée dans la mesure où les requérants n'ont pas la qualité juridique pour agir de la sorte ne possédant aucun lien biologique avec l'enfant et ce dernier ayant été représenté par un tuteur dans les procédures internes. Quant à la seconde branche, les requérants allèguent que le refus par les autorités italiennes d'enregistrer le certificat de naissance délivré en Russie et les décisions d'éloignement de

²⁵³³ Cour EDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, req. n° 25358/12 D. 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; D. 2015, p. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ fam.* 2015, p. 165, obs. E. Viganotti ; *AJ fam.* 2015, p. 77, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

l'enfant ont porté atteinte à leur vie privée et familiale. La Cour européenne rappelle, classiquement, que la notion de « *famille* » visée par l'article 8 peut englober des liens « *familiaux* » *de facto* lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et que la relation a suffisamment de constance. En faisant le parallèle avec sa jurisprudence antérieure, la Cour européenne note l'absence de « *rapport juridique de parenté à proprement parler* »²⁵³⁴ entre les époux italiens et l'enfant étant donné que le refus de transcription de l'acte de naissance russe leur a été opposé. Elle s'interroge alors sur l'éventuelle présence de liens familiaux *de facto* et souligne que les requérants « *ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie [...]. Même si la période en tant que telle est relativement courte [...], les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents* »²⁵³⁵. Retenant l'existence d'une vie familiale *de facto*, la Cour conclut à l'applicabilité de l'article 8 de la Convention. De plus, le pan « *vie privée* » de ce même article est également retenu. Rappelant que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, le fait que le requérant ait cherché, par la voie judiciaire, à établir s'il était géniteur dans le but de déterminer ses liens avec l'enfant montre l'existence d'« *une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée du requérant* »²⁵³⁶.

Afin de ne pas méconnaître l'article 8 de la Convention, l'ingérence étatique se doit d'être prévue par la loi, de poursuivre un but légitime et d'être nécessaire dans une société démocratique. Les deux premières de ces conditions cumulatives sont admises sans difficulté par la Cour européenne. Quant à la troisième, il s'agit de savoir si un juste équilibre est ménagé entre l'intérêt public et les intérêts privés. Or, pour la Cour européenne, la situation d'un enfant étant ici en cause, son intérêt supérieur doit primer. En l'espèce, il est considéré que la position adoptée par les autorités italiennes n'a pas respecté ledit intérêt. Ainsi, une violation de l'article 8 de la Convention européenne est caractérisée. Cependant, l'Italie n'a pas été condamnée pour avoir refusé de transcrire l'acte de naissance russe sur les registres de l'état civil dans la mesure où aucun lien biologique n'existe entre le père d'intention et l'enfant né à la suite de la gestation pour autrui. Il est reproché le fait d'avoir ordonné le retrait de l'enfant et son placement en vue de l'adoption. L'« *éloignement de l'enfant du contexte familial est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort* »²⁵³⁷, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

²⁵³⁴ Cour EDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, req. n° 25358/12, préc., § 69.

²⁵³⁵ Cour EDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, req. n° 25358/12, préc., § 69.

²⁵³⁶ Cour EDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, req. n° 25358/12, préc., § 70.

²⁵³⁷ Cour EDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, req. n° 25358/12, préc., § 80.

Deux ans plus tard, cette affaire a de nouveau été portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme réunie en Grande chambre qui s'est prononcée à la faveur d'un arrêt en date du 24 janvier 2017²⁵³⁸. Contrairement à la décision précédente, la Cour insiste sur « *l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention, la courte durée de la relation avec l'enfant et la précarité des liens du point de vue juridique* » et retient l'absence de vie familiale *de facto* « *malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs* »²⁵³⁹. Cette appréciation semble bienvenue dans la mesure où la vie familiale retenue en 2015 était critiquable. Tant la très courte durée de cohabitation que l'absence de lien biologique étaient des facteurs laissant à penser que cette vie familiale ne pouvait être caractérisée en l'espèce²⁵⁴⁰.

En revanche, considérant que les requérants « *avaient conçu un véritable projet parental* », l'article 8 de la Convention est applicable au titre de la vie privée. L'ingérence étant prévue par la loi et poursuivant un but légitime, la question portait sur le caractère nécessaire dans une société démocratique de cette dernière. La Cour adopte une position opposée à celle retenue en 2015 en considérant que la violation de l'article 8 ne peut être caractérisée. Elle considère que, certes, la séparation immédiate et irréversible avec l'enfant a eu un impact sur les requérants « *dont le désir de parentalité n'a pas été ou ne peut être satisfait* »²⁵⁴¹. Néanmoins, l'intérêt général doit primer sur l'intérêt des parents d'intention « *à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant* »²⁵⁴². Accepter de leur laisser l'enfant reviendrait à légaliser la situation créée par eux en violation de règles législatives. En définitive, un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu a été ménagé par les juridictions italiennes.

907. La Cour européenne affirme clairement sa position dans cette espèce, le lien biologique prime. Dans l'affaire *D. contre Belgique*²⁵⁴³, l'existence d'une vie familiale entre un enfant issu d'une gestation pour autrui et ses parents d'intention avait été caractérisée après seulement deux mois de cohabitation. Dans l'affaire *Paradiso et Campanelli*, la durée de

²⁵³⁸ Cour EDH, 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, req. n° 25358/12, D. 2017, p. 897, obs. P. Le Maigat, note L. de Saint-Pern ; D. 2017, p. 663, chron. F. Chénéde ; D. 2017, p. 735, obs. F. Granet-Lambrechts ; D. 2017, p. 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; D. 2017, p. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017, p. 301, obs. C. Clavin ; *AJ fam.* 2017, p. 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2017, p. 335, obs. J. P. Marguénaud.

²⁵³⁹ Cour EDH, 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, req. n° 25358/12, préc., § 157.

²⁵⁴⁰ J.-P. Marguénaud, « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD civ.*, 2015, p. 325.

²⁵⁴¹ Cour EDH, 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, req. n° 25358/12, préc., § 215.

²⁵⁴² Cour EDH, 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, req. n° 25358/12, préc., § 215.

²⁵⁴³ Cour EDH, 8 juill. 2014, *D. c./ Belgique*, req. n° 29176/13, *AJF* 2014, p. 559, obs. E. Viganotti. En l'espèce, il s'agissait d'un couple hétérosexuel marié de nationalité belge s'étant rendu en Ukraine afin de bénéficier d'une gestation pour autrui. L'acte de naissance ukrainien mentionnait le père d'intention biologique et la mère d'intention.

cohabitation est plus importante, mais la vie familiale non reconnue. Ce parallèle laisse clairement entrevoir l'attachement de la Cour européenne au lien biologique. À la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en autorisant la transcription de l'acte de naissance étranger sous conditions.

Sous-section 2. L'autorisation sous conditions de la transcription de l'acte de naissance étranger

908. À la suite des arrêts *Menesson* et *Labassée*, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence relatif à la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil français à l'occasion de deux arrêts en date du 3 juillet 2015²⁵⁴⁴. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a autorisé la transcription sous réserve du respect de l'article 47 du Code civil (Paragraphe 1). En adoptant une telle position, il convient de se demander si la jurisprudence française s'est alignée sur les exigences posées par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le nécessaire respect de l'article 47 du Code civil

909. L'article 47 du Code civil a trait à la force probante des actes de l'état civil réalisés à l'étranger. Si cette dernière est, sans aucun doute, admise, elle est néanmoins conditionnée (I). En application dudit article, la jurisprudence française a autorisé la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance dressés à l'étranger à la suite d'une convention de gestation pour autrui considérant que ces derniers sont satisfaisants eu égard aux conditions posées par le texte (II).

I. La force probante des actes de l'état civil réalisés à l'étranger conditionnée

910. Les actes de l'état civil « jalonnent la vie des personnes » et « sont une matière empreinte de considérations d'ordre public et d'intérêts privés »²⁵⁴⁵. Le Code civil ne définit pas cette notion, mais fixe une liste exhaustive d'actes de l'état civil que sont les actes de naissance, de reconnaissance, de mariage, de décès et d'enfant sans vie. Par conséquent, « aucun

²⁵⁴⁴ Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n^{os} 14-21.323 et 15-50.002, *D.* 2015, p. 1438, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2015, p. 1481, édito. S. Bollée ; *D.* 2015, p. 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2015, p. 1773, point de vue D. Sindres ; *AJ fam.* 2015, p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP G* 2015, p. 965, note A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015, p. 496, obs. F. Chénéde ; *JDI* 2015, p. 103, note J. Guillaumé.

²⁵⁴⁵ C. Bidaud-Garon, « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 », *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 49.

autre document étranger relatant un autre événement ou une autre qualité ne peut être qualifié d'acte de l'état civil vis-à-vis du droit français, même si la loi locale lui accordait cette appellation »²⁵⁴⁶. « *Bien qu'étroitement imbriqués, les actes de l'état civil ne se confondent [...] pas avec les événements d'état civil qui les précèdent* »²⁵⁴⁷. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler en affirmant que « *l'acte de l'état civil est un écrit dans lequel l'autorité publique constate, d'une manière authentique, un événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes* »²⁵⁴⁸. Ainsi, la qualification d'acte de l'état civil requise pour l'application de l'article 47 du Code civil s'opère *lege fori*. Par exemple, un simple certificat délivré par un consul étranger en France ne constitue pas un acte d'état civil²⁵⁴⁹.

911. Le service de l'état civil relève exclusivement de la loi qui l'a institué. Ainsi, les actes de l'état civil dressés par un officier d'état civil français relèvent de la loi française alors que ceux élaborés dans un autre État relèvent de la loi étrangère en cause. Par conséquent, « *lorsque l'acte est élaboré par les services français de l'état civil, l'État exerce une sorte de contrôle préventif [...] [et] détermine lui-même les règles applicables par ses services* »²⁵⁵⁰. Au contraire, « *si l'acte de l'état civil en cause est étranger, le droit français n'est plus maître de son élaboration* »²⁵⁵¹. Il appartient alors à la loi étrangère de déterminer les autorités compétentes pour recevoir les actes de l'état civil et de préciser les formes dans lesquelles ils sont rédigés. Ainsi, un acte dressé par une autorité étrangère incompétente n'aura pas de valeur en France. Enfin, en vertu de l'article 47 du Code civil dans sa formulation actuelle, « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». Par cette disposition, le droit français reconnaît la compétence des autorités locales étrangères pour dresser des actes de l'état civil concernant les Français et leur accorde une force probante conditionnée.

912. Initialement, l'article 47 du Code civil en prévoyant que « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes*

²⁵⁴⁶ M. Revillard, « Actes de l'état civil », *Répertoire de droit international Dalloz*, sept. 2020, n° 33.

²⁵⁴⁷ L.-D. Hubert, G. Auvolat et P. Brunel, « Actes de l'état civil - État civil des étrangers en France », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 10, 10 mars 2010, n° 4.

²⁵⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 1983, *Suhami*, n° 82-13.247, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 316, note B. Ancel.

²⁵⁴⁹ V. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2017, n° 16-50.055, *D.* 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke.

²⁵⁵⁰ C. Bidaud-Garon, « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 », art. préc.

²⁵⁵¹ *Ibid.*

usitées dans ledit pays » se limitait à poser le principe de la force probante des actes de l'état civil étrangers à condition, néanmoins, qu'ils aient été établis dans le respect des règles de forme prévues par la loi locale. Dans la mesure où le législateur n'avait rien prévu afin d'écarter la force probante des actes de l'état civil étrangers, la jurisprudence a longtemps estimé que le respect des formes étrangères suffisait à entraîner leur force probante. En effet, dans l'arrêt *Durassow*²⁵⁵² rendu par la Cour de cassation en 1974, les juges avaient considéré que la preuve de la naissance en France était rapportée par un acte de naissance dressé en Russie par un officier local. Ainsi, « *le simple respect des formes russes avait suffi à mettre en œuvre la force probante de l'article 47 du Code civil [...] sans préciser si les moyens permettant de la remettre en cause devaient être recherchés dans la loi française ou dans la loi étrangère* »²⁵⁵³. Ce n'est qu'à partir de 1986 qu'une diminution de la force probante des actes de l'état civil étrangers émerge au sein de la jurisprudence française. Dans un arrêt en date du 13 octobre 1986²⁵⁵⁴, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme « *qu'aucun texte légal ne donne force probante irréfragable aux actes d'état civil des pays étrangers sur le contrôle desquels la France n'a aucune compétence et qu'en droit pénal la preuve peut se faire par tous moyens* ». Puis, la première chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée à l'occasion d'un arrêt du 12 novembre 1986²⁵⁵⁵ dans lequel elle a écarté un acte de naissance roumain au motif qu'il inscrivait volontairement un lieu de naissance fictif pour l'enfant. La force probante de l'acte étranger a donc été écartée dans la mesure où ce dernier était manifestement contraire à la réalité. Dans un arrêt en date du 29 novembre 1994²⁵⁵⁶, la Cour de cassation a refusé d'accorder toute force probante à un acte étranger en se fondant sur le défaut de précision des mentions contenues dans ledit acte, et ce sans s'intéresser au respect du droit local. L'affaire portait sur la rectification de la date de naissance d'une personne née en Algérie et ayant opté pour la nationalité française par déclaration lors de l'indépendance. Un acte de naissance français avait été reconstitué par le service du ministère des Affaires étrangères sur la base d'un acte algérien faisant état d'une naissance le 30 mars 1941. L'intéressé avait obtenu une décision rectificative d'un procureur de la République algérien le 7 février 1989 fixant sa date de naissance au 30

²⁵⁵² Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. 1974, *Durassow*, n° 73-13209, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 257, note A. Huet ; *Gaz. Pal.* 1974, p. 380, note J. Viatte ; *JCP G* 1974, II, 17834, note P. Aymond.

²⁵⁵³ C. Bidaud-Garon, « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 », art. préc.

²⁵⁵⁴ Cass. crim., 13 oct. 1986, n° 86-94023, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 731, note M. Revillard.

²⁵⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1986, n°s 85-10183 et 85-10907, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 557, note É. Poisson-Drocourt ; *D.* 1987, p. 157, note J. Massip ; *JDI* 1987, p. 322, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD. civ.* 1988, p. 715, note J. Rubellin-Devichi. V. dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000, n° 99-10.848, *Rev. pers. et fam.* 2001, p. 20, note, M.-C. Le Boursicot ; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 349, note H. Muir Watt.

²⁵⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 1994, n° 93-10.760, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 543, note G. Droz ; *Deffrénois* 1995, p. 718, note J. Massip.

mars 1931. Il se prévalait d'un acte de naissance algérien portant mention de cette rectification et demandait, ainsi, au président du Tribunal de grande instance de Nantes de rectifier son acte de naissance français. La Cour de cassation se borne à affirmer que le document est dépourvu de valeur probante, car les indications qu'il contient ne suffisent pas à établir l'état de la personne concernée et permet, alors, « *aux tribunaux et aux cours d'appel d'écarter la présomption de l'article 47 du Code civil, dès lors qu'ils estiment que les faits énoncés dans l'acte ne suffisent pas à établir l'état de la personne* »²⁵⁵⁷. Dans un nouvel arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 24 octobre 2000²⁵⁵⁸, la contradiction des mentions contenues dans les actes étrangers invoqués a permis d'écarter la force probante des documents. En l'espèce, la première chambre civile affirme que la Cour d'appel « *a souverainement estimé que cette contradiction ne permettait pas de reconnaître à ces actes la valeur probante accordée par l'article 47 du Code civil aux actes de l'état civil faits en pays étrangers* ». Cet aperçu jurisprudentiel démontre que « *l'intensité de la force probante des actes de l'état civil étrangers semblait [...] diminuer au fil des décisions* ». Cependant, « *la manière dont cette force probante devait être appréciée et la méthode permettant de la remettre en cause n'ont jamais été énoncées explicitement par les arrêts rendus en la matière* »²⁵⁵⁹.

913. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la modification de l'article 47 du Code civil par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003²⁵⁶⁰. L'objectif de cette dernière est « *de concilier la force probante des actes de l'état civil étrangers et la lutte contre la fraude* »²⁵⁶¹. À cette fin, l'article 47 a été rédigé en ces termes : « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». Le principe de la force probante des actes étrangers n'est pas remis en cause par ce nouvel article. Cependant, son alinéa premier est complété en précisant explicitement les cas dans lesquels cette force probante peut être écartée. Ils sont au nombre de trois : si l'acte est irrégulier, falsifié ou inexact. La notion de régularité des actes de l'état civil étrangers « *fait référence à l'authenticité de l'acte envisagée dans le cadre de la qualification*

²⁵⁵⁷ C. Bidaud-Garon, « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 », art. préc.

²⁵⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2000, n° 98-22.105, *Bull. civ. I*, n° 263, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 332, note B. Ancel.

²⁵⁵⁹ C. Bidaud-Garon, « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 », art. préc.

²⁵⁶⁰ L. n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, préc.

²⁵⁶¹ C. Bidaud-Garon, « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 », art. préc.

[...] *qui devra respecter non seulement les formes étrangères, mais également assurer des garanties de fiabilité et de solennité équivalentes aux actes français de l'état civil* ²⁵⁶². Autrement dit, l'irrégularité « *peut survenir soit du non-respect des formes locales, par exemple, d'une tenue défectueuse des registres de l'état civil local, soit du non-respect d'une forme jugée impérative par le droit français, comme la date de l'acte ou de l'événement intéressant l'état civil* » ²⁵⁶³. En visant les actes falsifiés, le législateur français entend « *détecter et neutraliser tous les types de fraudes* » ²⁵⁶⁴ peu importe le moyen employé. La fraude peut notamment être caractérisée par l'« *usage de faux actes confectionnés par des personnes ou des officines privées* » ou par la « *confection de "vrais faux" actes d'état civil, constituée d'actes réguliers en la forme mais dont les événements relatés ne correspondent pas à la réalité* » ²⁵⁶⁵. La notion d'actes inexacts, actes dans lesquels « *les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* », permet à l'administration ou aux magistrats d'écarter l'acte s'il y a un doute sur le contenu de l'acte et la réalité. En d'autres termes, cette notion « *permet de remettre en cause la force probante des actes étrangers dont la véracité, l'exactitude n'est pas évidente* » ²⁵⁶⁶. Ce sera, par exemple, le cas d'un magistrat qui estime que d'apparence l'intéressé paraît beaucoup plus jeune ou beaucoup plus vieux que l'âge découlant de la date de naissance figurant sur l'acte étranger ²⁵⁶⁷. En définitive, « *tout indice, toute contradiction, toute invraisemblance permet la suppression de la valeur probante du document d'état civil* » ²⁵⁶⁸.

De plus, les quatre alinéas suivants ajoutés par la loi du 26 novembre 2003 « *sont relatifs à la manière dont les actes de l'état civil étrangers doivent être appréhendés, non pas par les magistrats, mais par les administrations françaises* » ²⁵⁶⁹. En effet, « *ils prévoient non seulement les pouvoirs de l'administration en cas de doute sur la régularité, l'exactitude ou l'absence de falsification, mais organisent également la procédure de vérification à laquelle ces doutes de l'administration peuvent donner lieu* » ²⁵⁷⁰.

²⁵⁶² M. Revillard, « Actes de l'état civil », préc., n° 52.

²⁵⁶³ C. Bidaud-Garon, « Etat civil. - Autorités compétentes. - Loi applicable. - Réception des actes étrangers en France », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 544, 15 févr. 2008, n° 238.

²⁵⁶⁴ *Ibid.*, n° 239.

²⁵⁶⁵ Sur les différents types de fraudes : V. Circ. 2003-03 CIV du 1^{er} avr. 2003 relative à la fraude en matière d'actes de l'état civil étrangers produits aux autorités françaises, *BOMJ*, n° 2003/90, 1^{er} avr. 2003, pp. 52-56.

²⁵⁶⁶ C. Bidaud-Garon, « Etat civil. - Autorités compétentes. - Loi applicable. - Réception des actes étrangers en France », préc., n° 240.

²⁵⁶⁷ *Ibid.*

²⁵⁶⁸ C. Bidaud-Garon, « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 », art. préc.

²⁵⁶⁹ *Ibid.*

²⁵⁷⁰ *Ibid.*

914. Enfin, l'article 47 du Code civil a été modifié par la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006²⁵⁷¹. Cette réforme a modifié l'alinéa 1^{er} en ce sens : « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». De plus, la loi du 14 novembre 2006 a supprimé la procédure spécifique de vérification prévue aux quatre derniers alinéas de l'article 47 jugée « *trop complexe* »²⁵⁷². Désormais, le texte « *se limite à poser le principe d'une possible vérification de l'acte, sans en définir les modalités* »²⁵⁷³. Il s'agit d'un contrôle purement administratif réalisé par l'autorité administrative elle-même ou à sa demande. En définitive, la présomption de l'article 47 du Code civil est aujourd'hui une présomption simple pouvant être combattue par l'un des moyens que prévoit ce même texte : l'irrégularité, la falsification ou l'inexactitude.

915. Sur le fondement de l'article 47 du Code civil, une circulaire du 25 janvier 2013²⁵⁷⁴ d'application immédiate a été adressée aux juridictions. Au sein de celle-ci, Madame Christiane Taubira, garde des Sceaux, indique que le seul soupçon du recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française, dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47 du Code civil. Cette circulaire a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État de la part de l'Association des juristes pour l'enfance. La requête a été rejetée dans une décision du 12 décembre 2014²⁵⁷⁵. Le Conseil d'État a validé la Circulaire en énonçant que « *la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de*

²⁵⁷¹ L. n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, préc.

²⁵⁷² S. Corneloup, « Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages », art. préc.

²⁵⁷³ L.-D. Hubert, G. Auvolat et P. Brunel, « Actes de l'état civil - État civil des étrangers en France », préc., n° 3.

²⁵⁷⁴ Circ. du 25 janv. 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – Convention de mère porteuse – État civil étranger, *BOMJ*, n° 2013-01, 31 janv. 2013. V. sur celle-ci : *JCP* 2013, actu. 161, obs. J.-R. Binet ; *JCP* 2013, actu. 162, obs. N. Mathey ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 8, comm. C. Brunetti-Pons ; *Dr. fam.* 2013, comm. 42, obs. C. Neirinck ; *RJPF* 2013, n° 3, comm. I. Corpart ; *Dr. fam.* 2013, repère 3, comm. V. Larribau-Terneyre. ²⁵⁷⁵ CE, 12 déc. 2014, n° 367324, *AJDA* 2015, p. 357, note J. Lepoutre ; *D.* 2015, p. 352, concl. X. Domino ; *D.* 2015, p. 357, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2015, p. 450, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *D.* 2015, p. 649, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2015, p. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *D.* 2015, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2015, p. 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015, p. 53, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2015, p. 163, concl. X. Domino ; *RTD civ.* 2015, p. 114, obs. J. Hauser.

*nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du Code civil*²⁵⁷⁶ *et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie* »²⁵⁷⁷.

916. Afin d'autoriser la transcription des actes de naissance étrangers d'enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui sur les registres de l'état civil français, la Cour de cassation s'est justement fondée sur l'article 47 du Code civil. Considérant que lesdits actes de naissance répondaient aux exigences posées par ce texte, la juridiction suprême a opéré un revirement de jurisprudence.

II. Un acte de naissance conforme aux exigences posées par l'article 47 du Code civil

917. Le revirement de jurisprudence opéré par les arrêts en date du 3 juillet 2015²⁵⁷⁸ rendus par la Cour de cassation a autorisé une transcription totale de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français en ce que celui-ci désignait le père biologique en tant que père et la femme ayant accouché en tant que mère, ce qui correspond à la réalité au sens du droit français (A). Néanmoins, la Cour de cassation est allée plus loin en se prononçant dans le cadre de plusieurs affaires le 5 juillet 2017²⁵⁷⁹. En effet, les juges ont considéré qu'une transcription partielle de l'acte de naissance, désignant le père biologique et la mère d'intention, est possible, mais uniquement concernant la branche paternelle (B). Il s'agissait, en l'espèce, de conventions de gestation pour autrui conclues à l'étranger par des hommes célibataires ou par des couples hétérosexuels. Cependant, leur étude est indispensable dans la construction du statut des enfants nés à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui.

²⁵⁷⁶ Selon l'article 18 du Code civil, « *est français l'enfant, légitime ou naturel, dont l'un des parents au moins est français* ».

²⁵⁷⁷ CE, 12 déc. 2014, n° 367324, préc., consid. 11.

²⁵⁷⁸ Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n°s 14-21.323 et 15-50.002, préc.

²⁵⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n°s 15-28.597, 16-16.901, 16-50.052, 16-16.455 et 16-16.495, *D.* 2017, p. 1737, note H. Fulchiron ; *D.* 2017, p. 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2018, p. 641, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2018, p. 765, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *D.* 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017, p. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.* 2017, p. 375, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2017, p. 431, obs. P. Salvage-Gerest ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 143, note S. Bollée.

A. Une transcription totale de l'acte de naissance

918. Dans les deux affaires à l'origine des arrêts du 3 juillet 2015²⁵⁸⁰, les enfants étaient nés à Moscou à la suite d'une convention de gestation pour autrui conclue avec une ressortissante russe. Les actes de naissance avaient été dressés en Russie désignant le père biologique de nationalité française en tant que père et la femme ayant accouché comme mère. Dans l'une des deux affaires, la Cour d'appel de Rennes, par son arrêt du 15 avril 2014²⁵⁸¹, a retenu l'argumentation du procureur de la République qui s'était opposé à la demande de transcription au motif de l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour autrui. Dans la seconde affaire, la Cour d'appel de Rennes, le 16 décembre 2014²⁵⁸², a autorisé la transcription en se limitant au contrôle de la régularité des actes d'état civil établis à l'étranger et à la conformité des énonciations avec la réalité. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation considère que le seul recours à une convention de gestation pour autrui conclue entre un père français et une mère porteuse étrangère ne permet pas de justifier le refus de transcription sur les registres de l'état civil français dès lors qu'il n'est ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui sont déclarés correspondent à la réalité. Ainsi, dans le premier de ses arrêts, la Cour casse l'arrêt d'appel en visant l'article 47 du Code civil relatif aux conditions formelles de la transcription sur l'état civil français des états civils établis à l'étranger, l'article 7 du décret du 3 août 1962 sur l'état civil et l'article 8 de la Convention européenne²⁵⁸³. Dans le second, elle rejette le pourvoi en considérant que la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance²⁵⁸⁴.

919. Ces deux arrêts sont d'une importance fondamentale, car la Cour de cassation abandonne sa position précédente, soit le refus de laisser produire le moindre effet aux situations nées à l'étranger impliquant un contrat de gestation pour autrui. Néanmoins, ce revirement jurisprudentiel reste limité à une hypothèse particulière et n'apporte aucune réponse concernant la parenté d'intention²⁵⁸⁵ dont il n'était pas question en l'espèce. Les juges autorisent

²⁵⁸⁰ Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n^{os} 14-21.323 et 15-50.002, préc. V. aussi : Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n^o 12-30.138, *D.* 2019, p. 228, note P. Deumier et H. Fulchiron ; *D.* 2019, p. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2019, p. 725, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *D.* 2019, p. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2018, p. 613, obs. M. Saulier ; *AJ fam.* 2018, p. 569, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2019, p. 90, obs. Leroyer ; *Gaz. Pal.* 2018, p. 3079, obs. P. Le Maigat.

²⁵⁸¹ CA Rennes, 15 avr. 2014, n^o 13/01047, *AJ fam.* 2015, p. 313, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2016, p. 857, note F. Granet-Lambrechts.

²⁵⁸² CA Rennes, 16 déc. 2014, n^o 13/08461, *AJ fam.* 2015, p. 313, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2016, p. 857, note F. Granet-Lambrechts.

²⁵⁸³ Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n^o 14-21.323, préc.

²⁵⁸⁴ Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n^o 15-50.002, préc.

²⁵⁸⁵ Cf. *infra* n^o 1161 et s.

la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français en relevant que les conditions d'obtention de la force probante prévues par l'article 47 du Code civil sont remplies. En effet, il apparaît que les actes de naissance en question étaient réguliers, exempts de falsification et conformes à la réalité. La régularité des actes ne faisait en l'espèce aucun doute dans la mesure où ces derniers mentionnaient en tant que père, le père biologique de l'enfant et en tant que mère, la mère porteuse. Autrement dit, l'adage *mater semper certa*²⁵⁸⁶ était respecté étant donné qu'il s'agissait de la femme ayant accouché. La solution aurait pu être différente si la femme mentionnée dans l'acte de naissance n'était pas celle ayant accouché²⁵⁸⁷. En effet, « au niveau de la seule force probante de l'acte étranger, cela pourrait justifier un défaut de régularité car il y aurait non-respect d'une règle jugée impérative par le droit français : *mater semper certa* ... »²⁵⁸⁸. La situation est similaire si l'acte de naissance mentionne deux pères dans la mesure où, en droit français, seule l'adoption peut donner lieu à un tel acte de naissance²⁵⁸⁹. Par conséquent, « sur le seul terrain de l'article 47 du Code civil et de la force probante de cet acte, il n'est pas certain que cet acte puisse être jugé régulier puisque, s'il respecte bien la loi étrangère, il ne respecte pas les règles françaises »²⁵⁹⁰. Ensuite, les actes de naissance dressés en Russie n'étaient pas falsifiés étant donné que l'établissement de l'acte de naissance est le résultat du respect de l'obligation de déclaration de naissance aux officiers d'état civil russes. Or, la déclaration à l'officier de l'état civil « n'a pas pour but d'é luder la prohibition française de la GPA. Elle n'est que le respect d'une disposition territoriale impérative »²⁵⁹¹. Enfin, les faits contenus dans les actes de naissance étrangers sont conformes à la réalité en ce que les pères des enfants sont bien leur père biologique et les mères sont bien celles qui ont accouché. Autrement dit, « la conception française de la "réalité de la filiation" [...] l'emporte, quel que soit le cadre dans lequel l'enfant a été conçu et porté »²⁵⁹². Plus exactement, cette réalité est double : « purement biologique pour le père d'intention géniteur ; juridique pour la mère

²⁵⁸⁶ En droit français, est appliquée la règle *mater semper certa* selon laquelle toute femme qui accouche est la mère de l'enfant. Cf. *infra* n° 1200.

²⁵⁸⁷ Cf. *infra* n° 932.

²⁵⁸⁸ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1819.

²⁵⁸⁹ Cf. *infra* n° 938.

²⁵⁹⁰ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », art. préc.

²⁵⁹¹ *Ibid.*

²⁵⁹² L. Rass-Masson, « La saisine a posteriori des juridictions afin de « légitimer » les pratiques illégales en France réalisées à l'étranger : le regard du juriste international », in B. Legros (dir.), *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, op. cit., p. 32.

porteuse qui est celle qui accouche, donc que le droit français identifie comme mère [...], mais dont on ne sait pas si elle est aussi la mère biologique de l'enfant »²⁵⁹³.

920. Le 5 juillet 2017, la Cour de cassation s'est de nouveau prononcée au travers de plusieurs arrêts²⁵⁹⁴ relatifs à la transcription sur les registres de l'état civil français d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger à la suite de conventions de mère porteuse. Cependant, ces arrêts diffèrent de ceux rendus par la Cour de cassation en 2015 dans la mesure où les actes de naissance litigieux n'indiquent pas le père biologique et la mère ayant accouché comme parents de l'enfant, mais ce premier et la mère d'intention aboutissant alors à une transcription partielle.

B. Une transcription partielle de l'acte de naissance

921. Dans la première des affaires soumises à la Cour de cassation le 5 juillet 2017²⁵⁹⁵, deux enfants sont nés en Californie à la suite d'un contrat de gestation pour autrui conclu entre un Français et une mère porteuse américaine. Les actes de naissance américains des deux enfants, dressés conformément à un jugement de la cour supérieure de l'État de Californie, indiquent que les deux enfants sont nés du père biologique et de son épouse. Le procureur de la République s'est opposé à la demande de transcription de ces actes de naissance sur les registres de l'état civil français en invoquant l'existence d'une convention de gestation pour autrui. Les faits à l'origine de la deuxième affaire²⁵⁹⁶ sont similaires à ceux de la première. Deux enfants sont nés en Ukraine à la suite d'une convention de gestation pour autrui. Aux termes de leurs actes de naissance, établis par les autorités ukrainiennes, les enfants ont pour parents leur père biologique et son épouse, tous deux de nationalité française. Le procureur de la République s'est opposé à la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil consulaire français, au motif que les enfants sont nées à la suite d'une convention de gestation pour autrui. Faute de transcription conformément aux décisions rendues en première instance et en appel, les deux couples ont formé un pourvoi en cassation.

922. La Cour de cassation distingue les deux branches de la parenté afin de se prononcer sur la possible transcription des actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil français. Concernant la filiation paternelle, elle confirme la jurisprudence établie par les arrêts du 3 juillet 2015. En s'abritant derrière l'article 47 du Code civil, la Cour retient que la transcription s'impose dans la mesure où rien ne permet de douter de la véracité des mentions

²⁵⁹³ P. Hammje, « Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui – Aspects de droit international privé », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, op. cit., p. 175 et s., spéc. p. 191.

²⁵⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n^{os} 15-28.597, 16-16.901, 16-50.052, 16-16.455 et 16-16.495, préc.

²⁵⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n^o 15-28.597, préc.

²⁵⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n^o 16-16.901, préc.

indiquées dans l'acte de naissance. En revanche, la Cour rappelle que concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de l'article 47 du Code civil, est la réalité de l'accouchement. Or, étant donné que la mère d'intention n'a pas accouché des enfants tant nés en Californie, qu'en Ukraine, les actes de naissance étrangers n'étaient pas conformes à la réalité en ce qu'ils la désignaient comme mère. Ainsi, ils ne peuvent, s'agissant de cette désignation, être transcrits sur les registres de l'état civil français. En définitive, la Cour de cassation autorise une transcription partielle des actes de naissance établis à l'étranger en ce qu'ils désignent le père biologique comme père des enfants nés à la suite du contrat de gestation pour autrui, mais pas en ce qu'ils désignent la mère d'intention. Elle considère que « *le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention [...] résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil* ». À l'argument des requérants invoquant une violation du droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, la Cour répond que « *ce refus de transcription ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, au regard du but légitime poursuivi* ». À cette fin, elle avance trois arguments. Tout d'abord, le fait que « *l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises* ». Ensuite, qu'« *en considération de l'intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du Code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle* ». Enfin, que l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et le parent d'intention²⁵⁹⁷. À l'argument reposant sur la discrimination fondée sur les circonstances de la naissance, la Cour répond également par la négative en utilisant les mêmes arguments que ceux présentés afin d'écarter la violation du droit au respect de la vie privée et familiale des enfants. En réalité, la prétention des requérants repose sur une confusion entre transcription des actes et reconnaissance de la filiation. En effet, « *le problème n'est pas que la mère indiquée dans l'acte de naissance ne soit pas la mère biologique, mais qu'elle ne soit pas la femme qui a accouché* »²⁵⁹⁸. Les situations n'étant pas les mêmes, la différence de traitement est justifiée.

²⁵⁹⁷ Cf. *infra* n° 1031.

²⁵⁹⁸ H. Fulchiron, « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.*, 2017, p. 1737.

923. En revanche, dans l'un des arrêts rendus le 5 juillet 2017²⁵⁹⁹, « *la Cour de cassation, s'inscrivant dans la ligne de l'arrêt Campanelli-Paradiso de la Cour européenne, réaffirme qu'invoquer le respect des droits fondamentaux, en général, et la protection du droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale, en particulier, ne permet pas de valider n'importe quel comportement* »²⁶⁰⁰. En l'espèce, un enfant, né en Inde, avait été inscrit sur les registres consulaires français comme né de ses parents d'intention - couple hétérosexuel - sur la base de faux documents de grossesse et d'un faux certificat d'accouchement. Les échographies et examens médicaux de la mère porteuse ont été modifiés afin qu'ils confirment une grossesse de l'épouse. À la demande du ministère public, les juges du fond avaient annulé l'acte de naissance dressé par l'officier de l'état civil français sur le fondement de l'article 48 du Code civil. La Cour de cassation confirme la nullité en relevant que, dans de telles circonstances, la Cour d'appel n'est pas tenue de procéder à une recherche inopérante relative à la possession d'état de l'enfant ou à la réalité de la filiation biologique paternelle, que l'acte de naissance dressé sur les registres consulaires était entaché de nullité. De plus, elle affirme que les parents d'intention n'ont pas sollicité, en application de l'article 47 du Code civil, la transcription de l'acte de l'état civil indien dont dispose l'enfant. Par conséquent, ils ne sont pas fondés à invoquer une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

924. L'autorisation de la transcription partielle de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français limitée en ce que ledit acte désigne le père conformément à la vérité biologique a été confirmée dans un arrêt du 29 novembre 2017²⁶⁰¹. Sous le visa de l'article 47 du Code civil, la première chambre civile de la Cour de cassation rappelle que, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement. Ainsi, l'arrêt rendu par la Cour d'appel est cassé pour avoir fait droit à la demande de transcription en y mentionnant le nom de la mère d'intention tout en ayant constaté le défaut d'accouchement. En effet, « *la réalité, au sens de l'article 47 du Code civil, est la réalité matérielle de l'événement déclaré, mais également celle qui existe juridiquement au jour où l'acte de naissance est dressé* ». Si la position jurisprudentielle est résumée pour certains par

²⁵⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16.495, préc.

²⁶⁰⁰ H. Fulchiron, « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », art. préc.

²⁶⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 2017, n° 16-50.061, *D.* 2017, p. 2477 ; *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *D.* 2018, p. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2018, p. 122, obs. A. Dionisi-Peyrusse. V. dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2018, n° 17-50.021, *D.* 2018, p. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2018, p. 198, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2018, p. 377, obs. A.-M. Leroyer. Pour une application à l'égard d'un couple homosexuel masculin : Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n°s 18-50.006 et 18-50.008, *D.* 2019, p. 585 ; *AJ fam.* 2019, p. 218, obs. F. Berdeaux ; *AJ fam.* 2019, p. 175, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

le constat suivant : « *les actes sont valables, le processus antérieur est sans importance et la forme dissimule le fond* »²⁶⁰². En réalité, il semble que le compromis adopté par la Cour de cassation, « *malgré la différence de traitement entre la filiation paternelle et la filiation maternelle qu'elle implique [...], permet d'accorder à l'enfant né de GPA un statut sécurisant* »²⁶⁰³.

925. Il n'est pas à démontrer que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et l'application de la Convention européenne guident la position adoptée par la Cour de cassation française. Ainsi, la conformité de la position jurisprudentielle française en ce qu'elle autorise la transcription des actes de naissance étrangers uniquement en qu'ils sont conformes à la réalité au sens de l'article 47 du Code civil se vérifie-t-elle au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme ?

Paragraphe 2. La position jurisprudentielle française confrontée à l'article 8 de la Convention européenne

926. Afin d'anticiper une éventuelle nouvelle condamnation et de favoriser le dialogue entre les juges internes et les juridictions supranationales, la Cour de cassation a pris le parti d'adresser une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'Homme à propos de l'état de sa jurisprudence concernant la réception en France des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger (I). Si à l'heure actuelle, la solution adoptée par la jurisprudence française semble transposable à l'égard des couples de personnes de même sexe, il n'est pas certain que ce constat perdure dans le temps (II).

I. La demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne

927. La Cour de cassation s'est récemment tournée vers la Cour européenne afin de lui adresser une demande d'avis consultatif, option offerte par le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme (A). La réponse donnée par la Cour semble *a priori* valider la jurisprudence française (B).

²⁶⁰² J. Hauser, « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez y a rien à voir ! », *RTD civ.*, 2015, p. 581.

²⁶⁰³ P. Bonfils et A. Gouttenoire, « Droit des mineurs », *D.*, 2017, p. 1727.

A. Une option offerte par le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme

928. Le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme, signé à Strasbourg le 2 octobre 2013, prévoit la possibilité pour les plus hautes juridictions des États parties, d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Cour européenne sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. Il s'agit d' « *un instrument de dialogue adapté permettant de rompre la chaîne infernale de l'épuisement des voies de recours internes et de la condamnation éventuelle pour violation de la convention* »²⁶⁰⁴. L'entrée en vigueur du protocole était subornée aux signatures et ratifications de dix États parties, en vertu de l'article 8 du même texte. La loi française du 3 avril 2018²⁶⁰⁵ a autorisé la ratification dudit protocole. Ainsi, la France a ratifié le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme le 12 avril 2018. Par la même, elle déclenche son entrée en vigueur le 1^{er} août 2018 à l'égard des États l'ayant signé et ratifié²⁶⁰⁶ dans la mesure où l'État français constitue le dixième État à avoir procédé à la signature et à la ratification du texte.

929. En vertu du préambule du protocole n° 16, le texte a pour objectif de renforcer l'interaction entre la Cour européenne et les autorités nationales et de consolider la mise en œuvre de la Convention. L'article 1 vise les plus hautes juridictions des États parties, autrement dit celles situées « *au sommet du système judiciaire national* »²⁶⁰⁷. Pour la France, ce sont le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation²⁶⁰⁸. En vertu de l'article premier du protocole n° 16, la demande de ces derniers doit concerner « *des questions de*

²⁶⁰⁴ J. Andriantsimbazovina, « Premier avis consultatif Protocole 16 rendu par la CEDH : entre dialogue des juges et questions de société », *Gaz. Pal.*, 9 juill. 2019, p. 21.

²⁶⁰⁵ L. n° 2018-237 du 3 avril 2018 autorisant la ratification du protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *JORF*, n° 0078, 4 avr. 2018, texte n° 1. V. notamment : H. Hurpy, « CEDH : l'année 2018 marquée par l'entrée en vigueur du protocole n° 16 », *JCP G*, n° 5, 2019, p. 115 ; C. Gauthier, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre expériences et questionnements », *RTDH*, vol. 117, pp. 43-65 ; G. Payan, « La saisine pour avis de la CEDH : entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RLDC*, 2018, n° 161, p. 32 ; F. Sudre, « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16 », *JCP G*, n° 17, 2018, p. 473.

²⁶⁰⁶ Les États ayant signé et ratifié le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme et pour lesquels ce dernier est entré en vigueur le 1^{er} août 2018 sont les suivants : l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Finlande, la France, la Géorgie, la Lituanie, Saint-Martin et l'Ukraine. En outre, depuis cette date, le protocole est entré en vigueur en Andorre, en Grèce et aux Pays-Bas.

²⁶⁰⁷ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, n° 8. Disponible sur : https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_FRA.pdf.

²⁶⁰⁸ *Compte rendu du Conseil des ministres du 20 déc. 2017*. Disponible sur : <https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-12-20/sauvegarde-des-droits-de-l-homme-et-des-libertes-fondamental>.

principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». La juridiction interne ne peut solliciter un avis consultatif que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle. Ainsi, il ne s'agit pas de permettre « *un examen théorique de la législation qui n'a pas à être appliquée dans l'affaire pendante* »²⁶⁰⁹. Par conséquent, « *la compétence consultative de la Cour s'exerce [...] à propos d'affaires contentieuses où sont en cause des droits individuels et s'avère étroitement complémentaire de la compétence contentieuse qu'elle exerce dans le cadre des recours individuels* »²⁶¹⁰. La juridiction qui procède à la demande doit la motiver, autrement dit « *avoir examiné la nécessité et l'utilité de demander un avis consultatif à la Cour* »²⁶¹¹. De plus, elle doit être en mesure de produire les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire. En effet, la Cour européenne « *n'a pas à examiner la recevabilité de la requête, à établir les faits ou contrôler les dispositions de droit interne applicables [...], à trancher l'affaire pendante devant la juridiction, mais doit pouvoir, au vu des éléments précis qui lui sont fournis, se prononcer sur la question de principe qui motive la demande* »²⁶¹². L'acceptation de la demande d'avis consultatif appartient à un collège de cinq juges de la Grande Chambre²⁶¹³ qui possède donc un pouvoir discrétionnaire. En cas de refus, ce dernier doit être motivé « *ce qui fournira des orientations aux juridictions internes lorsqu'elles envisagent de faire une demande et contribuera ainsi à dissuader les demandes inadéquates* »²⁶¹⁴. En cas d'acceptation, la Grande Chambre rend un avis consultatif motivé et non contraignant. Le rapport consultatif au protocole n° 16 précise que les avis « *interviennent dans le contexte du dialogue judiciaire entre la Cour et les juridictions internes* ». Par conséquent, « *la juridiction qui a procédé à la demande décide dès lors des effets de l'avis consultatif sur la procédure interne* »²⁶¹⁵. De plus, selon ce même rapport, si les avis consultatifs n'ont aucun effet direct sur d'autres requêtes ultérieures, ils s'insèrent, toutefois, dans la jurisprudence de la Cour européenne²⁶¹⁶.

²⁶⁰⁹ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, préc., n° 10.

²⁶¹⁰ F. Sudre, « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16 - Une embellie pour la Convention EDH ? », *JCP G*, n° 17, 23 avr. 2018, p. 473.

²⁶¹¹ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, préc., n° 11.

²⁶¹² F. Sudre, « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme - À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G*, n° 42, 14 oct. 2013, doctr. 1086, spéc. n° 15.

²⁶¹³ La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme doit s'entendre telle que définie par l'article 26 de la Convention européenne des droits de l'Homme. En d'autres termes, elle est composée de dix-sept juges dont le président de la Cour, les vice-présidents, les présidents des chambres, le juge élu au titre d'une Haute Partie contractante partie au litige et d'autres juges désignés conformément au règlement de la Cour.

²⁶¹⁴ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, préc., n° 15.

²⁶¹⁵ *Ibid.*, n° 25.

²⁶¹⁶ *Ibid.*, n° 27.

Néanmoins, « on voit mal [...] pour quelle raison le Conseil d'État, la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel ne suivraient pas l'avis qu'ils auraient eux-mêmes sollicité et, outre cette incohérence, prendraient le risque d'une condamnation ultérieure de la France à l'occasion d'un recours individuel devant la Cour »²⁶¹⁷.

930. En définitive, « le mécanisme préventif mis en place [...] vise à instaurer un rapport de collaboration fondé sur le dialogue entre les juges, permettant aux juridictions nationales de s'assurer auprès de la Cour de la compatibilité avec la Convention de mesures nationales et de remédier en amont à une éventuelle incompatibilité »²⁶¹⁸. Autrement dit, « l'idée sous-jacente [...] est bien de compléter le système "répressif" actuel par un système préventif qui évite la sanction des États par la mise en place d'un dialogue entre les juges avant toute saisine contentieuse »²⁶¹⁹. La Cour de cassation française a été la première à utiliser le nouvel outil conventionnel que procure le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme afin d'interroger la Cour européenne sur l'état de sa jurisprudence relative à la réception des filiations issues de gestations pour autrui pratiquées à l'étranger.

B. Une jurisprudence française a priori validée par l'avis de la Cour européenne

931. Seulement quelques mois après l'entrée en vigueur du protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a adressé une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'Homme à l'occasion d'un arrêt en date du 5 octobre 2018²⁶²⁰. En réalité, il ne s'agit que du prolongement de l'affaire *Mennesson*. Il convient de préciser que « pour contourner l'autorité de chose jugée attachée aux décisions internes définitives qui auraient refusé l'établissement de la filiation d'enfants nés à l'étranger à la suite d'une GPA »²⁶²¹, la loi du 18 novembre 2016²⁶²² a ajouté les articles L. 452-1 à L. 452-6 au Code de l'organisation judiciaire. En vertu du premier de ces

²⁶¹⁷ F. Sudre, « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16 - Une embellie pour la Convention EDH ? », art. préc.

²⁶¹⁸ *Ibid.*

²⁶¹⁹ F. Benoît-Rohmer, « Le Protocole 16 ou le renouveau de la fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes de la Journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg, 25 janv. 2019, p. 1 et s., spéc. p. 3. Disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/6959?file=1>.

²⁶²⁰ Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, *D.* 2019, p. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2019, p. 228, note P. Deumier et H. Fulchiron ; *D.* 2019, p. 725, obs. J.-C. Galloux ; *AJ fam.* 2018, p. 613, obs. M. Saulier ; *AJ fam.*, p. 569, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2018, p. 847, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2018. 1190, note A. Gouttenoire et F. Sudre.

²⁶²¹ J.-P. Marguénaud, « L'affaire Mennesson à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2018, p. 847.

²⁶²² L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, préc.

articles, « le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables ».

932. Cette procédure de réexamen des décisions définitives en matière d'état des personnes a d'ailleurs été utilisée dans les affaires *Foulon* et *Bouvet*. Dans un arrêt rendu, également, le 5 octobre 2018²⁶²³, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a appliqué la solution posée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 juillet 2016²⁶²⁴. Elle a ainsi rejeté le pourvoi du Procureur général près la Cour d'appel de Rennes et ordonné la transcription des actes de naissance, indiquant les mères porteuses indiennes et les pères géniteurs, des trois enfants nés en Inde à l'issue de gestations pour autrui. Néanmoins, dans le cadre de l'affaire *Menesson*, la situation était différente dans la mesure où les actes de naissance américains faisaient mention du couple de nationalité française, soit le père géniteur et la mère d'intention. Ces derniers ont saisi la Cour de réexamen des décisions civiles qui a fait droit à leur demande dans un arrêt du 16 février 2018²⁶²⁵ justifiant, ainsi, l'intervention de l'Assemblée plénière. Les parents d'intention dénoncent l'annulation de la transcription des actes de naissance de leurs jumelles sur les registres de l'état civil français prononcée par la Cour de cassation le 6 avril 2011²⁶²⁶. Cette position a été condamnée le 26 juin 2014 par la Cour européenne des droits de l'Homme en ce qu'elle constitue une violation du droit au respect de la vie privée des enfants²⁶²⁷. Or, selon la jurisprudence établie par la Cour de cassation en 2015²⁶²⁸ puis en 2017²⁶²⁹, seule une transcription partielle de ces actes de naissance est possible en ce qu'elle désigne le père biologique des enfants. En effet, la mention du nom de la mère d'intention ne correspond pas à la réalité au sens de l'article 47 du Code civil dans la mesure

²⁶²³ Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 12-30.138, préc.

²⁶²⁴ Cour EDH, 21 juill. 2016, *Foulon c./ France*, req. n° 9063/14 et *Bouvet c./ France*, req. n° 10410/14, préc.

²⁶²⁵ Cass., c. réexamen, 16 févr. 2018, n° 16-02-2018, *AJ fam.* 2018, p. 178, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2018, p. 825, note J. Guillaumé ; *D.* 2018, p. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2018, comm. 94, H. Fulchiron ; *JCP G* 2018, p. 344, A. Gouttenoire.

²⁶²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, préc.

²⁶²⁷ Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc.

²⁶²⁸ Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, nos 14-21.323 et 15-50.002, préc.

²⁶²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, nos 15-28.597, 16-16.901, 16-50.052, 16-16.455 et 16-16.495, préc.

où ce n'est pas la femme ayant accouché. « *Manifestement incertaine de [...] [la] solidité* »²⁶³⁰ de sa jurisprudence, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et adresse une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'Homme en vertu du protocole n° 16 à la Convention. Elle la questionne sur deux points principaux. D'une part, elle souhaite savoir si « *en refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un État partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention [...] ? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" » ? D'autre part, « *dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ?* »²⁶³¹.*

933. Cette demande d'avis consultatif est sans aucun doute bienvenue tant la question des effets en France d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger divise et interroge la jurisprudence française depuis plusieurs années. Néanmoins, « *la question était [...] délicate [...] [car] le contexte dans lequel la Cour avait été saisie ne correspondait pas vraiment aux hypothèses envisagées par les rédacteurs du protocole : il ne s'agissait pas d'interroger la Cour sur une difficulté nouvelle ou une jurisprudence incertaine, mais de lui faire préciser le sens et la portée d'un de ses arrêts et, corrélativement, de valider ou d'infirmer la traduction qui en avait été faite par les juridictions d'un État partie* »²⁶³². En outre, la Cour de cassation a interrogé la Cour européenne sur une question n'entrant pas le cadre du litige. En effet, la demande relative à la transcription de l'acte de naissance lorsque la mère d'intention est également la mère biologique de l'enfant ne concernait pas les faits de l'affaire *Menesson* dans la mesure où la mère d'intention n'était pas la mère génétique des jumelles.

934. Très attendu, l'avis de la Cour européenne des droits de l'Homme a été rendu le 10 avril 2019²⁶³³. La Cour prend le soin de rappeler qu'en l'espèce, il lui appartient de se prononcer

²⁶³⁰ A. Dionisi-Peyrusse, « Première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (sur réexamen) : la GPA au service de l'épanouissement du dialogue des juges », *AJ fam.*, 2018, p. 613.

²⁶³¹ Sur l'établissement du lien de filiation à l'égard du parent d'intention non biologiste : Cf. *infra* n° 1161 et s.

²⁶³² H. Fulchiron, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *D.*, 2019, p. 1084.

²⁶³³ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, *D.* 2019, p. 1084, note H. Fulchiron ; *D.* 2019, p. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2019, p. 289, obs. P. Salvage-Gerest ; *AJ fam.* 2019, p. 233, obs. A.

sur le lien de filiation entre une mère d'intention et des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui et issus des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse. Ainsi, la Grande chambre affirme, tout d'abord, que « *le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale"* »²⁶³⁴. Elle poursuit en énonçant que « *le droit au respect de la vie privée de l'enfant [...] ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Quant à la question relative à la situation où l'enfant est issu des gamètes de la mère d'intention, la Grande chambre semble, dans un premier temps, exclure cette question particulière²⁶³⁵. Néanmoins, elle se prononce finalement sur la question en énonçant qu'elle « *juge important de préciser que [...] la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori dans un tel cas* »²⁶³⁶.

935. Ainsi, la transcription partielle des actes de naissance étrangers en qu'ils désignent le père biologique de l'enfant, mais pas la mère d'intention n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. En d'autres termes, la position jurisprudentielle française est validée par la Cour européenne. Cependant, la Cour insiste sur le fait « *qu'elle pourrait être appelée à l'avenir à développer sa jurisprudence dans ce domaine, étant donné en particulier l'évolution de la question de la gestation pour autrui* »²⁶³⁷. En effet, « *face à une question aussi sensible en pleine discussion dans tous les pays européens, la Cour de Strasbourg n'entend pas délivrer un avis qui la lierait pour toujours* »²⁶³⁸. Si à l'heure actuelle, rien n'impose que l'État français accepte la transcription des actes de naissance en ce qu'ils désignent la mère d'intention, le droit au respect de la vie privée d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui implique que le droit français offre une possibilité de

Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2019, p. 307, obs. A.-M. Leroyer ; *RTD civ.* 2019, p. 286, note. J.-P. Marguénaud ; *JDI* 2019, var. 8, p. 1149, J. Heymann et F. Marchadier.

²⁶³⁴ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 32.

²⁶³⁵ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., §§ 28 et 29.

²⁶³⁶ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 47.

²⁶³⁷ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 36.

²⁶³⁸ J.-P. Marguénaud, « Le renforcement de l'interaction entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA », *RTD civ.*, 2019, p. 286.

reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la mère légale. S'agissant des modalités de cette reconnaissance, la Cour européenne affirme qu'elle peut, notamment, se faire par le biais de l'adoption à condition que ses modalités soient aptes à garantir l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant²⁶³⁹.

936. À la suite de cet avis, l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée le 4 octobre 2019²⁶⁴⁰ clôturant, ainsi, l'affaire *Menesson*. Outrepassant l'obligation imposée par la Cour européenne de reconnaître un lien de filiation avec la mère d'intention, la Cour relève qu' « *en l'espèce, s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée [...] [des jumelles] consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et alors qu'il y a lieu de mettre fin à cette atteinte, la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes des actes de naissance établis à l'étranger [...] ne saurait être annulée* »²⁶⁴¹. Autrement dit, la Cour de cassation autorise la transcription totale de l'acte de naissance étranger qui désigne pourtant la mère d'intention comme mère légale de l'enfant alors que cette dernière n'est pas celle ayant accouché. La Cour européenne des droits de l'Homme « *n'imposait pas à la France une solution aussi radicale* »²⁶⁴², mais tant l'arrêt d'Assemblée plénière que le communiqué de presse l'accompagnant prennent le soin de préciser que cette position est spécifique aux circonstances particulières de l'espèce, notamment la durée très importante de l'affaire et le fait que les deux jumelles soient désormais majeures. La portée de l'arrêt du 4 octobre 2019 semble « *donc limitée puisqu'elle s'inscrit dans un contexte spécifique : un contentieux long de plus de seize années durant lesquelles le lien entre la mère d'intention et les enfants s'est concrétisé. À défaut d'une telle concrétisation, la transcription de la filiation maternelle sera toujours certainement refusée* »²⁶⁴³.

937. Le dénouement de l'affaire *Menesson* a été présenté comme étant propre aux circonstances particulières de l'espèce et ne semblait pas, au jour où la solution a été rendue, constituer une solution de principe de la Cour de cassation. Ainsi, il convient de s'attarder sur

²⁶³⁹ Sur l'établissement de la filiation à l'égard du parent d'intention non biologique : Cf. *infra* n° 1161 et s.

²⁶⁴⁰ Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *AJ fam.* 2019, p. 481, note L. Brunet ; *AJ fam.* 2019, p. 487, A. Dionisi-Peyrusse ; *JDI* 2020, p. 8, note J. Heymann et F. Marchadier ; *RJPF* 2019, 27, obs. A. Gouëzel ; *AJ fam.* 2019, p. 592, obs. G. Kessler ; *JCP G* 2019, 1184, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *D.* 2019, p. 2228, note H. Fulchiron et C. Bidaud.

²⁶⁴¹ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 19.

²⁶⁴² L. Brunet, « Affaire *Menesson* : épilogue », *AJ fam.*, 2019, p. 481.

²⁶⁴³ J. Guillaumé, « La saga *Menesson* : les premières fois ... », *D.*, 2019, p. 2000.

la position jurisprudentielle française issue des arrêts de 2015²⁶⁴⁴ et 2017²⁶⁴⁵ validée par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme²⁶⁴⁶ afin de tenter de transposer la solution aux couples de personnes de même sexe.

II. Une solution *a priori* transposable aux couples de personnes de même sexe

938. Dans deux arrêts en date du 20 mars 2019²⁶⁴⁷, la première chambre civile de la Cour de cassation applique la même solution dans des couples impliquant deux personnes de même sexe. Les faits à l'origine des deux affaires sont similaires. Des enfants sont nés aux États-Unis à la suite d'une gestation pour autrui. Leurs actes de naissance américains désignent pour parents deux hommes : le père biologique et le père d'intention non biologique. Dans les deux cas, la Cour d'appel de Rennes, le 18 décembre 2017, a ordonné la transcription partielle des actes de naissance des enfants sur les registres de l'état civil français en relevant que ces derniers n'étaient ni irréguliers, ni falsifiés et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité s'agissant de la désignation du premier de ces hommes en qualité de père biologique. Le procureur général près la cour d'appel de Rennes fait grief aux arrêts d'appel d'ordonner la transcription partielle selon le moyen qu'il n'est pas mentionné le nom de la femme qui a accouché des enfants dans les actes de naissance et que la mention d'un homme comme second parent ne peut correspondre à la réalité, deux hommes ne pouvant enfanter seuls. Ainsi, il ressortirait une violation de l'article 47 de Code civil. La Cour de cassation ne retient pas cette argumentation en assimilant la situation d'un couple de personnes de même sexe à celle d'un couple hétérosexuel. En effet, peu importe que l'acte de naissance étranger désigne deux hommes comme parents, la transcription partielle de l'acte en ce qu'elle est conforme à la réalité est possible.

939. Dans ces mêmes affaires, il était reproché à l'arrêt d'appel de rejeter la demande des parents d'intention tendant à la transcription, sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance étrangers en qu'ils portent la mention du père d'intention non biologique des enfants. Après avoir rappelé la teneur de la demande de l'avis consultatif adressé à la Cour européenne des droits de l'Homme le 5 octobre 2018, la première chambre civile de la Cour de cassation sursoit à statuer. En effet, « *si la question de la transcription de la paternité*

²⁶⁴⁴ Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n^{os} 14-21.323 et 15-50.002, préc.

²⁶⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n^o 15-28.597, préc.

²⁶⁴⁶ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n^o P16-2018-001, préc.

²⁶⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n^{os} 18-11.815 et 18-50.006, *D.* 2019, p. 585 ; *AJ fam.* 2019, p. 218, obs. F. Berdeaux ; *AJ fam.* 2019, p. 175, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2019, n^o 104, note H. Fulchiron.

biologique est aujourd'hui résolue, il n'en est pas de même de celle de la "maternité d'intention" ». Or, même si la question posée dans les présentes affaires « n'est pas identique dès lors qu'est sollicitée la transcription, sur les registres de l'état civil, d'un acte de naissance qui désigne un homme comme "parent d'intention", elle présente cependant un lien suffisamment étroit avec la question de la "maternité d'intention" ».

940. Cette solution paraît totalement justifiée dans la mesure où « *les questions de maternité et de paternité d'intention sont [...] de même nature* »²⁶⁴⁸. Effectivement, en droit français, la possibilité pour un enfant d'être rattaché à deux hommes ou à deux femmes est admise. Ainsi, « *on voit mal ce qui justifierait que soient traitées différemment la maternité d'intention dans le cadre d'un couple hétérosexuel et la paternité d'intention dans un couple homosexuel* »²⁶⁴⁹. Néanmoins, il convient de rappeler que la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme prend le soin de préciser que ces avis sont circonscrits aux faits stricts de l'espèce. Ainsi, à l'instar d'une partie de la doctrine, il est possible de penser que « *le sort de la filiation du père d'intention, lorsque la GPA est initiée par un couple d'hommes, reste pour l'instant en suspens puisque l'avis de la Cour européenne n'est applicable qu'à la mère nonobstant ce que la Cour de cassation* »²⁶⁵⁰ a affirmé dans ses arrêts du 20 mars 2019.

941. Une transposition de l'avis rendu par la Grande chambre de la Cour européenne le 10 avril 2019 est possible aux cas d'espèce « *du moins en ce qui concerne la mère d'intention qui n'a pas fourni ses gamètes et se trouve ainsi dans une situation similaire à celle du père d'intention qui n'est pas le père biologique* »²⁶⁵¹. Ainsi, les affaires portées devant la Cour de cassation le 20 mars 2019 devraient recevoir une réponse similaire à celle adoptée dans les arrêts du 5 juillet 2017. La transcription à l'égard du père d'intention n'étant pas possible, car les actes de naissance ne sont pas conformes à la réalité au sens de l'article 47 du Code civil, ce dernier devra se tourner vers l'adoption afin de voir son lien de filiation établi.

942. Cependant, une difficulté se posera dans l'hypothèse où une gestation pour autrui serait réalisée avec les gamètes des deux parents d'intention au sein d'un couple hétérosexuel. Concernant la paternité biologique, aucune difficulté supplémentaire ne se présenterait. La position adoptée par la Cour de cassation serait apte à régler cette question en autorisant la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne le père géniteur conformément

²⁶⁴⁸ H. Fulchiron, « GPA et parenté d'intention : en attendant l'avis de la Cour EDH ... », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2019, comm. 104.

²⁶⁴⁹ *Ibid.*

²⁶⁵⁰ A. Gouttenoire, « Droit de la famille », *JCP G*, n° 43, oct. 2019, doctr. 1099.

²⁶⁵¹ M. Cottet, « Parenté d'intention : quand l'avis de la CEDH se fait attendre », *D. actualité*, 8 avr. 2019.

à l'article 47 du Code civil. En revanche, concernant la maternité biologique, il convient de rappeler que la réalité, au sens de l'article 47 du Code civil, implique que la mère soit la femme ayant accouché. Or, dans l'hypothèse susvisée, la mère d'intention n'aurait, certes, pas accouché, mais aurait fourni son appareil génétique. En se souvenant de l'attachement de la Cour européenne des droits de l'Homme à la vérité biologique²⁶⁵², il n'est alors pas certain qu'elle valide la position française n'autorisant pas la transcription totale de l'acte de naissance étranger en qu'il désigne le père biologique et la mère biologique²⁶⁵³. Même si la Cour européenne ne s'est pas prononcée sur cette problématique dans l'avis rendu le 10 avril 2019 dans la mesure où les faits de l'affaire *Menesson* ne concernaient pas une telle hypothèse, elle a précisé qu'il était nécessaire d'offrir la possibilité de reconnaître le lien entre l'enfant et sa mère sans indiquer par quel moyen ce résultat devait être atteint. Dans l'éventualité d'une condamnation de la France pour refus de transcription intégrale de l'acte de naissance dans un tel cas de figure, la jurisprudence française serait contrainte de s'aligner et d'autoriser la transcription même si la femme figurant sur l'acte de naissance n'est pas celle ayant accouché. Il appartiendrait alors au droit français « *d'élargir la définition de "mère" pour englober la mère d'intention, en détachant de la définition de "mère" la notion d'accouchement et en prenant en compte la mère sociale et d'intention* »²⁶⁵⁴. En réalité, cette solution est déjà préconisée par une partie de la doctrine pour qui « *l'interprétation retenue par la Cour de cassation en faveur de la réalité biologique ou de la réalité factuelle de l'accouchement ne s'impose pas [...] [et] n'est en vérité qu'un tour de passe-passe destiné à sanctionner le processus de GPA* »²⁶⁵⁵. Par conséquent, « *la force probante des actes de naissance étrangers dépend[rait] simplement de leur conformité à la réalité juridique de la filiation établie à l'étranger, or cette filiation est bien légalement établie à l'étranger* »²⁶⁵⁶. Néanmoins, une telle position ne serait pas transposable à l'égard d'un couple de personnes de même sexe dans la mesure où il est impossible que les deux hommes fournissent leurs gamètes. Les limites de position

²⁶⁵² Cf. *supra* n° 906.

²⁶⁵³ V. cependant : Cour EDH, 16 juill. 2020, *D. c./ France*, req. n° 11288/18, § 64. Dans une affaire où l'enfant conçu par gestation pour autrui était issu des gamètes du père d'intention et de la mère d'intention, la Cour européenne a rappelé que ce qui importe est que l'enfant ait accès à un mécanisme effectif et suffisamment rapide permettant la reconnaissance du lien de filiation. Ce critère retenu, s'agissant de la situation où l'enfant est issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse et n'a donc pas de lien génétique avec la mère d'intention, « *vaut aussi dans la situation où, comme en l'espèce, l'enfant est issu des gamètes du père d'intention et de celles de la mère d'intention* ».

²⁶⁵⁴ N. Ní Ghairbhia, « La filiation du parent d'intention de l'enfant né par PMA ou GPA à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 2019, n° 24, p. 41.

²⁶⁵⁵ A.-M. Leroyer, « GPA : un avis faussement salvateur de la maternité d'intention », *RTD civ.*, 2019, p. 307. V. également : J. Téréel, *Les figures de la maternité*, *op. cit.*, p. 672 et s., n°s 751 et s.

²⁶⁵⁶ A.-M. Leroyer, « GPA : un avis faussement salvateur de la maternité d'intention », art. préc.

jurisprudentielle française apparaissent alors étant donné qu'il ne fait nul doute que de telles hypothèses se présenteront dans un futur proche devant les juges.

943. Finalement, à l'occasion de deux arrêts en date du 18 décembre 2019²⁶⁵⁷, la première chambre civile de la Cour de cassation se prononce à propos des affaires pour lesquelles elle avait sursis à statuer le 20 mars 2019²⁶⁵⁸. Dans les deux espèces, l'acte de naissance étranger désignait deux hommes en qualité des parents : le père biologique et le père d'intention non biologique. Dans l'une des espèces, il s'agissait d'un couple marié²⁶⁵⁹, dans l'autre non²⁶⁶⁰. La Cour de cassation autorise la transcription totale des actes d'état civil des enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger lorsque lesdits actes désignent deux hommes en qualité de parents. La solution adoptée dans l'affaire *Menesson* est donc généralisée et semble être devenue la solution de principe²⁶⁶¹.

²⁶⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n^{os} 18-11.815 et 18-12.327, *Dr. fam.* 2020, n^o 39, comm. J.-R. Binet ; *AJ. fam.* 2020, p. 62, note P. Salvage-Gerest et M.-C. Le Boursicot ; *AJ. fam.* 2020, p. 9, note A. Dionisi-Peyrusse. V. déjà en ce sens : CA Rennes, 18 nov. 2019, n^o 18/04404, *AJ. fam.* 2019, p. 615, note A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2019, p. 2351, obs. L. de Saint-Pern.

²⁶⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n^{os} 18-11.815 et 18-50.006, préc.

²⁶⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n^o 18-12.327, préc.

²⁶⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n^o 18-11.815, préc.

²⁶⁶¹ Cf. *infra* n^o 1187 et s. V. notamment : J. Heymann et F. Marchadier, « Gestation pour autrui. – Recours en révision. – Mère d'intention. – Adoption. – Possession d'état. – Transcription de l'acte de naissance », *JDI*, n^o 2, avr. 2020, p. 8. Selon les auteurs, « si l'arrêt [du 4 octobre 2019] n'a probablement entendu résoudre qu'un cas d'espèce, sa portée semble en réalité beaucoup plus générale ».

CONCLUSION DU TITRE I

944. Le développement de l'assistance médicale à la procréation transfrontalière pose des questions inédites en droit international privé. Ce phénomène s'étend parce que l'évolution du droit de la famille en droit interne est parcellaire. Le législateur français a ouvert le mariage aux couples homosexuels, mais, en réalité, derrière le souhait d'un mariage se cache l'envie d'être parents. Or, par nature, le défaut d'altérité sexuelle au sein des couples de personnes de même sexe est nécessairement un obstacle à la procréation. Pour autant, ce frein n'est pas insurmontable grâce aux progrès scientifiques en matière de procréation assistée. Cependant, dans la mesure où, à ce jour, en France, seuls les couples hétérosexuels peuvent bénéficier de ces techniques, les couples homosexuels n'ont d'autre choix que de se tourner vers l'étranger. Dès lors, en présence d'un élément d'extranéité, il appartient au droit international privé d'intervenir. L'absence de consensus international en matière d'assistance médicale à la procréation et de gestation pour autrui dégagé par l'étude de droit comparé effectuée est facteur de difficultés. L'hétérogénéité des législations se vérifie à deux égards : d'une part, quant aux modalités encadrant les techniques autorisées et d'autre part, quant aux conditions d'accès à celles-ci. En outre, l'absence de reconnaissance juridique du couple homosexuel dans de nombreux États restreint géographiquement la possibilité pour ceux-ci de bénéficier d'une technique d'assistance médicale à la procréation. Néanmoins, ces difficultés sont tout à fait surmontables comme en témoigne l'abondante jurisprudence en matière d'assistance médicale à la procréation et de gestation pour autrui. Le couple, et plus largement la famille, est constamment modifié et élargi en droit interne, et ce sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de ses instruments. L'illustration au travers de la réception en France des actes de l'état civil établis à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui est sans équivoque. Dès lors, comment l'État français peut-il poser et faire respecter une interdiction considérée d'ordre public ? Quelle que soit la position interne, l'intérêt supérieur de l'enfant surplombera le tout. S'il est tout à fait légitime que celui-ci guide toute décision lui étant relative, aucun mécanisme de droit international privé comme l'ordre public international ou la fraude à la loi n'est plus apte à préserver, *a minima*, les conceptions du for. Ainsi, donner naissance à un enfant dans le cadre d'un projet parental homosexuel présente finalement plus de difficultés pratiques – coût financier et déplacement – que théoriques étant donné que la protection européenne accordée à l'enfant primera sur toutes considérations nationales. Néanmoins, bénéficier d'une technique procréative à l'étranger ne peut suffire, il est ensuite question de l'établissement du lien de filiation au sein du couple de personnes de même sexe.

TITRE II : L'ÉTABLISSEMENT DU LIEN DE FILIATION AU SEIN D'UN COUPLE DE PERSONNES DE MÊME SEXE

945. « Dans le modèle de famille occidentale, les éléments biologiques, sociaux, juridiques et affectifs ont pendant longtemps coïncidé sur les mêmes personnes, les père et mère de l'enfant »²⁶⁶². Cependant, aujourd'hui, la construction de la parenté s'est diversifiée comme en témoignent les nouvelles configurations familiales existantes, dont l'homoparentalité. En effet, « le couple homosexuel qui n'a pas la capacité de procréer peut [...] ressentir une attirance pour le modèle parental et connaître les émotions de la parentalité hétérosexuelle »²⁶⁶³. Pour autant, afin de procréer, la condition première reste l'altérité sexuelle, condition qui fait nécessairement défaut pour un couple de personnes de même sexe. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a offert la possibilité d'adopter. En effet, l'article 346, alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux ». Ainsi, en permettant à un couple homosexuel de se marier, la loi du 17 mai 2013 leur a naturellement ouvert le bénéfice de l'adoption conjointe. En théorie, la consécration de la filiation homoparentale fondée sur un lien adoptif (Chapitre I) est acquise. Néanmoins, en pratique, l'adoption conjointe d'un enfant par un couple homosexuel est délicate. Par conséquent, les couples se tournent vers des techniques de reproduction assistée qui nécessitent, nécessairement, l'intervention d'un tiers : insémination artificielle avec donneur anonyme et gestation pour autrui. Les couples homosexuels ne pouvant en bénéficier en France, ils se rendent dans des États étrangers permissifs. Le développement des techniques médicales a saisi le monde juridique qui s'est penché sur la construction de la filiation homoparentale à la suite d'un procédé d'assistance médicale à la procréation (Chapitre II).

²⁶⁶² A. Cadoret, « L'homoparentalité, construction d'une nouvelle figure familiale », art. préc.

²⁶⁶³ M. Maillfert, « Homosexualité et parentalité », *Socio-anthropologie*, 2002, vol. 11, spéc n° 1.

CHAPITRE I : LA CONSÉCRATION DE LA FILIATION HOMOPARENTALE FONDÉE SUR UN LIEN ADOPTIF

946. Au regard des techniques admises en droit français, les deux voies envisageables afin qu'un couple homosexuel ait un enfant sont l'adoption et l'assistance médicale à la procréation. Or, avant la loi du 17 mai 2013, le droit français fermait l'accès à l'une comme l'autre aux couples de personnes de même sexe. Pour autant, avant la loi du 17 mai 2013, les couples homosexuels ont utilisé un mécanisme afin d'accéder à la parentalité et, dans une moindre mesure, à la parenté (Section 1). La loi du 17 mai 2013 a modifié le droit de l'adoption en offrant aux couples de personnes de même sexe la faculté de devenir les parents d'un même enfant, par une demande conjointe consacrant alors l'homoparenté (Section 2).

Section 1. De la reconnaissance de la parentalité à l'assouplissement vers la parenté avant la loi du 17 mai 2013

947. Avant la loi du 17 mai 2013, les couples homosexuels revendiquaient un droit au mariage, mais, dans le même temps, ils souhaitaient que leur soit ouverte la parenté. Il n'est pas question d'envisager une parenté individuelle, mais bien une parenté commune. Autrement dit, leurs demandes portaient sur la reconnaissance d'un double lien de filiation monosexué. Si, désormais, cette revendication est acquise, elle est passée par des étapes préalables. En effet, il semble important de signaler que l'interprétation jurisprudentielle de la loi française, en amont, a offert « *un certain nombre d'outils, susceptible de constituer le compromis acceptable entre respect de l'institution de la parenté et reconnaissance de la parentalité* »²⁶⁶⁴. C'est ainsi que la prise en compte de la parentalité homosexuelle (Sous-section 1) a précédé le refus tempéré de la parenté homosexuelle (Sous-section 2).

Sous-section 1. La prise en compte de la parentalité homosexuelle

948. Alors que la notion de « *parenté* » est connue par tout juriste, il « *peine à identifier la parentalité parmi les institutions familiales* »²⁶⁶⁵. Ainsi, des précisions préliminaires sur la dissociation entre ces deux termes semblent indispensables (Paragraphe 1). En effet, par cette distinction, il semble plus aisé de comprendre comment l'admission de la délégation-partage

²⁶⁶⁴ C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français, Étude critique*, Thèse, PUAM, 2009, p. 80, n° 69.

²⁶⁶⁵ D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation, op. cit.*, p. 95 et s., spéc. p. 95.

de l'autorité parentale au sein d'un couple de personnes de même sexe a permis de consacrer la reconnaissance juridique de la parentalité homosexuelle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La dissociation nécessaire entre parenté et parentalité

949. La parenté, notion juridique, attribue un titre (I) aux parents alors que la parentalité, néologisme s'insérant au sein du discours juridique, attribue une fonction (II) à des tiers.

I. L'attribution d'un titre par la parenté

950. Le mot parenté « *vient du latin pario, engendrer. Le parent est celui qui engendre ou, plus généralement, celui que la loi désigne comme le père ou la mère de l'enfant* »²⁶⁶⁶. Autrement dit, la parenté est une notion juridique qui désigne le lien unissant les personnes par le sang ou le lien créé par le droit à travers l'adoption insérant un enfant dans une famille. Plus généralement, la parenté se définit comme le lien juridique existant entre personnes qui descendent l'une de l'autre ou qui descendent d'un auteur commun : père, mère et enfants, grands-parents et petits-enfants, frères et sœurs, cousins et cousines, oncles et tantes, neveux et nièces. Traditionnellement, la parenté « *est en principe unitaire, en ce sens que la filiation légalement établie, qui repose avant tout sur la vérité biologique, débouche sur un statut complet et cohérent, qui inclut notamment une autorité partagée et exclusive* »²⁶⁶⁷. En réalité, la parenté « *renvoie à un rapport de filiation* »²⁶⁶⁸. En effet, par la filiation, l'enfant trouve sa place dans cet ensemble généalogique. La filiation peut être définie comme « *le lien de droit qui s'établit entre un enfant et sa mère (filiation maternelle) et son père (filiation paternelle), et par suite, elle situe l'individu dans des rapports de parenté avec tous ceux qui descendent d'un même auteur en ligne directe ou collatérale* »²⁶⁶⁹. La filiation peut être entendue comme « *un certificat d'aptitude parentale convaincant* »²⁶⁷⁰. D'une part, les parents biologiques auront le souci d'exercer leur pouvoir d'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant et d'autre part, le seul fait d'être parents biologiques fonde la reconnaissance d'un pouvoir des adultes sur les enfants. Ainsi, « *rattacher l'autorité à la filiation est [...] une solution qui paraît conforme tant à l'intérêt des adultes qu'à celui de l'enfant* »²⁶⁷¹. Comme le relève Madame Caroline

²⁶⁶⁶ H. Fulchiron, « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », art. préc.

²⁶⁶⁷ D. Fenouillet, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », *LPA*, 2010, n° 59, p. 7.

²⁶⁶⁸ H. Fulchiron, « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », art. préc.

²⁶⁶⁹ C. Labrusse-Riou, « Filiation : généralités », *Répertoire de droit civil Dalloz*, sept. 2009 (mise à jour : mars 2020), n° 2.

²⁶⁷⁰ D. Fenouillet, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », art. préc.

²⁶⁷¹ *Ibid.*

Siffrein-Blanc, le terme « parenté » recouvre deux acceptions. D'une part, « la parenté se réfère à l'ensemble des lois et des principes qui énoncent les liens de parenté » et d'autre part, elle « recouvre l'ensemble des liens et obligations entre individus apparentés »²⁶⁷².

951. Néanmoins, malgré l'« impression trompeuse de stabilité » de la notion de parenté, elle est vouée à « subir des mutations »²⁶⁷³. En effet, l'étroitesse de la définition classique par référence au lien de filiation « se fait sentir par rapport à celle de "parentalité" si souvent invoquée aujourd'hui »²⁶⁷⁴. Un « bouleversement » apparaît dans « le concept de parenté qui se transforme, se détache de la filiation pour donner la notion nouvelle de parentalité, c'est-à-dire, de fonction parentale détachée du lien juridique de filiation »²⁶⁷⁵. Alors que la parenté attribue un titre, la reconnaissance de la parentalité n'attribue qu'une fonction.

II. L'attribution d'une fonction par la parentalité

952. La parentalité s'entend comme « la prise en charge effective de l'enfant »²⁶⁷⁶, « une fonction [...] de protection et d'éducation de l'enfant »²⁶⁷⁷. *Ab initio*, il s'agit d'une conséquence de la parenté et du lien de filiation sur lequel elle est fondée. En effet, « parenté et parentalité peuvent être confondues [...], c'est le cas [...] où les parents exercent des fonctions de parentalité dans le cadre de la parenté, l'instrument juridique de cet exercice étant l'autorité parentale »²⁶⁷⁸.

953. Cependant, les deux notions peuvent être totalement dissociées. En ce sens, la parentalité est « un terme relativement récent, utilisé en marge du droit, et désignant le fait que des personnes autres que leurs parents légaux assument ou partagent la responsabilité quotidienne d'enfants »²⁶⁷⁹. Autrement dit, la parentalité n'est pas une notion juridique, mais « désigne une fonction exercée de fait par un adulte auprès d'un enfant à travers un rôle

²⁶⁷² C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français, Étude critique*, op. cit., p. 25, n° 6.

²⁶⁷³ P. Murat, « Couple, filiation, parenté », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, op. cit., p. 53 et s., spéc. p. 54.

²⁶⁷⁴ *Ibid.*

²⁶⁷⁵ N. Gallus, « Filiation, parenté, parentalité et homoparentalité en droit belge », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, op. cit., p. 81 et s., spéc. p. 91.

²⁶⁷⁶ D. Fenouillet, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », art. préc.

²⁶⁷⁷ H. Fulchiron, « Parenté, parentalité, homoparentalité », *D.*, 2006, p. 876.

²⁶⁷⁸ P. Murat, « Couple, filiation, parenté », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, op. cit., p. 53 et s., spéc. p. 66.

²⁶⁷⁹ R. Joyal, « Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés », *Enfances, Familles, Générations*, 2006, pp. 1-16, spéc. n° 8.

parental et/ou éducatif »²⁶⁸⁰. La notion est apparue dans les années 1960 dans la psychanalyse « *qui aurait forgé le mot [...] pour désigner le processus de maturation psychique par lequel un adulte devient parent* »²⁶⁸¹. Dans les années 1970, les sociologues « *auraient inventé la "famille monoparentale" [...] pour désigner le groupe constitué d'une mère célibataire et de ses enfants [...], puis la "famille homoparentale" dans une perspective [...] de neutralité morale* »²⁶⁸². Depuis, le terme a été adopté par les anthropologues, les démographes, les médias « *jusqu'à s'inviter chez les juristes* »²⁶⁸³. En effet, la notion a été utilisée en doctrine afin de désigner la fonction que des personnes, autres que les parents, remplissent à l'égard d'un enfant dans sa vie quotidienne. Contrairement à la parenté, « *la parentalité n'est pas de la filiation car elle n'implique aucune inscription généalogique. Il ne s'agit pas de faire de celui qui élève l'enfant un père mais de constater en termes de droit le fait qu'il se comporte comme un parent* »²⁶⁸⁴. La parentalité « *procède d'un accord de volontés ou d'un vécu qui sont impuissants à rattacher l'enfant à l'ordre généalogique de l'adulte* »²⁶⁸⁵. Elle est centrée sur l'exercice de la fonction parentale et « *permet de décliner une variété quasi-infinie de situations dans lesquelles l'important n'est pas tellement de savoir de qui l'on parle, mais comment agissent ceux qui exercent* »²⁶⁸⁶ cette fonction. En d'autres termes, la parentalité concerne « *l'exercice des responsabilités parentales, c'est-à-dire de la fonction parentale* » alors que la parenté est utilisée « *pour définir le lien juridique de filiation - source de droits et obligations - qui construit l'identité de l'enfant, c'est-à-dire son état civil et qui assure son insertion dans la généalogie* »²⁶⁸⁷. À l'instar de Monsieur le Professeur Dominique Fenouillet, il est possible d'affirmer que la parentalité a un contenu variable dans la mesure où elle peut porter sur « *la relation personnelle existant avec l'enfant* » et sur « *l'autorité, le pouvoir de gouverner la personne de l'enfant* »²⁶⁸⁸. En réalité, le recours au terme de parentalité révèle la nécessité « *de*

²⁶⁸⁰ D. Versini, « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités - Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui », *Rapport annuel du défenseur des enfants*, 2006, p. 12. Disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/064000826.pdf>.

²⁶⁸¹ D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation, op. cit.*, p. 95 et s., spéc. p. 96.

²⁶⁸² *Ibid.*

²⁶⁸³ *Ibid.*

²⁶⁸⁴ C. Neirinck, « Homoparentalité et adoption », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle - Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 353 et s., spéc. p. 361.

²⁶⁸⁵ D. Fenouillet, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », art. préc.

²⁶⁸⁶ F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions critiques d'un juriste sur la parentalité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 41 et s., spéc. p. 46.

²⁶⁸⁷ N. Gallus, « Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », *Revue juridique Thémis*, 2010, 44-1, p. 146.

²⁶⁸⁸ D. Fenouillet, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », art. préc.

*consacrer une compétence parentale. En effet, la compétence renvoie à une aptitude de fait, alors que la parenté renvoie à une place juridique. Est mis en place de parent non pas un ascendant, mais celui qui remplit correctement un rôle de père ou de mère »*²⁶⁸⁹.

954. Ainsi, depuis plusieurs années, les débats sont ouverts en France²⁶⁹⁰ afin de tenter de concilier « *le principe de coparentalité*²⁶⁹¹, i.e. la part irréductible des père et mère, et la construction d'un statut des tiers, souple, adaptable et largement ouvert sur les volontés individuelles »²⁶⁹². Avant l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe par la loi du 17 mai 2013, outre la question fondamentale de la place du beau-parent, le débat prenait une ampleur particulière car il était « *parasité par la question de l'homoparentalité* »²⁶⁹³. En effet, il s'agissait au fond de traiter la question de « *la famille construite ou reconstruite par et/ou autour d'un couple homosexuel* »²⁶⁹⁴. Toute la difficulté résidait dans l'ambiguïté du terme « *homoparentalité* »²⁶⁹⁵. À l'instar de Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, il est nécessaire d'exposer les différentes situations que recouvre cette notion²⁶⁹⁶. La première est celle où un couple homosexuel prend en charge l'enfant de l'un d'eux né d'une précédente relation. Ce dernier aura probablement un lien de filiation établi à l'égard de ses deux parents, mais il est tout à fait possible d'imaginer que l'une de ses branches est vacante. La deuxième est celle d'un enfant naissant pendant la vie du couple. Ce dernier n'est alors rattaché qu'à l'un des membres du couple : soit la mère qui a, par exemple, eu recours à une insémination artificielle avec tiers donneur dans un pays l'autorisant, soit le père qui aurait bénéficié des services d'une mère porteuse dans un État tiers. Il est également envisageable que l'un des membres du couple ait adopté individuellement un enfant. Dans ces deux cas de figure, il est aléatoirement possible qu'il soit question tant de parentalité que de parenté. En effet, la personne qui partage la vie du parent de l'enfant peut prendre en charge, en fait, l'enfant. Il s'agira alors de parentalité, de l'exercice d'une fonction dont le tiers demande la reconnaissance juridique. Au contraire, cette même personne peut souhaiter qu'un lien de filiation soit établi avec ledit enfant, la revendication portera alors sur la parenté par le biais de l'adoption

²⁶⁸⁹ Claire Neirinck, « De la parenté à la parentalité », in A. Bruel, J. Faget, L. Jacques et al. (dir.), *De la parenté à la parentalité*, Érés, 2001, p. 15 et s., spéc. p. 26.

²⁶⁹⁰ V. notamment : I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit.

²⁶⁹¹ Cf. *infra* n° 960.

²⁶⁹² H. Fulchiron, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, op. cit., p. IX et s., spéc. p. XV.

²⁶⁹³ *Ibid.*

²⁶⁹⁴ H. Fulchiron, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? Statut des tiers et/ou statut des « familles » homosexuelles ? », *LPA*, 2010, n° 39, p. 17.

²⁶⁹⁵ V. notamment en ce sens : H. Fulchiron, « Parenté, parentalité, homoparentalité », art. préc.

²⁶⁹⁶ *Ibid.* ; H. Fulchiron, « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », art. préc.

notamment. La troisième est celle d'un couple homosexuel qui souhaite avoir un enfant en tant que couple et qui leur sera rattaché ainsi. Il s'agit alors de permettre une adoption conjointe ou d'envisager des présomptions de comaternité ou copaternité. Dans ce cas de figure, il est évidemment question de parenté homosexuelle.

955. Les cas relevant de la seule parentalité « *peuvent être traités avec les instruments du droit commun : mandats, délégation-partage de l'autorité parentale, droits de visite, etc.* »²⁶⁹⁷. L'union des deux membres du couple n'ayant pas d'influence sur le traitement juridique de la parentalité, la question pouvait être résolue en traitant les couples hétérosexuels et les couples homosexuels de la même façon. Cependant, il en va différemment « *lorsqu'il est question de créer des liens de parenté, donc de recourir au droit de la filiation* »²⁶⁹⁸. En effet, « *admettre la création de liens de parenté [...] remet[tait] en cause une institution sociale fondamentale* »²⁶⁹⁹. Un enfant est nécessairement issu de la rencontre des gamètes d'un homme et d'une femme ; or, « *la filiation charnelle comme la filiation adoptive ne font que traduire cette réalité première* »²⁷⁰⁰. L'homoparenté implique d'admettre un double lien de filiation monosexuée. La reconnaissance de la parenté homosexuelle a nécessairement changé le sens de la filiation. Cette dernière « *n'exprime [...] plus, en termes juridiques, la réalité humaine fondamentale selon laquelle l'identité structurante de l'être humain en général et de tout être humain en particulier procède de la rencontre du sexe féminin et du sexe masculin* »²⁷⁰¹. Elle est désormais « *un lien de droit entre un enfant et des adultes jouant le "rôle" de parents* »²⁷⁰². Contrairement à la parenté qui est un lien imposé, la parentalité est plus une fonction choisie par l'adulte qu'une fonction attribuée par la loi dans l'intérêt de l'enfant²⁷⁰³.

956. La parenté homosexuelle a été consacrée par le législateur français en ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ce qui a conduit à la légalisation de l'adoption conjointe et de l'adoption de l'enfant du conjoint. Néanmoins, cette consécration par la loi du 17 mai 2013 a connu un précédent : la prise en compte de la parentalité homosexuelle par le

²⁶⁹⁷ H. Fulchiron, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, op. cit., p. IX et s., spéc. p. XVI.

²⁶⁹⁸ *Ibid.*

²⁶⁹⁹ H. Fulchiron, « Parenté, parentalité, homoparentalité », art. préc.

²⁷⁰⁰ *Ibid.* L'auteur ajoute qu'« *il est bien sûr des hypothèses où l'enfant est relié à un homme ou à une femme seulement ; mais si l'autre ligne est restée vacante, elle n'en existe pas moins potentiellement* ».

²⁷⁰¹ J.-L. Renchon, « Les conjugalités en droit belge », in J. Flauss-Diem et G. Fauré (dir.), *Du PACS aux nouvelles conjugalités*, PUF, 2005, p. 85 et s., spéc. p. 85.

²⁷⁰² H. Fulchiron, « Parenté, parentalité, homoparentalité », art. préc.

²⁷⁰³ D. Fenouillet, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », art. préc.

droit français en admettant l'utilisation de la délégation-partage d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel.

Paragraphe 2. L'admission de la délégation-partage de l'autorité parentale en droit interne

957. L'autorité parentale est, en principe, exercée conjointement par les deux parents de l'enfant. Néanmoins, plusieurs dérogations à ce principe ont été prévues par le législateur, notamment en cas de délégation d'autorité parentale (I). Le législateur français a instauré, par la loi du 4 mars 2002²⁷⁰⁴, le mécanisme de la délégation-partage, illustration particulière de la délégation volontaire de l'exercice de l'autorité parentale. Cet outil utilisé au sein d'un couple de personnes de même sexe a permis de consacrer la parentalité homosexuelle en droit interne. Cependant, à l'échelle internationale, cette possibilité est dépendante de l'État de résidence habituelle de l'enfant (II).

I. La délégation : mécanisme dérogatoire d'exercice de l'autorité parentale

958. En droit français, l'exercice de l'autorité parentale est automatiquement dévolu aux parents de l'enfant ; il s'agit du principe de l'exercice en commun de celle-ci (A). Cependant, il est possible de déroger à ce principe, aussi nommé principe de coparentalité, par le biais de la délégation de l'exercice de l'autorité parentale (B).

A. Le principe de coparentalité impacté par la délégation

959. La loi n° 70-459 du 4 juin 1970²⁷⁰⁵ a substitué à la notion de puissance paternelle, selon laquelle le père disposait de l'essentiel des prérogatives en vertu de sa qualité de « *chef de famille* », celle d'autorité parentale²⁷⁰⁶ qui a elle-même, depuis, fait l'objet de nombreuses réformes, notamment celle opérée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale²⁷⁰⁷. Cette notion peut être définie comme le « *pouvoir de contrôle et de décision que*

²⁷⁰⁴ L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, préc.

²⁷⁰⁵ L. n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JORF*, 5 juin 1970, p. 5227. V. notamment : R. Legeais, « L'autorité parentale », *Defrénois*, 1972, p. 30111 ; F. Dekeuwer et F. Vauvillé, « Droits de l'homme et droits de l'enfant, commentaire de la loi Malhuret du 22 juill. 1987 », *D.*, 1988, p. 7.

²⁷⁰⁶ V. notamment : M. Juston, « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », *Gaz. Pal.*, 12 août 2006, n° 224, p. 2.

²⁷⁰⁷ L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, préc. V. notamment : F. Boulanger, « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.*, 2002, chron. 1571 ; A. Gouttenoire, « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam.*, 2002, chron. 24 ; H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois*, 2002, p. 959 ; C. Brière, « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *RDSS*, 2002, p. 567 ; M. Juston, « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », art. préc.

les parents exercent sur la personne de l'enfant »²⁷⁰⁸. En d'autres termes et selon l'article 371-1 du Code civil, il s'agit d'un « *ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant [...] [qui] appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ». L'autorité parentale est une fonction propre et commune aux parents. Fonction, car « *chaque droit reconnu aux [...] [parents est] en même temps un devoir qui leur est imposé* »²⁷⁰⁹. Fonction propre aux parents, car « *la loi reconnaît que les père et mère ont une vocation première, naturelle, à assurer la protection et l'éducation de l'enfant* »²⁷¹⁰. Enfin, fonction commune aux parents²⁷¹¹, car « *dès lors que la filiation de l'enfant est établie [...], [les parents] sont titulaires de l'autorité parentale* »²⁷¹². L'autorité parentale est une fonction d'ordre public, ce caractère est affirmé à l'article 376 du Code civil²⁷¹³. Ainsi, hormis les cas prévus par la loi, les parents ne peuvent renoncer à leurs droits ou les déléguer à un tiers²⁷¹⁴.

960. En France, le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale a été initié par les lois du 4 juin 1970 et du 8 janvier 1993²⁷¹⁵ puis a été pleinement consacré par la loi du 4 mars 2002. Dès lors, l'exercice de l'autorité parentale est régi par les mêmes règles pour tous les enfants peu importe leur filiation ou la situation de couple de leurs parents et est applicable, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, aux couples de même sexe ayant adopté un enfant. L'autorité parentale appartient à égalité aux deux parents depuis la loi de 2002 qui a visé « *à rendre effective la coparentalité et le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents* »²⁷¹⁶. Ainsi, le principe repose sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents comme l'exprime explicitement l'article 372 du Code civil : « *les père et mère*

²⁷⁰⁸ C. Neirinck, « Enfance », *Répertoire de droit civil Dalloz*, oct. 2016 (mise à jour : déc. 2019), n° 197.

²⁷⁰⁹ A. Gouttenoire, « Autorité parentale : définition, sources et nature », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, op. cit., n° 232.31.

²⁷¹⁰ *Ibid.*

²⁷¹¹ L'article 372 du Code civil dispose que « *les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* ».

²⁷¹² A. Gouttenoire, « Autorité parentale : définition, sources et nature », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, op. cit., n° 232.31.

²⁷¹³ L'article 376 du Code civil dispose qu' « *aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous* ». De plus, l'article 1388 du même Code renforce le caractère d'ordre public en indiquant que « *les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle* ».

²⁷¹⁴ Cf. *infra* n° 961 et s.

²⁷¹⁵ L. n° 93-22 du 8 janv. 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF*, n° 7, 9 janv. 1993, p. 495. V. notamment : J. Rubellin-Devichi, « Une importante réforme en droit de la famille, la loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 », *JCP*, 1993, I, p. 3659 ; H. Fulchiron, « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret », *D.*, 1993, p. 117.

²⁷¹⁶ Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2014, p. 265, n° 477.

exercent en commun l'autorité parentale ». Néanmoins, il arrive qu'exceptionnellement l'exercice de l'autorité parentale soit confié unilatéralement à un seul des parents. Cette hypothèse se retrouve lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre ou lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent²⁷¹⁷. Cependant, l'exercice en commun de l'autorité parentale pourra être rétabli selon les modalités prévues à l'article 372, alinéa 3 du Code civil²⁷¹⁸. De même, l'exercice unilatéral sera consacré si l'un des parents décède ou est privé de l'exercice de l'autorité parentale²⁷¹⁹.

961. En dépit du principe général de coparentalité, il peut arriver, dans des situations très diverses, que le parent titulaire de l'autorité parentale ne parvienne pas à l'exercer dans l'intérêt de son enfant. Ainsi, le législateur français, afin de répondre à ces situations factuelles variées, a mis en place plusieurs types de délégations de l'exercice de l'autorité parentale.

962. La délégation désigne « *la technique juridique par laquelle une personne charge une autre d'exercer ses pouvoirs à sa place* »²⁷²⁰. Il est important de préciser que la délégation ne concerne que l'exercice de l'autorité parentale et non sa titularité²⁷²¹. Depuis la loi du 4 mars 2002, la délégation de l'autorité parentale revêt deux formes prévues aux articles 377 et 377-1 du Code civil : la délégation imposée et la délégation volontaire. Si la première ne correspond pas à l'objet de notre étude, elle mérite tout de même quelques éclaircissements.

963. La délégation imposée peut être demandée par la personne, l'établissement ou le service d'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou par un membre de la famille en cas de « *désintérêt manifeste* » des parents ou s'ils sont « *dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale* »²⁷²². Quant au désintérêt, il doit exister au jour de la demande, être manifeste, c'est-à-dire présenter un incontestable degré de gravité et résulter d'un comportement volontaire des parents, autrement dit « *l'indifférence ou la passivité des parents aux besoins matériels et affectifs de l'enfant ne suffit pas* »²⁷²³. Il appartient au requérant d'en apporter la preuve²⁷²⁴. En réalité, « *le caractère flou de cette notion à contenu variable [...]*

²⁷¹⁷ Art. 372, al. 2 du Code civil.

²⁷¹⁸ L'article 372, alinéa 3 du Code civil dispose que « *l'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales* ».

²⁷¹⁹ Art. 373-1 du Code civil.

²⁷²⁰ C. Neirinck, « Autorité parentale. Délégation », *J.-Cl. Civil code*, Fasc. n° 30, 26 janv. 2018, n° 1.

²⁷²¹ V. sur la distinction entre titularité et exercice de l'autorité parentale : C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français, Étude critique*, op. cit., p. 418 et s., n° 523.

²⁷²² Art. 377, al. 2 du Code civil.

²⁷²³ C. Neirinck, « Autorité parentale. Délégation », préc., n° 40.

²⁷²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1981, n° 80-14.808, *Bull. civ. I*, n° 365; *JCP G*, 1982, IV, 79; *D.* 1982, IR 95.

accroît l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge [...] et présente l'indéniable avantage de concerner une multitude de situations factuelles potentielles »²⁷²⁵. En pratique, le désintéret se traduit souvent par une rupture des relations résidant dans l'absence de relation affective ou une indifférence totale du parent envers son enfant. En toute hypothèse, les juges du fond sont libres d'apprécier chaque situation au cas par cas. À titre d'exemple, le désintéret manifeste a pu être caractérisé dans une affaire où le père n'avait plus aucune relation avec ses enfants depuis huit ans et ne payait pas de pension alimentaire²⁷²⁶. *A contrario*, la Cour de cassation a considéré que le désintéret n'était pas constitué dans une affaire où après avoir rompu les relations, les parents avaient cherché à reprendre leur enfant pendant plusieurs années²⁷²⁷. Quant à l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, elle « *implique qu'un obstacle de droit ou de fait se dresse entre les parents titulaires d'une autorité qu'ils aimeraient plus ou moins exercer et la possibilité effective qu'ils ont de le faire* »²⁷²⁸. Sont, notamment, visés les cas d'absence, d'éloignement géographique, d'incarcération ou « *encore de facteurs psychiques ayant justifié ou non une mesure de protection* »²⁷²⁹ entraînant l'impossibilité, totale ou partielle, pour les parents de manifester leur volonté. Par exemple, la Cour de cassation, dans une situation où un père, instable et sans domicile fixe, avait gardé des liens affectifs avec sa fille, a admis l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale au motif que le père était difficilement joignable et qu'il ne prenait pas réellement en compte les besoins de sa fille²⁷³⁰. Le désintéret manifeste ou l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale des parents ne suffit pas à permettre la délégation de l'autorité parentale. Cette dernière doit, en outre, être conforme à l'intérêt de l'enfant. Tel n'est, par exemple, pas le cas lorsque les droits accordés par le juge des enfants permettent déjà à l'aide sociale à l'enfance d'organiser la vie quotidienne des enfants²⁷³¹ ou encore lorsque l'enfant n'est pas parvenu à trouver au foyer de sa tante des repères stables et fait l'objet d'une mesure de placement provisoire dans une famille d'accueil²⁷³².

964. À l'inverse, la délégation volontaire intervient à l'initiative des parents qui sont face à des difficultés dans l'exercice de leur autorité parentale sur leur enfant. Elle est prévue à l'article 377, alinéa 1^{er} du Code civil qui indique que les parents « *peuvent, lorsque les*

²⁷²⁵ V. Égée, *Droit de la famille*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2020, p. 612, n° 1335.

²⁷²⁶ CA Rennes, 29 mai 2000, n° 98-03537. V. aussi : CA Rennes, 20 mars 2000, n° 99-05079.

²⁷²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1981, n° 80-14.808, préc.. V. aussi : CA Lyon, 7 mai 2002, n° 01-04102 ; CA Dijon, 8 févr. 2008, n° 08-00011.

²⁷²⁸ C. Neirinck, « Autorité parentale. Délégation », préc., n° 46.

²⁷²⁹ *Ibid.*, n° 45.

²⁷³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2005, n° 04-05.019, *Dr. fam.* 2005, comm. 155, obs. P. Murat ; *AJ fam.* 2005, p. 273, note S. Gratadour.

²⁷³¹ CA Paris, 8 sept. 2016, n° 15-18464.

²⁷³² CA Pau, 27 nov. 2000, n° 99-02175.

circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers ». Deux conditions découlent de cette disposition. En premier lieu, seuls les parents ont qualité pour demander une délégation volontaire ce qui implique qu'ils soient titulaires de l'exercice de l'autorité parentale et que le lien de filiation existe entre eux et l'enfant. Par conséquent, si les parents exercent conjointement leur autorité, la délégation nécessite l'accord des deux parents. À l'inverse, si un seul des parents exerce l'autorité parentale, il est la seule personne apte à déléguer son autorité. En second lieu, cette demande doit être justifiée par des circonstances particulières qui rendent la délégation nécessaire et conforme à l'intérêt de l'enfant. Par cette limite, le législateur entend rappeler que « *la délégation, même volontaire, n'est pas le résultat des seules volontés privées et que l'exercice de l'autorité parentale demeure un devoir des parents* »²⁷³³. L'appréciation de cette justification relève du pouvoir souverain des juges du fond. Ainsi, une demande de délégation volontaire a pu être rejetée au motif que la séparation est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale et ne peut, donc, constituer la cause valable d'une délégation volontaire de l'autorité parentale²⁷³⁴. L'article 377, alinéa 1^{er} du Code civil indique également qu'il appartient aux parents de choisir le tiers délégataire parmi un membre de la famille, un proche digne de confiance, un établissement agréé pour le recueil des enfants ou un service départemental de l'aide sociale à l'enfance. Si le juge aux affaires familiales estime que le tiers choisi par le ou les délégants n'est pas apte à exercer l'autorité parentale, il ne peut que refuser de lui accorder. En effet, il ne peut imposer aux parents un autre délégataire qu'il choisirait lui-même. Il appartient aux parents de choisir un autre délégataire ou de renoncer à la demande de délégation. Les effets de la délégation d'autorité parentale sont variables : celle-ci peut être totale ou partielle. Lorsque le juge prononce une délégation totale, l'ensemble des prérogatives de l'autorité parentale est transféré au délégataire qui « *se trouve alors investi de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne d'un enfant qui n'est pas le sien et doit, comme les parents, agir pour satisfaire l'intérêt de l'enfant* »²⁷³⁵. En cas de délégation partielle, seul l'exercice de certaines prérogatives est transféré au délégataire alors que les parents conservent l'exercice de certains droits clairement identifiés par le juge.

965. La loi du 4 mars 2002 a permis d'utiliser le mécanisme de la délégation volontaire « *pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partag[ent] tout*

²⁷³³ A. Gouttenoire et P. Murat, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. fam.*, n° 1, janv. 2003, chron. 1.

²⁷³⁴ TGI Versailles, 6 avr. 2004, n° 03/07944, *Dr. fam.* 2004, comm. 199, P. Murat.

²⁷³⁵ V. Égéa, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 608, n° 1327.

ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire »²⁷³⁶. Ce nouvel outil que l'on peut nommer « délégation-partage »²⁷³⁷ a été d'un intérêt particulier pour les couples de personnes de même sexe.

B. La délégation-partage : outil au service du couple homosexuel

966. Avant la loi du 17 mai 2013, l'adoption simple de l'enfant du conjoint n'était pas possible au sein d'un couple homosexuel²⁷³⁸. Ainsi, « la demande de "parentalité" au sein des couples de personnes de même sexe était particulièrement forte »²⁷³⁹. Si « depuis cette loi [...], la délégation partage a perdu une large part de son intérêt sociétal comme en témoigne une jurisprudence devenue beaucoup plus rare »²⁷⁴⁰, il s'agissait tout de même du premier mécanisme permettant d'accorder des droits sur un même enfant au sein d'un couple de personnes de même sexe. Ainsi, ce mécanisme a principalement été utilisé au sein des couples de femmes (1). Si la jurisprudence française l'a admis, elle l'a, néanmoins, circonscrit à l'existence de circonstances particulières (2).

1. Un partage principalement pratiqué au sein des couples homosexuels

967. L'objectif de la réforme opérée par la loi du 4 mars 2002 est « de permettre à des tiers d'obtenir, grâce à une délégation, la consécration juridique de rapports de fait qu'ils entretiennent souvent déjà avec le mineur »²⁷⁴¹ sans, pour autant, pouvoir créer un lien de filiation avec ce dernier. En réalité, « la délégation partage n'est [...] qu'une modalité particulière de délégation volontaire, demandée par, au moins, un des parents [...] [qui] se démarque de la délégation volontaire par ses conséquences originales : elle ne prive pas le délégant de ses prérogatives sur l'enfant »²⁷⁴². Autrement dit, « il s'agit moins d'une véritable délégation qui engendre un transfert [...] des prérogatives d'autorité parentale, que d'un véritable exercice conjoint de certains droits, partagé entre les parents et le tiers »²⁷⁴³. La loi

²⁷³⁶ Art. 377-1, al. 2 du Code civil.

²⁷³⁷ Le mécanisme de la délégation-partage s'inspire de la proposition faite par le groupe de travail présidé par le Professeur Françoise Dekeuwer-Defossez qui insistait sur la nécessité de reconnaître une place au beau-parent participant à la prise en charge quotidienne de l'enfant. V. Rapport au Garde des sceaux, « Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », *La documentation française*, sept. 1999, p. 90 et s.

²⁷³⁸ Cf. *infra* n° 989 et s.

²⁷³⁹ C. Neirinck, « Autorité parentale. Délégation », préc., n° 22.

²⁷⁴⁰ *Ibid.*

²⁷⁴¹ Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, p. 283, n° 517.

²⁷⁴² *Ibid.*, n° 23.

²⁷⁴³ V. Égéa, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 614, n° 1341.

du 4 mars 2002 est muette quant à une éventuelle application au sein des couples de personnes de même sexe. À l'époque, il s'agissait « *de répondre aux problèmes posés par les recompositions familiales consécutives aux décès, divorces et séparations ; notamment en ébauchant un statut de "beau-parent" dans les familles recomposées. Il ne s'agissait pas [...] d'ouvrir implicitement aux couples homosexuels une institution [...] pour leur permettre de contourner l'impossible coparentalité qui les affecte biologiquement* »²⁷⁴⁴. Cependant, en pratique, les principales utilisations de ce mécanisme sont ailleurs. En effet, bien que ce dernier n'ait pas été adopté par le législateur dans cet objectif, l'interprétation par la Cour de cassation de l'article 377 du Code civil a entraîné la reconnaissance de la parentalité au sein des couples homosexuels.

968. En tant que délégation volontaire, la délégation-partage suppose nécessairement l'accord du ou des parents. Ainsi, sa mise en œuvre est nécessairement dépendante des personnes exerçant l'autorité parentale. En cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents, l'accord de chacun d'eux est requis. En pratique, il est question de l'hypothèse où une délégation partage serait demandée après la séparation ou le divorce des parents en faveur de la personne avec laquelle vit désormais l'un d'eux. Cependant, il s'agit d'une hypothèse d'école au vu « *des difficultés liées à l'exercice de l'autorité parentale par trois personnes et l'impossibilité de désigner plus d'un délégataire* »²⁷⁴⁵. En effet, dans la mesure où la délégation a pour objectif de partager les prérogatives à l'égard des parents et du tiers délégataire, trois personnes seront investies de l'autorité parentale ce qui rend son exercice nécessairement fastidieux. En outre, dans la majorité des cas, les deux parents vivront en couple avec une autre personne. Or, étant donné qu'un seul délégataire peut être désigné, il paraît peu probable qu'un parent accepte une délégation-partage au profit de la personne avec laquelle vit son ex-conjoint alors que son conjoint ne pourrait pas en bénéficier. En cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, seul le parent en étant investi peut consentir à la partager sous réserve qu'il en informe l'autre parent. Celui-ci peut soit consentir à la délégation, soit s'y opposer, mais cette opposition n'interdit pas au juge de faire droit à la délégation dès lors qu'il l'estime conforme à l'intérêt de l'enfant. Cependant, dans la mesure où l'article 377-1 du Code civil précise que le partage nécessite l'accord des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale « *n'a pas son mot à dire sur le partage de son exercice* »²⁷⁴⁶. Là encore, le mécanisme de la délégation-partage ne constitue pas un idéal dans

²⁷⁴⁴ D. Vigneau, « Aujourd'hui le rôle, demain le titre ? », *D.*, 2006, p. 897.

²⁷⁴⁵ C. Neirinck, « Autorité parentale. Délégation », préc., n° 24.

²⁷⁴⁶ *Ibid.*, n° 25.

la mesure où le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale conserve la qualité de parent et, *a fortiori*, les devoirs et obligations qui en découlent. Or, dans le cadre d'une délégation-partage, le délégataire n'a aucune obligation envers l'enfant, mais devient titulaire de l'exercice de l'autorité parentale donc détient plus de droits sur l'enfant que le parent qui a des devoirs envers ce dernier. Ainsi, « *la délégation dévalorise le parent qui ne vit pas avec l'enfant, le "déclasse" au profit d'un tiers, ce qui n'est généralement pas conforme à son intérêt* »²⁷⁴⁷.

969. Les inconvénients précités dans les hypothèses précédentes se trouvent immédiatement évincés lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard d'un seul de ses parents. Cette situation « *n'est pas si fréquente car, à l'époque contemporaine, la très grande majorité des enfants ont une filiation doublement établie* »²⁷⁴⁸. Néanmoins, elle peut se présenter à la suite du décès de l'un des parents. Ainsi, dans un arrêt en date du 16 avril 2008²⁷⁴⁹, la Cour de cassation a fait droit à la demande de délégation-partage en faveur de la concubine de la mère décédée. En l'espèce, après le décès de la mère, sa compagne avait pris en charge les deux enfants de la défunte avec l'accord de leur père, devenu seul titulaire de l'autorité parentale et ayant, donc, seul qualité pour en déléguer l'exercice. Enfin et surtout, un enfant peut n'avoir qu'un seul lien de filiation, notamment, lorsque sa mère se rend à l'étranger afin de bénéficier d'une insémination artificielle avec tiers donneur prohibée en France²⁷⁵⁰. C'est justement cette hypothèse qui a donné tout son essor au mécanisme de la délégation-partage d'autorité parentale en jurisprudence. Il est tout à fait possible de transposer cette jurisprudence à la situation où un père se rend à l'étranger afin de conclure une convention de gestation pour autrui car la filiation est établie uniquement à l'égard de ce dernier. La première chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée à propos de la première de ces hypothèses dans un arrêt très remarqué du 24 février 2006²⁷⁵¹. En l'espèce, deux femmes vivant en couple depuis de nombreuses années ont conclu un pacte de solidarité en 1999. L'une d'elles est mère de deux filles, respectivement nées en 1999 et 2002, dont la filiation paternelle n'a pas été établie. La mère des enfants a saisi le juge aux affaires familiales afin que soit prononcée une délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale au profit de sa partenaire. La Cour d'appel

²⁷⁴⁷ C. Neirinck, « Autorité parentale. Délégation », préc., n° 25.

²⁷⁴⁸ *Ibid.*, n° 26.

²⁷⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 16 avr. 2008, n° 07-11.273, *D.* 2008, p. 1410, obs. F. Luxembourg ; *AJ fam.* 2008, p. 250, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2008, p. 295, obs. S. David ; *RTD civ.* 2008, p. 463, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2008, comm. n° 101, note P. Murat.

²⁷⁵⁰ Cf. *supra* n° 687.

²⁷⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006, p. 159, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2006, comm. 89, obs. P. Murat ; *D.* 2006, p. 897, note D. Vigneau ; *D.* 2006, p. 876, point de vue H. Fulchiron ; *D.* 2006, p. 1139, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2006, p. 1414, obs. J.-J. Lemouland ; *RDSS* 2006, p. 578, note C. Neirinck ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2006, art. 38415, J. Massip.

d'Angers, dans un arrêt du 11 juin 2004, accède la demande. Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi en cassation formé par le procureur général près la Cour d'appel d'Angers. Il appartenait à la Cour de cassation de se prononcer sur le fait de savoir si le mécanisme de délégation-partage institué par la loi du 4 mars 2002 pouvait jouer au sein d'un couple homosexuel. La Cour de cassation répond par l'affirmative et rejette le pourvoi en affirmant que « *l'article 377, alinéa 1er, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue* »²⁷⁵².

Madame le Professeur Jacqueline Rubellin-Devichi en écrivant, alors même que l'élaboration de la loi de 2002 était en cours, que si les nouvelles règles relatives à la délégation de l'autorité parentale « *n'éta[en]t assurément pas proposée[s] en considération du couple homosexuel [...], elle[s] pourrai[en]t être facilement utilisée[s] en faveur du concubin homosexuel du parent de l'enfant* »²⁷⁵³ avait totalement anticipée cette solution. La position adoptée le 24 février 2006 a divisé la doctrine. Certains auteurs, déjà conscients de la réalité que constituait le tourisme procréatif, ont totalement approuvé la solution de la Cour de cassation. En effet, en considérant qu'« *il est [...] parfaitement illusoire de vouloir purement et simplement fermer les yeux au nom d'un ordre public conçu d'une manière si rigide qu'il se retourne contre l'intérêt de l'enfant en refusant le moindre cadre juridique entre ce dernier et le concubin homosexuel de son parent* »²⁷⁵⁴, Monsieur le Professeur Pierre Murat relève que la délégation-partage constitue « *le maillon manquant entre le trop peu de droit de la situation de fait du tiers et le trop de droit donné par l'assimilation au parent* »²⁷⁵⁵ par le biais de l'adoption. À l'inverse, Monsieur le Professeur Daniel Vigneau considère que « *même si la délégation peut avoir lieu en faveur d'un tiers dont la définition est [...] largement entendue, elle n'implique pas moins chez ce tiers l'octroi d'un rôle parental, et même d'une véritable image parentale lorsque ce tiers délégataire est une personne vivant en couple avec le parent biologique de l'enfant et partage avec ce parent l'autorité* »²⁷⁵⁶. Pour Monsieur le Professeur Jean Hauser, admettre la délégation-partage dans une telle hypothèse revient pour le juge à « *fermer les*

²⁷⁵² V. déjà en ce sens : TGI Nice, 8 juill. 2003, n° 03/00318 - 7 avr. 2004, n° 03/06009 - 30 juin 2004, n° 03/06007, *JCP* 2005. I. 116, obs. J. Rubellin-Devichi ; *AJ fam.* 2004, p. 453, obs. F. Chénéde ; TGI Paris, 2 juill. 2004, n° 04/33358, *Dr. fam.* 2005, n° 4, note P. Murat ; *RTD civ.* 2005, p. 116, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2004, p. 361, obs. F. Chénéde.

²⁷⁵³ J. Rubellin-Devichi, « Droit de la famille », *JCP G*, n° 1, janv. 2002, doctr. 101, spéc. n° 9. *Contra* : J. Sainte-Rose, « Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ? », *AJ fam.*, 2006, p. 395.

²⁷⁵⁴ P. Murat, « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation », *Dr. fam.*, n° 4, avr. 2006, comm. 89.

²⁷⁵⁵ *Ibid.*

²⁷⁵⁶ D. Vigneau, « Aujourd'hui le rôle, demain le titre ? », art. préc.

yeux » sur la conception de l'enfant « *en acceptant de consacrer les conséquences d'une situation illégale* »²⁷⁵⁷. Les partisans de la solution adoptée par la Cour de cassation y voient le moyen de conférer « *une juste place à la partenaire de la mère biologique et, par là même, serait le moyen d'éviter la consécration législative d'un statut de l'homoparentalité* »²⁷⁵⁸. En effet, la seule parentalité accordée dans le cadre d'une délégation-partage de l'autorité parentale permettait d'éviter de consacrer la parenté, par le biais de l'adoption, au sein des couples de personnes de même sexe. *A contrario*, les opposants à cette solution considèrent qu'à terme la consécration de l'homoparentalité sera inévitable dans la mesure où les personnes à l'origine de telles demandes ne cherchent pas « *seulement une réponse concrète à leur problème* »²⁷⁵⁹, mais conduisent « *une entreprise symbolique et politique dont l'aboutissement est la reconnaissance à égalité de leur couple* »²⁷⁶⁰. En réalité, il semble que le caractère homosexuel ne peut en rien motiver la position des juridictions. En effet, la prise en compte de ce dernier ne peut pas justifier la mise en place d'une délégation d'autorité parentale dans la mesure où nul ne peut prétendre que l'orientation sexuelle d'un individu ait une influence sur ses capacités éducatives. À l'inverse, elle ne peut pas non plus justifier un refus étant donné qu'il constituerait nécessairement une discrimination condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme²⁷⁶¹. Par conséquent, la position adoptée par la Cour de cassation en 2006 semble devoir être approuvée, car conforme au texte de la loi.

970. Les juges du fond ont également admis la délégation-partage de l'autorité parentale après la séparation du couple²⁷⁶². En l'espèce, deux femmes vivent en couple et ont conclu un pacte civil de solidarité. L'une d'elles se rend en Belgique afin de bénéficier d'une insémination artificielle avec tiers donneur. De cette procréation médicalement assistée naît une petite fille dont seule la filiation maternelle est établie. La mère est alors seule titulaire de l'autorité parentale. À la suite de la séparation des deux femmes, la mère souhaite que soit prononcée une délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale au profit de son ex-compagne. Le tribunal de grande instance de Lille accepte la demande malgré la séparation du couple homosexuel en considération de l'intérêt de l'enfant. Les hypothèses de séparation connues par les couples de sexe différent se retrouveront nécessairement chez les couples de même sexe avec pour particularité le fait qu'un seul des membres sera le parent légal de l'enfant.

²⁷⁵⁷ J. Hauser, « Détournements de délégation : à quoi bon légiférer ? », *RTD civ.*, 2006, p. 297.

²⁷⁵⁸ Y. Lequette, F. Terré et H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015, p. 384.

²⁷⁵⁹ *Ibid.*

²⁷⁶⁰ J. Hauser, « Encore et toujours l'homoparentalité ! », *RTD civ.*, 2007, p. 100.

²⁷⁶¹ Cf. *supra* n° 89 et s.

²⁷⁶² TGI Lille, 18 déc. 2007, n° 06/06114, *Dr. fam.* 2008, comm. 59, obs. P. Murat.

Ainsi, l'existence d'une délégation-partage paraît indispensable afin d' « organiser en droit la situation ultérieure »²⁷⁶³. Cependant, dans la mesure où la filiation de l'enfant est unilinéaire, l'accord du parent titulaire de l'autorité parentale est nécessaire. Ainsi, dans l'affaire précitée, la bonne entente entre les ex-compagnes a permis la délégation-partage. Or, « cette solution ne sera pas toujours accessible : l'opposition du parent empêchera d'aménager l'équivalent d'un exercice conjoint de l'autorité parentale »²⁷⁶⁴. De même, si le parent légal de l'enfant a reconstruit sa vie avec une nouvelle personne, il est fort possible qu'il souhaite partager l'exercice de l'autorité parentale avec celle-ci occultant ainsi sa première compagne²⁷⁶⁵.

971. Un jugement du tribunal de grande instance de Lille a même admis des délégations croisées d'autorité parentale²⁷⁶⁶. Deux femmes liées par un pacte civil de solidarité ont chacune eu recours à une insémination artificielle avec tiers donneur en Belgique et ont mis au monde deux enfants dont les filiations sont seulement établies à l'égard de leur mère respective. Chacune des femmes s'occupe quotidiennement des deux enfants. Souhaitant exercer conjointement l'autorité parentale sur chacun d'eux, elles ont saisi le juge d'une double demande de délégation d'autorité parentale. Le tribunal de grande instance de Lille a accueilli les demandes des deux requérantes.

972. La délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale a également été accordée, pour la première fois²⁷⁶⁷, au sein d'un couple composé de deux hommes dans une décision en date du 28 janvier 2008²⁷⁶⁸. En l'espèce, un homme entretient une relation avec un autre homme dont il ne se cache pas. Après avoir engagé une procédure d'adoption, il fait face au refus de tous les organismes autorisés pour l'adoption contactés. Ainsi, il se tourne vers le Vietnam où lui est confié un enfant en 2006. À la suite du prononcé de l'adoption, il adresse une demande au tribunal afin que l'autorité parentale sur l'enfant lui soit déléguée et qu'elle soit partagée avec son compagnon. Le tribunal de grande instance de Grenoble fait droit à cette demande et prononce le partage de l'exercice de l'autorité parentale entre les deux hommes.

²⁷⁶³ P. Murat, « Le partage de l'autorité parentale après séparation du couple de même sexe », *Dr. fam.*, n° 4, avr. 2008, comm. 58.

²⁷⁶⁴ *Ibid.*

²⁷⁶⁵ *Ibid.*

²⁷⁶⁶ TGI Lille, 11 déc. 2007, n° 06-05918, *Dr. fam.* 2008, n° 58, note P. Murat ; *AJ fam.* 2008, p. 119, obs. F. Chénéde. *A contrario*, la Cour de cassation ne fait pas droit à de telles demandes : Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, n° 09-12.623, *D.* 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 394, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. Hauser ; *JCP* 2010, p. 994, note A. Gouttenoire ; *RDSS* 2010, p. 1128, note C. Neirinck.

²⁷⁶⁷ F. Chénéde, « Délégation d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel masculin », *AJ fam.*, 2008, p. 476.

²⁷⁶⁸ TGI Grenoble, 28 janv. 2008, n° 07/04889, *AJ fam.* 2008, p. 476, obs. F. Chénéde ; *D.* 2009, p. 773, note F. Granet-Lambrechts.

973. La délégation-partage constituait un palliatif intéressant à la situation de l'enfant élevé au sein d'un couple homosexuel. Elle présentait « *l'avantage de ne pas s'appuyer sur la notion de parenté encore difficile à admettre dans un couple de "parent" de même sexe* »²⁷⁶⁹ avant la loi du 17 mai 2013. La jurisprudence française a reconnu l'homoparentalité en acceptant que l'exercice de l'autorité parentale soit partagé au sein d'un couple de personnes de même sexe lorsque l'enfant de l'un des membres du couple possède une filiation unilinéaire. Néanmoins, la seule volonté du parent et de la personne avec laquelle il vit ne peut suffire, la Cour de cassation exige que le partage soit justifié par l'existence de circonstances particulières.

2. Un partage en principe soumis à l'existence de circonstances particulières

974. L'article 377, alinéa 1^{er} civil prévoit que la délégation peut être prononcée par le juge aux affaires familiales « *lorsque les circonstances l'exigent* ». Il s'agit des conditions de droit commun de la délégation volontaire²⁷⁷⁰ « *qui font que celle-ci ne peut toutefois être conçue comme un droit subjectif des parents* »²⁷⁷¹. Par cette formule générale, il est exigé que les juges du fond relèvent des éléments de fait à l'appui de leur décision. Bien évidemment, le mécanisme particulier que constitue la délégation-partage en tant que délégation volontaire doit respecter ces conditions²⁷⁷². En outre, l'article 377-1, alinéa 2 spécifique à la délégation-partage vient préciser que celle-ci peut être prononcée « *pour les besoins d'éducation de l'enfant* ». En réalité, « *les circonstances ouvrant droit à la délégation ne peuvent s'apprécier indépendamment de l'intérêt de l'enfant : elles doivent impérativement s'avérer conformes à celui-ci* »²⁷⁷³.

975. Dans l'arrêt rendu le 24 février 2006²⁷⁷⁴, la première chambre civile de la Cour de cassation est venue préciser les critères pris en compte afin de faire droit à une demande de délégation-partage au sein d'un couple de personnes de même sexe. Dans cette affaire, le procureur général près la Cour d'appel a formé le pourvoi en cassation au moyen que l'article 377 du Code civil « *subordonne la délégation volontaire de l'autorité parentale d'un des parents au profit d'un tiers à l'existence de circonstances particulières et non sur la simple*

²⁷⁶⁹ M. Rebourg, « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *Recherches familiales*, vol. 7, n° 1, 2010, p. 29, spéc. p. 43.

²⁷⁷⁰ Cf. *supra* n° 964.

²⁷⁷¹ P. Murat, « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation », art. préc.

²⁷⁷² *Contra* : A. Gouttenoire, « Coup d'arrêt à la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale », *JCP G*, n° 41, 11 oct. 2010, p. 994.

²⁷⁷³ P. Murat, « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation », art. préc.

²⁷⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090, préc. V. dans le même sens : CA Paris, 5 mai 2006, n° 03/41602, *AJ fam.* 2006, p. 333, obs. F. Chénéde.

crainte de la réalisation hypothétique d'un événement ». Or, il est reproché à la Cour d'appel d'avoir fait droit à la demande de délégation-partage « *sur la crainte d'un événement purement hypothétique [...] sans constater de circonstances avérées ou prévisibles interdisant* » à la mère d'exercer son autorité sur ses enfants. La Cour de cassation ne retient pas cette argumentation et considère que c'est à bon droit que la Cour d'appel a prononcé la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale en relevant « *l'absence de filiation paternelle [qui] laissait craindre qu'en cas d'événement accidentel plaçant la mère, astreinte professionnellement à de longs trajets quotidiens, dans l'incapacité d'exprimer sa volonté* ». De plus, la Cour de cassation note que le partage de l'exercice de l'autorité parentale est conforme à l'intérêt supérieur des deux enfants. À cette fin, elle se fonde sur les éléments de faits relatés par les juges du fond. En effet, les deux filles sont décrites comme « *épanouies, équilibrées et heureuses, bénéficiant de l'amour, du respect, de l'autorité et de la sérénité nécessaires à leur développement* ». Quant à la relation unissant la mère et sa partenaire, elle est « *stable depuis de nombreuses années [...] considérée comme harmonieuse et fondée sur un respect de leur rôle auprès des enfants* ». Il est nécessaire que soit démontré que le tiers « *exerce un rôle réel et positif auprès des enfants et que le cadre juridique de la délégation parentale est nécessaire pour lui permettre de le poursuivre, notamment en cas d'impossibilité [même hypothétique] pour le parent de l'enfant d'assumer son rôle* »²⁷⁷⁵. Par conséquent, la preuve que le délégant est ou sera dans l'impossibilité d'exercer son autorité parentale sur l'enfant n'est pas à rapporter²⁷⁷⁶, la seule crainte d'une telle situation suffit.

976. Probablement consciente de la souplesse de la formule dégagée dans l'arrêt de 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation par un arrêt en date du 8 juillet 2010²⁷⁷⁷ est venue rappeler que ce mécanisme ne pouvait servir, de manière générale, de support au rattachement d'un enfant à la compagne de sa mère même si elle l'élève concrètement avec cette dernière. En l'espèce, le tribunal de grande instance de Lille avait accepté les demandes de délégations-partage croisées sur l'enfant de l'autre de deux femmes vivant en couple ayant chacune eu recours à une insémination artificielle avec tiers donneur en Belgique²⁷⁷⁸. La Cour d'appel de Douai infirme le jugement rendu en première instance en relevant que les deux femmes ne rapportaient pas la preuve de circonstances particulières qui imposeraient une délégation d'autorité parentale. En effet, les déplacements professionnels invoqués n'étaient

²⁷⁷⁵ Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.*, p. 285, n° 521.

²⁷⁷⁶ F. Chénéde, « Délégation volontaire et partielle d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : la Cour de cassation donne son aval ! », *AJ fam.*, 2006, p. 159.

²⁷⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, n° 09-12.623, préc.

²⁷⁷⁸ TGI Lille, 11 déc. 2007, n° 06-05918, préc.

qu'exceptionnels et le risque d'accident n'était qu'hypothétique et semblable à celui auquel se trouvait confronté tout parent qui exerçait seul l'autorité parentale. Par conséquent, il n'était pas démontré que l'intérêt supérieur des enfants exigeait que l'exercice de l'autorité parentale soit partagé entre les deux femmes et permettait aux enfants d'avoir de meilleures conditions de vie ou une meilleure protection. La Cour de cassation approuve cette décision en rappelant que même « *si l'article 377, alinéa 1^{er} du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Dans cette affaire, la Cour de cassation « *indique clairement sa volonté d'encadrer la délégation partagée de l'autorité parentale [...]. Elle ne ferme pas le recours à la délégation volontaire mais réduit sa mise en œuvre en exigeant que soient démontrées l'existence de circonstances exceptionnelles et la conformité du projet avec l'intérêt particulier de l'enfant concerné* »²⁷⁷⁹.

977. Néanmoins, les juridictions du fond, ne prenant pas réellement acte des exigences posées par la Cour de cassation en 2006 et rappelées en 2010, se sont montrées bien plus indulgentes quant à la nécessité de démontrer les circonstances particulières justifiant la demande de délégation-partage²⁷⁸⁰. De manière générale, elles « *considèrent que le seul fait qu'un enfant n'ait de filiation qu'à l'égard de sa mère justifie la délégation-partage de l'autorité parentale, sans qu'il soit besoin de démontrer une réelle indisponibilité de la mère* »²⁷⁸¹. Les juges se fondent uniquement sur des éléments factuels tels que la relation stable et durable entre la mère de l'enfant et le délégataire, la prise en charge de l'enfant par ce dernier, l'attachement et l'affection de celui-ci à l'enfant afin de prononcer la délégation-partage d'autorité parentale sans en démontrer le caractère indispensable. Cette position est regrettable dans la mesure où l'autorité parentale est d'ordre public et ne peut dépendre de la seule volonté des personnes indépendamment de circonstances exigeant sa délégation. À l'instar de Madame le Professeur Claire Neirinck, la crainte est que dans leur « *désir de donner des gages de tolérance à l'égard de la famille homosexuelle* », les juridictions du fond « *sans rigueur juridique, érod[ent] un peu plus la part d'ordre public qui demeure encore attachée à l'autorité parentale, laissant à ses*

²⁷⁷⁹ C. Neirinck, « Homoparentalité et ordre public », *RDSS*, 2010, p. 1128.

²⁷⁸⁰ V. par exemple : TGI Paris, 18 sept. 2009, n° 09/34715, *AJ fam.* 2009, p. 490, obs. F. Chénédy ; CA Paris, 16 juin 2011, n° 10/22338 ; CA Paris, 20 oct. 2011, n° 11/04042 ; CA Paris, 20 oct. 2011, n° 10/11743 ; TGI Nanterre, 30 août 2011, n° 11/04363 ; TGI Bayonne, 26 oct. 2011, n° 11/00950, *AJ fam.* 2011, p. 604 et 605, obs. A. Mirkovic ; *RTD civ.* 2012, p. 111, obs. J. Hauser ; CA Paris, 1^{er} déc. 2011, n° 11/06495, *AJ fam.* 2012, p. 146, note C. Siffrein-Blanc.

²⁷⁸¹ C. Mécarry, « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ fam.*, 2011, p. 604.

titulaires le soin de décider librement des modalités de son exercice et de son contenu »²⁷⁸². La délégation-partage se doit d'être « *un moyen occasionnel et exceptionnel* »²⁷⁸³ d'accorder un rôle parental au concubin ou partenaire du parent légal.

978. La position française a été soumise au contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, cette dernière a été saisie à la suite de l'affaire tranchée par la Cour de cassation le 8 juillet 2010²⁷⁸⁴. C'est ainsi que la Cour européenne s'est prononcée le 6 février 2018²⁷⁸⁵ et a considéré que la solution française était conforme aux exigences européennes. À la suite du rejet des demandes de délégation-partage en 2010, les deux femmes se sont séparées et ont dissous leur pacte civil de solidarité en 2012. Malgré ce fait, les deux femmes ont saisi la Cour européenne au motif que « *le rejet de leur demande de délégation d'autorité parentale est fondé sur leur orientation sexuelle et entraîne une différence de traitement injustifiée et disproportionnée* »²⁷⁸⁶. Ainsi, elles allèguent une violation de l'article 14 de la Convention européenne combiné avec l'article 8. Relevant la séparation intervenue entre les deux femmes, la Cour européenne estime qu'il paraît opportun d'examiner la situation avant ladite séparation puis après. Quant à la situation avant la séparation, la Cour constate que les deux femmes sont « *dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel dans le cadre d'une famille recomposée, où le ou la partenaire du parent vit avec un enfant avec lequel il n'a pas de lien biologique et qu'il élève* »²⁷⁸⁷. Ainsi, il lui appartient de déterminer si elles ont fait l'objet d'une différence de traitement et dans la positive, si celle-ci est discriminatoire. La Cour constate tout d'abord que l'article 377, alinéa 1^{er} du Code civil « *ne fait aucune différence entre les parents et ne contient en soi aucune distinction quant à l'orientation sexuelle du parent qui effectue la demande ou du délégataire* »²⁷⁸⁸. Après avoir rappelé le principe posé par la Cour de cassation le 24 février 2006, la Cour européenne, se fondant sur un examen de la jurisprudence rendue depuis lors, constate que « *les décisions d'octroi ou de refus de délégation d'autorité parentale sont fondées sur les circonstances de fait de chaque affaire* »²⁷⁸⁹ laissées à l'appréciation des juges du fond. Or, la Cour estime que tel a été le cas en l'espèce dans la mesure où les juges du

²⁷⁸² C. Neirinck, « Couple homosexuel * Exercice de l'autorité parentale * Délégation partielle * Intérêt de l'enfant », *RDSS*, 2006, p. 578.

²⁷⁸³ L. de Saint-Pern, *La notion de filiation en droit comparé, Droit français et droit anglais*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2013, p. 386, n° 665.

²⁷⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, n° 09-12.623, préc.

²⁷⁸⁵ Cour EDH, 6 févr. 2018, *Bonnaud et Lecoq c./ France*, req. n° 6190/11, *AJ fam.* 2018, p. 228, obs. J. Houssier ; *Dr. fam.* 2018, n° 132, note H. Fulchiron ; *Dr. fam.* 2018, chron. 2, obs. A. Gouttenoire et F. Marchadier.

²⁷⁸⁶ Cour EDH, 6 févr. 2018, *Bonnaud et Lecoq c./ France*, req. n° 6190/11, préc., § 27.

²⁷⁸⁷ Cour EDH, 6 févr. 2018, *Bonnaud et Lecoq c./ France*, req. n° 6190/11, préc., § 42.

²⁷⁸⁸ Cour EDH, 6 févr. 2018, *Bonnaud et Lecoq c./ France*, req. n° 6190/11, préc., § 43.

²⁷⁸⁹ Cour EDH, 6 févr. 2018, *Bonnaud et Lecoq c./ France*, req. n° 6190/11, préc., § 44.

fond approuvés par la Cour de cassation ont relevé que les conditions n'étaient pas réunies afin que la demande de délégation-partage aboutisse. De plus, la Cour européenne met en lumière et se fonde sur le fait que les juges du fond ont constaté que « *les requérantes sont perçues par tout leur entourage comme les parents des deux enfants et n'ont pas fait état de difficultés particulières auxquelles elles se seraient heurtées* »²⁷⁹⁰ en faisant référence à la jurisprudence *Mennesson*. Cette position ne relevant pas d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, la Cour conclut en l'absence de violation des articles 14 et 8 combinés²⁷⁹¹. Quant à la situation après la séparation, la Cour européenne relève que le dossier de nouvelle demande de délégation d'autorité parentale est en cours. Au vu de la position jurisprudentielle française, elle « *estime qu'on ne peut exclure qu'il soit accueilli favorablement compte tenu du changement de circonstances dans la vie* »²⁷⁹² des deux femmes. Ainsi, considérant que cet aspect du grief est prématuré, la Cour le rejette.

979. La solution adoptée par la Cour européenne des droits de l'Homme laisse une place considérable à l'appréciation souveraine des juges français en s'efforçant de ne pas se prononcer sur la pertinence des critères utilisés par ces derniers afin d'autoriser la délégation-partage. Néanmoins, comme le souligne Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, il est possible d'émettre des réserves sur la rigueur du raisonnement adopté par la Cour. En effet, si le fait que la situation d'un couple homosexuel soit comparable à celle d'un couple hétérosexuel ne fait aucun doute, « *il aurait fallu vérifier que, dans l'application des critères dégagés par la jurisprudence française, le niveau d'exigence n'est pas plus élevé dans les familles homoparentales que dans les familles "traditionnelles"* »²⁷⁹³. Or, la Cour européenne, afin de fonder sa décision, ne fait référence qu'à des décisions de demandes de délégation-partage rendues au sein de couples de personnes de même sexe²⁷⁹⁴. En outre, la Cour renvoie à l'affaire *Mennesson*²⁷⁹⁵ dans laquelle l'argument d'atteinte à la vie familiale des parents avait été rejeté, car les époux avaient pu élever leurs enfants en France sans se heurter à des difficultés insurmontables²⁷⁹⁶. Or, il est possible de « *s'interroger sur ce qu'apporte l'argument au regard des articles 8 et 14 combinés : que les requérants ne soient pas confrontés à des problèmes permet de conclure à l'absence d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée*

²⁷⁹⁰ Cour EDH, 6 févr. 2018, *Bonnaud et Lecoq c./ France*, req. n° 6190/11, préc., § 46.

²⁷⁹¹ Cour EDH, 6 févr. 2018, *Bonnaud et Lecoq c./ France*, req. n° 6190/11, préc., §§ 45 et 47.

²⁷⁹² Cour EDH, 6 févr. 2018, *Bonnaud et Lecoq c./ France*, req. n° 6190/11, préc., § 48.

²⁷⁹³ H. Fulchiron, « Délégation-partage et familles homoparentales : les règles françaises ne sont pas discriminatoires », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2018, comm. 132.

²⁷⁹⁴ Cour EDH, 6 févr. 2018, *Bonnaud et Lecoq c./ France*, req. n° 6190/11, préc., § 25.

²⁷⁹⁵ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc.

²⁷⁹⁶ Cf. *supra* n° 898.

et familiale, mais ne saurait justifier une discrimination »²⁷⁹⁷. En définitive, si l'argumentation de la Cour peut sembler manquer de rigueur, il est possible de penser que ce constat se déduit de la volonté de celle-ci d'adopter une vision concrète de la situation. Elle privilégie une appréciation factuelle de l'affaire.

980. Faute de pouvoir, avant la loi du 17 mai 2013, accéder à la parenté, les couples de même sexe ont usé du mécanisme de la délégation-partage de l'autorité parentale en droit interne. Cependant, à l'échelle internationale, cette possibilité n'est pas seulement dépendante des possibilités offertes par le droit français, elle est limitée par la position de l'État de résidence habituelle de l'enfant.

II. Une projection à l'international dépendante de l'État de résidence habituelle de l'enfant

981. En droit international privé, le terme retenu est celui de « *responsabilité parentale* » dont la définition et le contenu varient selon les textes et organisations internationales en cause²⁷⁹⁸. Cette notion est « *l'institution de référence dans le paysage conventionnel et communautaire* » et « *permet d'englober les éventuelles disparités conceptuelles nationales quant à l'institution de protection de l'enfant par les parents* »²⁷⁹⁹. Il importe de distinguer le juge compétent, la loi applicable et les règles relatives à la reconnaissance et l'exécution des décisions.

982. La détermination du juge compétent appartient au Règlement n° 2201/2003 - Bruxelles II *bis* - relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale²⁸⁰⁰ lorsque l'enfant réside sur le territoire d'un État membre. Cette compétence découle directement de l'article 61 qui prévoit sa primauté sur les règles de compétences issues de la Convention de La Haye de 1996. Le champ d'application matériel est précisément défini. L'article 1^{er} du règlement prévoit que le

²⁷⁹⁷ H. Fulchiron, « Délégation-partage et familles homoparentales : les règles françaises ne sont pas discriminatoires », art. préc.

²⁷⁹⁸ V. pour une présentation détaillée : E. Gallant, « Règlement Bruxelles II bis : compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et de responsabilité parentale », *Répertoire de droit international Dalloz*, janv. 2013 (mise à jour : déc. 2019), n^{os} 62 et s.

²⁷⁹⁹ E. Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Thèse, Defrénois, 2004, p. 2, n° 3.

²⁸⁰⁰ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003 relatif à la compétence, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *JOCE*, n° L 338, 23 déc. 2003. A compter du 1^{er} août 2022, ce texte sera remplacé par le Règlement Bruxelles II *ter* du 25 juin 2019 (Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, *JOUE*, n° L 178/1, 2 juill. 2019).

texte est applicable « *aux matières civiles relatives [...] à l'attribution, à l'exercice, à la délégation, au retrait total ou partiel de la responsabilité parentale* ». L'article 8 du règlement donne compétence en matière de responsabilité parentale aux juridictions de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant au moment où la juridiction est saisie. Dans l'hypothèse où le règlement ne serait pas applicable, car l'enfant ne réside pas dans un État membre, la compétence revient à la Convention de La Haye de 1996 si l'enfant réside dans un État contractant. Elle prévoit, en son article 5, que la compétence de principe appartient aux autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant. À défaut, il convient de se tourner vers la Convention de 1961 ou vers le droit international privé commun.

983. S'agissant de la loi applicable, le texte principal est la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, ratifiée par la France le 15 octobre 2010 et entrée en vigueur le 1^{er} février 2011²⁸⁰¹. Cet instrument a été précédé de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, en vigueur en France depuis le 10 novembre 1972²⁸⁰². Ce texte continue à s'appliquer dans les relations entre la France et les États n'ayant pas ratifié la Convention du 19 octobre 1996²⁸⁰³. En outre, les Conventions bilatérales contenant des règles de conflit de lois relatives à l'autorité parentale²⁸⁰⁴ subsistent « *à moins que les États parties fassent une déclaration assurant la primauté de la convention de La Haye de 1996* »²⁸⁰⁵. L'article 3 de la Convention de 1961 prévoit que le rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'État dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les États contractants. Dans l'hypothèse où aucun rapport d'autorité découlant de la loi nationale n'existerait, les articles 2 et 4 de la Convention donnent respectivement compétence à la loi de la résidence habituelle et à la loi nationale. La

²⁸⁰¹ Décr. n° 2011-1572 du 18 nov. 2011 portant publication de la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (ensemble trois déclarations), signée à La Haye le 19 oct. 1996, *JORF*, n° 0269, 20 nov. 2011, p. 19503.

²⁸⁰² Décr. n° 73-490 du 15 mai 1973 portant publication de la convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, ouverte à la signature à La Haye le 5 oct. 1961, *JORF*, 24 mai 1973, p. 5637.

²⁸⁰³ Il s'agit de la Turquie et de l'Italie.

²⁸⁰⁴ Ce sont la Convention franco-polonaise du 5 avr. 1967, la Convention franco-yougoslave du 18 mai 1971 et la Convention franco-portugaise du 20 juill. 1983. La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 ne contient pas de règles de conflit de lois relative à l'autorité parentale mais une règle de coopération judiciaire. V. pour une présentation des règles de conflit issues de ces textes : E. Gallant, « Autorité parentale – Loi applicable », *J.-Cl. Droit international*, 3 sept. 2014 (mise à jour : 17 nov. 2015), n°s 5 et s.

²⁸⁰⁵ E. Gallant, « Autorité parentale – Loi applicable », *J.-Cl. Droit international*, 3 sept. 2014 (mise à jour : 17 nov. 2015), n° 4. A l'heure actuelle, seule la Convention franco-polonaise a fait l'objet de cette déclaration.

Convention de 1996 a simplifié le système précédent. Le principe posé par l'article 15 est que les autorités des États contractants appliquent leur propre loi, autrement dit la loi de résidence habituelle de l'enfant. En son article 3, le texte délimite positivement le champ d'application matériel qui comprend notamment « *l'attribution, l'exercice et le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale, ainsi que la délégation de celle-ci* ». Ainsi, la question de la délégation-partage de l'autorité rentre sans hésitation dans le champ d'application *ratione materiae* de la Convention. Dès lors que l'enfant aura sa résidence en France, la loi française sera applicable.

984. L'effet en France des décisions étrangères varie selon l'origine de la décision. Si celle-ci émane d'un État membre, le Règlement Bruxelles II bis sera applicable. En revanche, si la décision provient d'un État non membre, mais partie à la Convention de La Haye de 1996, l'effet de la décision dépend de ce texte. Le Règlement Bruxelles II bis, en son article 21, prévoit que les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à aucune procédure. De même, la Convention de La Haye, en son article 23, énonce que les mesures prises par les autorités d'un État contractant sont reconnues de plein droit dans les autres États contractants. Néanmoins, chacun de ces textes tempère la reconnaissance de plein droit qui peut, notamment, être refusée si la mesure est incompatible avec l'ordre public international de l'État requis eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant.

985. Les règles de droit international privé applicables à la responsabilité parentale assurent-elles la circulation au-delà des frontières de l'exercice de l'autorité parentale confiée à deux femmes ? La problématique peut notamment se poser dans deux hypothèses : d'une part, lorsqu'il s'agira de déterminer la loi applicable et d'autre part, lorsqu'il sera question de s'intéresser aux effets d'une décision rendue à l'étranger.

À titre d'exemple, une femme de nationalité française a donné naissance à un enfant de nationalité française dont la seule filiation maternelle est établie. Cette femme vit en couple stable avec une autre femme, de nationalité française, depuis plusieurs années. Les trois intéressés résident dans un État tiers. Si la compagne de la femme demande le bénéfice d'une délégation-partage de l'autorité parentale, celle-ci devra se tourner vers les juridictions de l'État de résidence habituelle de l'enfant si celui-ci est un État membre ou un État contractant à la Convention de La Haye de 1996. Ces juridictions appliqueront, en principe, la loi de la résidence habituelle du mineur. Si cette dernière ne connaît pas un mécanisme similaire au droit français, il sera impossible pour les deux femmes de partager l'exercice de l'autorité parentale

sur l'enfant. Ainsi, même si hormis le lieu de résidence, de nombreux éléments rattachent la situation à l'État français, la loi française n'aura pas vocation à régir la situation.

Il est aussi possible d'imaginer l'hypothèse d'un couple de femmes, de nationalité étrangère et résidant en France, ayant un projet parental commun. Elles se rendent à l'étranger afin de donner naissance à un enfant par le biais d'une insémination artificielle avec tiers donneur. L'enfant naît en France, pays de sa résidence habituelle. Les deux femmes ne souhaitant pas se marier, elles se tournent vers les juridictions françaises afin que soit prononcée une délégation-partage de l'autorité parentale au profit de la compagne de la mère. Quelques années plus tard, les femmes s'installent dans leur État d'origine. Quid de la reconnaissance de la décision rendue par le juge français dans le nouvel État de résidence ? S'il s'agit d'un État membre ou d'un État contractant à la Convention de La Haye de 1996, la mesure de délégation-partage a, en principe, vocation à être reconnue de plein droit. Cependant, les deux textes réservent la contrariété à l'ordre public international eu égard à l'intérieur supérieur de l'enfant. Or, si l'État de nouvelle résidence ne prévoit pas un mécanisme similaire à celui de la délégation-partage ou si, plus spécifiquement, il prohibe le fait que deux personnes de même sexe détiennent l'autorité parentale sur un même enfant, il est fort probable que les juridictions de cet État opposent l'ordre public international à la reconnaissance de la décision. Seule la femme ayant accouché aurait alors, dans ce pays, l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant élevé conjointement par le couple de femmes.

986. Depuis la loi du 17 mai 2013, l'adoption de l'enfant du conjoint est ouverte aux couples homosexuels²⁸⁰⁶. Ainsi, le nombre de demandes de délégations-partage est réduit sans, toutefois, qu'elles disparaissent « *complètement puisque tous ces couples ne se marieront pas et que certains de ces couples mariés pourront ne pas souhaiter établir une véritable filiation entre l'enfant et son parent social* »²⁸⁰⁷. Avant la loi du 17 mai 2013, les couples homosexuels ont accédé à la parentalité par l'utilisation de la délégation-partage laissant alors une place à la personne qui élève l'enfant avec le parent légal de celui-ci. En revanche, la jurisprudence française a refusé de façon tempérée l'ouverture de la parenté homosexuelle.

Sous-section 2. Le refus tempéré de la parenté homosexuelle

987. La mise en place d'une délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale au sein d'un couple de personnes de même sexe a permis la reconnaissance juridique de la

²⁸⁰⁶ Cf. *infra* n° 1031.

²⁸⁰⁷ L. Frossard, « L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité », *LPA*, 2013, n° 133, p. 37.

parentalité homosexuelle. Cependant, les revendications de ces couples portaient davantage sur la reconnaissance de la parenté, autrement dit la possibilité pour l'un de ses membres d'établir un lien de filiation avec l'enfant de la personne avec laquelle il vit. La jurisprudence française n'a pas souhaité consacrer une telle situation et a fermé l'adoption simple au concubin ou partenaire homosexuel (Paragraphe 1). À ce refus, la Cour de cassation a admis un tempérament en reconnaissant une adoption simple prononcée à l'étranger (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La fermeture de l'adoption simple au concubin ou partenaire homosexuel en droit interne

988. Avant la loi du 17 mai 2013, la question de l'adoption au sein d'un couple de femmes a été posée dans des affaires où l'une des deux était mère d'un enfant dont la filiation paternelle n'avait pas été établie. Si cette hypothèse peut recouvrir des situations diverses²⁸⁰⁸, il s'agissait, dans la majorité des cas, du recours à une insémination artificielle avec tiers donneur à l'étranger. La mère biologique de l'enfant, souhaitant voir un lien de filiation établi entre ce dernier et sa concubine ou partenaire, se tournait alors vers l'adoption simple. Cependant, les effets de l'adoption simple sur l'autorité parentale prévus par l'article 365 du Code civil font échec à un tel processus ; l'adoption simple s'avérait être inadaptée au sein d'un couple homosexuel (I). Face au refus de la Cour de cassation de prononcer l'adoption simple de l'enfant par la personne avec laquelle vit la mère légale, la question de la conformité de l'article 365 du Code civil aux droits fondamentaux s'est posée (II).

I. L'inadaptation de l'adoption simple au service d'un couple homosexuel féminin

989. L'article 365 du Code civil dispose que « *l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale [...] à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité* ». Cet article pose un principe assorti d'une exception. La règle est fondée sur le fait que l'adoption simple transfère automatiquement les droits d'autorité parentale à l'adoptant. Autrement dit, le parent légal de l'enfant sera dépourvu de tout droit d'autorité parentale sur son enfant. L'exception permet à

²⁸⁰⁸ Il est, par exemple, possible d'imaginer la situation dans laquelle l'enfant est né d'une précédente relation hétérosexuelle sans que sa filiation paternelle ne soit établie ou celle où un enfant a été adopté individuellement par l'un des membres du couple.

l'adoptant et au parent légal de l'enfant d'exercer concurremment l'autorité parentale sur l'adopté, mais cette possibilité est tributaire d'une condition. En effet, il est indispensable que le parent légal et l'adoptant soient conjoints. Le terme « *conjoint* » est entendu au sens strict, c'est-à-dire que l'adoptant et le parent légal doivent être unis par les liens du mariage excluant un concubinage ou un pacte civil de solidarité²⁸⁰⁹. Or, dans la mesure où un concubin ou un partenaire n'est pas assimilé à un conjoint, la possibilité pour les couples de personnes de même sexe d'utiliser l'adoption simple, avant la loi du 17 mai 2013, était réduite à néant. En effet, un tel processus priverait le parent légal de ses droits sur l'enfant, ce qui n'était bien évidemment pas l'effet recherché par les couples homosexuels.

990. Malgré cet inconvénient majeur, plusieurs juridictions du fond ont fait droit aux demandes d'adoptions simples au profit de la partenaire de la mère biologique²⁸¹⁰. Par exemple, dans une décision du 27 juin 2001²⁸¹¹, le Tribunal de grande instance de Paris a prononcé l'adoption simple au profit de la partenaire de la mère biologique de ses trois enfants conçus par insémination artificielle. Les juges du fond ont relevé que la partenaire de la mère biologique élevait les enfants comme si c'était les siens, que l'adoption aurait pour résultat de resserrer davantage les liens d'affection qui existent et que les conditions de la loi sont remplies. Semblant adopter une telle position dans l'intérêt de l'enfant, les juridictions du fond ont finalement dû par la suite déléguer une partie de l'autorité parentale à la mère biologique des enfants²⁸¹².

991. Dans deux arrêts en date du 20 février 2007²⁸¹³, la première chambre civile de la Cour de cassation est intervenue afin d'interdire l'adoption simple au profit de la partenaire de la mère légal de l'enfant. Les faits à l'origine des deux affaires tranchées par la Cour de cassation le même jour sont similaires. Dans la première espèce, un couple de femmes vivant

²⁸⁰⁹ V. pour une position opposée : TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, n° 05/3055, *AJ fam.* 2006, p. 245, obs. F. Chénéde ; *RJPF* 2006-9/41, note C. Mécarry. En l'espèce, les juges du fond considèrent que « *l'adoptant pacsé doit être assimilé à un conjoint au sens de l'article 365 du code civil* » et en concluent que les deux partenaires peuvent exercer conjointement l'autorité parentale. Cette décision est finalement infirmée en appel où il est énoncé qu' « *en l'état de la législation française, des conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage et qu'aucune extension n'a encore été prévue par le législateur aux personnes pacées* » (V. CA Riom, 27 juin 2006, n° 06/00793, *Dr. fam.* 2006, comm. 204, note P. Murat ; *RJPF* 2006-9/41, note C. Mécarry ; *RTD civ.* 2007, p. 100, obs. J. Hauser).

²⁸¹⁰ TGI Paris, 27 juin 2001, n° 01/03298, *D.* 2003, Somm. 1941, obs. J.-J. Lemouland, *D.* 2003, p. 655, note C. Desnoyer ; *RTD civ.* 2002, p. 84, obs. J. Hauser ; *JCP* 2002, I, 101, n° 9, obs. J. Rubellin-Devichi ; *Dr. fam.* 2001, comm. 116, note P. Murat ; TGI Paris, 18 juin 2003, n° 02/11617 ; TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, n° 05/3055, préc. ; CA Amiens, 14 févr. 2007, n° 06/03761, *RTD civ.* 2007, p. 97, obs. J. Hauser.

²⁸¹¹ TGI Paris, 27 juin 2001, n° 01/03298, préc.

²⁸¹² TGI Paris, 2 juill. 2004, n° 04/33358, préc.

²⁸¹³ Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, n^{os} 04-15.676 et 06-15.647, *D.* 2007, p. 722, obs. C. Delaporte-Carre ; *D.* 2007, p. 1047, note D. Vigneau ; *AJ fam.* 2007, p. 182, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2007, p. 325, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2007, p. 791, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 2007, comm. 80, note P. Murat ; *JCP* 2007, II, 10068, note C. Neirinck.

ensemble depuis plusieurs années a conclu un pacte civil de solidarité en 2000. Un an plus tard, l'une des deux femmes a donné naissance à deux enfants conçus par insémination artificielle avec tiers donneur à l'étranger. La filiation paternelle des deux enfants n'a pas été établie. En 2002, la mère des enfants consent, devant notaire, à l'adoption simple de ses enfants par sa partenaire. Dans un arrêt confirmatif en date du 6 mai 2004, la Cour d'appel de Paris rejette la requête en adoption simple des enfants, car la mère biologique perdrait son autorité parentale sur ces derniers. Dans la seconde espèce, le couple de femmes a également conclu un pacte civil de solidarité en 2001. En 2004, l'une des femmes a eu recours à une insémination artificielle avec tiers donneur à l'étranger. Un enfant naît de cette pratique sans que sa filiation paternelle soit établie. Le 13 avril 2006, la Cour d'appel de Bourges prononce l'adoption simple de l'enfant au profit de la partenaire de la mère en considérant que les femmes apportent toutes deux à l'enfant des conditions matérielles et morales adaptées et la chaleur affective souhaitable. La Cour de cassation n'autorise pas l'adoption simple par la partenaire de la mère biologique. Ainsi, elle rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris²⁸¹⁴ et casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bourges au visa de l'article 365 du Code civil²⁸¹⁵. Afin de parvenir à ces solutions, la première chambre civile de la Cour de cassation commence par rappeler la teneur de l'article 365 du Code civil. Ainsi, elle en déduit qu'autoriser une adoption simple au sein d'un couple de femmes revenait à priver la mère biologique de ses droits d'autorité parentale. Or, la Cour considère qu'une telle situation est contraire à l'intérêt de l'enfant alors qu'il y avait une communauté de vie entre la mère biologique et les enfants et que cette première entendait continuer à élever ces derniers. À cette argumentation, les partenaires répondent que l'adoptante pourrait demander une délégation d'autorité parentale au profit de la mère biologique comme prévu à l'article 377, alinéa 1^{er} du Code civil et autorisée par la Cour de cassation²⁸¹⁶. Cet argument est rejeté par la Cour de cassation pour deux raisons. Tout d'abord, la délégation d'autorité parentale implique que certaines conditions soient remplies et notamment que les circonstances l'exigent, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. De plus, et surtout, une telle délégation ou son partage seraient, « *à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant* »²⁸¹⁷.

²⁸¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, n° 04-15.676, préc.

²⁸¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, n° 06-15.647, préc.

²⁸¹⁶ Cf. *supra* n° 967 et s.

²⁸¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, n° 04-15.676, préc.

992. Par cette solution, la Cour de cassation a refusé « *de consacrer, sinon le détournement de l'adoption et de la délégation, du moins le "bricolage" juridique qui consiste, dans un premier temps, à solliciter l'adoption simple de son enfant par sa partenaire, puis, dans un second temps, à demander la rétrocession d'une partie de l'autorité parentale à son profit* »²⁸¹⁸. En d'autres termes, ces deux arrêts montrent que la Cour de cassation entendait préserver de « *la distance entre le "rôle" parental qu'attribue la délégation et le "titre" de parent que confère l'adoption* »²⁸¹⁹. La Cour refuse que la délégation-partage soit instrumentalisée afin de déjouer la finalité réelle de l'adoption simple pour créer un lien entre un enfant et deux membres d'un couple de personnes de même sexe²⁸²⁰. Il convient d'adhérer à cette solution dans la mesure où une position inverse pourrait être dramatique pour la mère biologique de l'enfant. En effet, celle-ci pourrait se voir privée de tout droit d'autorité parentale s'il est mis fin à la délégation : « *soit sur demande en cas de séparation du couple, soit automatiquement en cas de décès de l'adoptante* »²⁸²¹.

993. La Cour de cassation s'est livrée à une interprétation littérale de l'article 365 du Code civil et a fermement indiqué son refus de consacrer l'adoption simple de l'enfant du partenaire au sein d'un couple homosexuel. La solution est bienvenue, car la lettre de l'article 365 du Code civil est entièrement respectée. En réalité, la Cour de cassation n'interdit pas radicalement l'adoption simple au sein d'un couple homosexuel, mais elle considère, à bon droit, que cette institution n'est pas adaptée à la situation dudit couple au vu de ses effets. La fermeture de l'adoption induite de l'article 365 du Code civil a été soumise à sa conformité aux droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme qui ont confirmé cette position.

II. Une inadaptation conforme aux droits fondamentaux

994. Le refus de l'adoption simple de l'enfant de la partenaire de la mère biologique ayant été confirmé à plusieurs reprises par la Cour de cassation²⁸²², le Conseil constitutionnel

²⁸¹⁸ F. Chénéde, « Couple homosexuel : refus de l'adoption simple », *AJ fam.*, 2007, p. 182.

²⁸¹⁹ D. Vigneau, « Hier le rôle, le titre : pas encore ! », *D.*, 2007, p. 1047.

²⁸²⁰ V. en ce sens : J. Hauser, « L'adoption simple, joker familial : on ne peut pas faire tout et son contraire affirme la Cour de cassation ! », *RTD civ.*, 2007, p. 325.

²⁸²¹ J. Téral, *Les figures de la maternité*, *op. cit.*, p. 463, n° 541.

²⁸²² Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2007, n° 06-21.369, *D.* 2008, p. 1028, note L. Maugier-Vielpeau ; *AJ fam.* 2008, p. 75, obs. F. Chénéde ; *JCP* 2008, II, 10046, note Y. Fevrier ; *Dr. fam.* 2008, comm. 28, note P. Murat ; *Defrénois* 2008, p. 119, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2008, p. 287, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2008-3/28, obs. T. Garé. V. aussi : Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2008, n° 07-12.948, *Dr. fam.* 2008, comm. 61, obs. P. Murat ; *Defrénois* 2008, p. 1119, obs. J. Massip ; Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2011, n° 10-10.385, *D.* 2011, p. 876, obs. C. Siffrein-Blanc ; *JCP* 2011, p. 1029, note F. Boulanger ; *AJ fam.* 2011, p. 205, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2011, p. 338, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2011, comm. 74, obs. C. Neirinck.

et la Cour européenne des droits de l'Homme ont été sollicités et ont validé la teneur et l'interprétation de l'article 365 du Code civil (A). Cependant, le silence des juridictions quant à l'intérêt de l'enfant peut sembler regrettable (B).

A. Une disposition compatible avec les droits fondamentaux

995. Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité le 9 juillet 2010²⁸²³. Il s'agissait pour le Conseil d'apprécier la constitutionnalité de l'article 365 du Code civil prévoyant la dévolution de l'autorité parentale à l'adoptant de l'enfant du conjoint et réservant le partage aux seuls couples mariés, excluant de fait les partenaires et concubins. À l'occasion d'une décision en date du 6 octobre 2010²⁸²⁴, le Conseil constitutionnel précise qu'il lui appartient de statuer sur la constitutionnalité des dispositions légales à la lumière de l'interprétation jurisprudentielle de la Cour de cassation²⁸²⁵. Il écarte le grief portant sur l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale en relevant que l'article 365 du Code civil ne fait pas « *obstacle à la liberté du parent d'un enfant mineur de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix* », ni même à ce que « *ce parent associe son concubin ou son partenaire à l'éducation et à la vie de l'enfant* ». Ainsi, « *le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive* »²⁸²⁶. Autrement dit, le Conseil constitutionnel rappelle que « *l'existence d'une situation de fait ne commande pas nécessairement sa consécration par le droit* »²⁸²⁷ et « *semble considérer finalement que la consécration juridique du lien entre l'enfant et la concubine de sa mère n'est pas indispensable* »²⁸²⁸. Le Conseil a également écarté le grief fondé sur l'inégalité devant la loi. À cette fin, il rappelle que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations*

²⁸²³ Cass. ass. plén., 8 juill. 2010, n° 10-10.385, *AJ fam.* 2010, p. 390, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2010, p. 544, obs. J. Hauser.

²⁸²⁴ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, *D.* 2010, p. 2744, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2010, p. 2744, note F. Chénéde ; *D.* 2011, p. 529, chron. N. Maziau ; *AJ fam.* 2010, p. 487, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2010, p. 489, C. Mécar ; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2011, p. 90, obs. P. Deumier ; *JCP* 2010, p. 1145, note A. Gouttenoire et C. Radé ;

²⁸²⁵ Il s'agit d'une innovation car jusqu'à cette date, la Cour de cassation refusait de transmettre les questions prioritaires de constitutionnalité portant sur l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition légale. V. A. Gouttenoire et C. Radé, « La jurisprudence relative à l'adoption de l'enfant du concubin devant le Conseil constitutionnel », *JCP*, 2010, p. 1145 ; F. Chénéde, « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.*, 2010, p. 2744.

²⁸²⁶ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, préc., consid. 8.

²⁸²⁷ F. Chénéde, « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », art. préc.

²⁸²⁸ A. Gouttenoire et C. Radé, « La jurisprudence relative à l'adoption de l'enfant du concubin devant le Conseil constitutionnel », art. préc.

différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». Puis, il constate que « le législateur a [...] estimé que la différence de situation des couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ». Or, il ne lui appartient pas « de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe »²⁸²⁹.

996. La Cour européenne des droits de l'Homme s'est également prononcée sur la conformité de l'article 365 du Code civil à l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Gas et Dubois contre France*²⁸³⁰ en date du 15 mars 2012. En l'espèce, deux femmes vivant en concubinage depuis 1989 ont conclu un pacte civil de solidarité en 2002. Deux ans auparavant, l'une des femmes a donné naissance à une fille conçue en Belgique par insémination artificielle avec tiers donneur. La filiation paternelle de l'enfant n'a pas été établie. La partenaire de la mère légale de l'enfant a saisi les tribunaux français d'une requête en adoption simple de la fille. Tant les juridictions de première instance que la Cour d'appel rejettent la demande d'adoption, car celle-ci aurait des conséquences légales contraires à l'intention des deux femmes et à l'intérêt de l'enfant en transférant l'autorité parentale à l'adoptant et privant, alors, la mère biologique de ses droits sur l'enfant. De plus, la Cour d'appel précise qu'une délégation d'autorité parentale postérieure à l'adoption ne suffirait pas à pallier les risques pour l'enfant résultant de la perte d'autorité parentale de sa mère. Le couple de femmes invoque une violation de l'article 14 de la Convention européenne combiné avec l'article 8 en ce qu'elles auraient subi un traitement discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle et portant atteinte au droit au respect de leur vie privée et familiale. Autrement dit, elles défendent l'idée d'une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels dans la mesure où la loi française ne permet pas juridiquement aux couples homosexuels d'avoir accès à l'adoption par le « *second parent* »²⁸³¹.

Selon une jurisprudence constante, la Cour européenne rappelle que pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14 de la Convention, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Une telle distinction n'est discriminatoire que si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle

²⁸²⁹ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, préc., consid. 9.

²⁸³⁰ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c./ France*, req. n° 25951/07, préc.

²⁸³¹ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c./ France*, req. n° 25951/07, préc., § 3.

ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. En outre, les États bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer s'il y a lieu d'établir des distinctions entre des situations analogues²⁸³². À titre préliminaire, la Cour prend le soin de préciser que la présente affaire diffère de l'affaire *E.B. c./ France*²⁸³³ en ce qu'il s'agissait du traitement d'une demande d'agrément en vue d'adopter présentée par une personne célibataire homosexuelle²⁸³⁴. Or, en l'espèce, les requérantes se plaignent du refus d'adoption simple de l'enfant par la partenaire de la mère légale de celui-ci.

La Cour examine, tout d'abord, la situation des requérantes par rapport aux couples mariés en constatant que l'article 365 du Code civil aménage un partage de l'autorité parentale lorsque l'adoptant est le conjoint du parent biologique de l'adopté, ce dont ne peuvent bénéficier les requérantes, compte tenu de l'interdiction de se marier en droit français. La Cour européenne considère que les requérantes ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des couples mariés dans la mesure où « *le mariage confère un statut à ceux qui s'y engagent* » et que « *l'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques* »²⁸³⁵. La Cour examine, ensuite, la situation des requérantes par rapport aux couples hétérosexuels non mariés. Or, si ces couples ont conclu un pacte civil de solidarité ou vivent en concubinage, ils se voient opposer les mêmes effets, à savoir le refus de l'adoption simple. En effet, ce n'est « *pas l'identité ou la différence de sexe dans le couple qui fonde la différence de droits mais le fait que le couple est ou non marié* »²⁸³⁶. Ainsi, elle ne relève pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes²⁸³⁷. Face à la discrimination indirecte alléguée par les requérantes dans la mesure où les couples hétérosexuels peuvent toujours échapper aux effets de l'article 365 du Code civil en se mariant, la Cour européenne répond en réitérant les conclusions précédemment énoncées concernant l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe. Dans la mesure où elle n'a pas imposé aux États parties d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels²⁸³⁸, « *une cohérence jurisprudentielle s'imposait et commandait une démarche*

²⁸³² V. par exemple : Cour EDH, 29 avr. 2008, *Burden c./ Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, préc.

²⁸³³ Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc.

²⁸³⁴ Cf. *supra* n° 107.

²⁸³⁵ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c./ France*, req. n° 25951/07, préc., § 68.

²⁸³⁶ A. Gouttenoire et F. Sudre, « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », *JCP G*, n° 19, 7 mai 2012, p. 589.

²⁸³⁷ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c./ France*, req. n° 25951/07, préc., § 69.

²⁸³⁸ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc. Cf. *supra* n° 150.

*aussi réservée dans la présente affaire »*²⁸³⁹. La Cour européenne s'interroge également sur le fait de savoir si les requérantes sont dans une situation analogue à un couple hétérosexuel eu égard au recours à l'assistance médicale à la procréation. En effet, si les requérantes ne remettent pas en cause les conditions d'accès à ce dispositif, elles en critiquent les conséquences juridiques et allèguent une différence de traitement injustifiée. La Cour relève que « *si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave* ». Ainsi, dans la mesure où « *pour l'essentiel, l'IAD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles* »²⁸⁴⁰, la situation n'est pas comparable à celle des requérantes.

997. En définitive, la Cour européenne conclut en l'absence de violation des articles 14 et 8 combinés de la Convention. Néanmoins, à aucun moment, les juges strasbourgeois ne tiennent compte de l'intérêt de l'enfant dans leur décision, ce qui peut paraître regrettable.

B. Le regrettable silence quant à l'intérêt de l'enfant

998. Dans le cadre de l'affaire *Gas et Dubois contre France*, les juges strasbourgeois ont raisonné uniquement en termes de comparabilité de la situation des adultes. La Cour n'a pas examiné l'affaire sous l'angle de l'intérêt de l'enfant. Ce constat a notamment été mis en avant par l'opinion dissidente du juge Villiger. Regrettant la mauvaise identification des éléments à prendre en compte afin de savoir si le refus de l'adoption simple par la partenaire de la mère était justifié, il énonce que « *l'arrêt se concentre sur les adultes et non sur l'enfant, qui pourtant fait partie intégrante des griefs des requérantes* ». Ainsi, il en conclut qu'il s'agirait plutôt de rechercher si la différence de traitement litigieuse est justifiée du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, aux premiers abords, « *reconnaître juridiquement le rôle positif joué par un tiers dans la vie d'un enfant alors que celui-ci n'a qu'un parent serait sans doute sécurisant pour l'enfant [...] [et] permettrait de reconnaître et d'asseoir les fonctions de protection et d'éducation exercées par ce tiers* »²⁸⁴¹. Refuser une telle possibilité au seul motif que sa mère légale n'est pas mariée avec la personne avec laquelle elle vit en couple pourrait constituer une différence de traitement par rapport à l'enfant dont le parent est marié avec la

²⁸³⁹ A. Leclère, *L'homosexualité et la constitution de la famille : situation française et européenne*, op. cit., p. 256, n° 398.

²⁸⁴⁰ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c./ France*, req. n° 25951/07, préc., § 63.

²⁸⁴¹ A. Dionisi-Peyrusse, « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant du concubin homosexuel et au « tourisme procréatif » », *D.*, 2012, p. 1241.

personne avec laquelle il partage sa vie. Il aurait été intéressant que la Cour européenne se demande si « *l'article 365 du Code civil qui, selon l'opinion concordante des juges Costa et Spielmann*²⁸⁴² *ne devrait pas sortir tout à fait indemne de l'épreuve de l'arrêt Gas et Dubois, est ou non conforme à l'intérêt des enfants* »²⁸⁴³.

999. Néanmoins, la perspective envisagée par la Cour européenne se comprend tout à fait dans la mesure où il n'était pas question, en l'espèce, de parentalité, mais bien de parenté. L'adoption simple a pour conséquence d'établir un lien de filiation entre l'enfant et l'adoptant et pas seulement d'aménager juridiquement la participation d'un tiers à l'éducation de l'enfant. Au vu de cette conséquence importante, « *établir un lien de filiation par le biais d'une adoption à l'égard de la personne qui partage la vie du parent ne doit se faire que lorsque certaines garanties sont offertes et sur la base de solides raisons* »²⁸⁴⁴. Or, « *lorsqu'un couple est marié, ses membres se sont engagés l'un envers l'autre dans une perspective de construction d'une famille* »²⁸⁴⁵. Il y a donc bien une différence de situation. Cette analyse semble tout à fait logique dans la mesure où les différents statuts juridiques du couple entraînent nécessairement des conséquences différentes.

1000. En réalité, la réelle motivation des juges européens semble être l'absence de consensus européen eu égard à la question de l'adoption simple au sein d'un couple homosexuel. Comme pour l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe²⁸⁴⁶, « *la Cour adopte une position neutre en se contentant de vérifier que les différences de traitements persistantes entre les droits des différents couples ne constituent pas des discriminations* »²⁸⁴⁷. En effet, « *elle prend soin de ne pas placer le débat sur le terrain des exigences qui pourraient découler du droit au respect de la vie familiale interprété au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant* »²⁸⁴⁸. Il convient d'adhérer à cette position, car si la Cour européenne des droits de l'Homme et ses instruments sont garants des droits fondamentaux et de leur application, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la teneur de questions sensibles qui touchent la société et

²⁸⁴² Dans leurs opinions concordantes, les juges Costa et Spielmann, s'ils concluent à la non-violation des articles 8 et 14 combinés de la Convention, invitent le législateur français à ne pas se contenter de cette décision mais à revoir la question en adaptant le texte de l'article 365 du Code civil aux réalités sociales contemporaines.

²⁸⁴³ J.-P. Marguénaud, « Le refoulement de l'adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel », *RTD civ.*, 2012, p. 275.

²⁸⁴⁴ A. Dionisi-Peyrusse, « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant du concubin homosexuel et au « tourisme procréatif » », art. préc.

²⁸⁴⁵ *Ibid.*

²⁸⁴⁶ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, préc. Cf. *supra* n° 150.

²⁸⁴⁷ A. Gouttenoire et F. Sudre, « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », art. préc.

²⁸⁴⁸ *Ibid.*

les valeurs de chaque État à moins qu'un réel consensus se soit dégagé au sein de ses États parties.

1001. Tant la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel que la Cour européenne des droits de l'Homme, avant la loi du 17 mai 2013, refusaient la consécration de la parenté homosexuelle. Avant l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe, la Cour de cassation a néanmoins validé un tempérament à ce principe en admettant la reconnaissance d'une adoption simple prononcée à l'étranger.

Paragraphe 2. Le tempérament : la reconnaissance d'une adoption simple prononcée à l'étranger

1002. Il est question d'adoption internationale lorsqu'un élément d'extranéité est présent ; cela « *peut être parfois la nationalité du ou des parents adoptifs voire le lieu d'adoption* », mais « *ce sera le plus souvent la nationalité de l'enfant à adopter* »²⁸⁴⁹. Un rappel des règles de droit international privé quant à la reconnaissance d'une adoption prononcée à l'étranger (I) s'avère indispensable afin de comprendre le sens de la solution conditionnée par l'impossible création d'un double lien de filiation monosexuée adoptée par la jurisprudence française (II).

I. Les règles relatives à la reconnaissance d'une adoption prononcée à l'étranger

1003. Au stade de la reconnaissance de l'adoption prononcée à l'étranger, il ne s'agit pas d'envisager les conditions de validité²⁸⁵⁰, mais plutôt de savoir sous quelles conditions la décision étrangère pourra produire des effets en France. Pour répondre à cette question, il convient de distinguer d'une part, les adoptions prononcées dans un État partie à la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (A) et d'autre part, les États non parties à ladite Convention (B).

A. Les adoptions prononcées dans un État partie à la Convention de La Haye

1004. La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale est applicable en France depuis le 1^{er} octobre

²⁸⁴⁹ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 548-30, 1^{er} mars 2017, n° 1.

²⁸⁵⁰ Cf. *infra* n° 1050 et s.

1998²⁸⁵¹. Il s'agit d'un instrument de coopération interétatique, à ce jour, en vigueur dans 98 États²⁸⁵². Cette convention n'a pas pour intention de poser des règles de conflit de lois, mais a deux objectifs principaux présentés en son article premier : régler la phase préalable à l'adoption et accompagner la reconnaissance internationale de l'adoption. En son article 39, la Convention réserve l'application des autres Conventions auxquelles les États contractants sont parties. Pour la France, il s'agira seulement du traité franco-russe du 18 novembre 2011 relatif à la coopération dans le domaine de l'adoption²⁸⁵³. Auparavant, la réserve valait également pour la Convention franco-polonaise du 5 avril 1967 relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur en matière de droit des personnes et de la famille²⁸⁵⁴, la Convention franco-yougoslave du 18 mai 1971 relative à la loi applicable et la compétence en matière de droit des personnes et de la famille²⁸⁵⁵ et la Convention franco-vietnamienne du 1^{er} février 2000 relative à la coopération en matière d'adoption d'enfants²⁸⁵⁶. Cependant, désormais, la Convention de La Haye de 1993 est en vigueur dans ces États.

1005. La Convention de 1993 apporte des précisions sur la notion d'adoption internationale entrant dans son champ d'application. Selon son article 2, la Convention « *s'applique lorsqu'un enfant résidant habituellement dans un État contractant (l'État d'origine) a été, est ou doit être déplacé vers un autre État contractant (l'État d'accueil), soit après son adoption dans l'État d'origine par des époux ou une personne résidant habituellement dans l'État d'accueil, soit en vue d'une telle adoption dans l'État d'accueil ou dans l'État d'origine* ». Elle ne vise que les adoptions établissant un lien de filiation, autrement dit « *elle englobe l'adoption simple comme l'adoption plénière mais exclut de son champ d'application*

²⁸⁵¹ L. n° 98-147 du 9 mars 1998 autorisant l'approbation de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, *JORF*, n° 0058, 10 mars 1998, p. 3611 ; Décr. n° 98-815 du 11 sept. 1998 portant publication de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à La Haye le 29 mai 1993 et signée par la France le 5 avril 1995, *JORF*, n° 0212, 13 sept. 1998, p. 13997.

²⁸⁵² La liste des États dans les lesquels la Convention est en vigueur est disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=69>.

²⁸⁵³ L. n° 2013-1158 du 16 déc. 2013 autorisant la ratification du traité entre la République française et la Fédération de Russie relatif à la coopération dans le domaine de l'adoption, *JORF*, n° 0292, 17 déc. 2013, p. 20456 ; Décr. n° 2014-35 du 16 janv. 2014 portant publication du traité entre la République française et la Fédération de Russie relatif à la coopération dans le domaine de l'adoption, *JORF*, n° 0015, 18 janv. 2014, p. 874. V. M.-C. Lasserre, « L'adoption en Russie », *AJ fam.*, 2014, p. 492.

²⁸⁵⁴ Décr. n° 69-176 du 13 févr. 1969 portant publication de la Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille, préc.

²⁸⁵⁵ Décr. n° 96-229 du 15 mars 1996 portant publication de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Slovénie relatif à la succession en matière de traités conclus entre la France et la République socialiste fédérative de Yougoslavie, préc.

²⁸⁵⁶ Décr. n° 2000-1061 du 25 oct. 2000 portant publication de la convention relative à la coopération en matière d'adoption d'enfants entre la République française et la République socialiste du Vietnam, *JORF*, n° 252, 29 oct. 2000, p. 17275.

*des formes de placement telles que la kafala*²⁸⁵⁷ *sorte de recueil légal connu de certains pays musulmans* »²⁸⁵⁸.

1006. La Convention prévoit la reconnaissance de plein droit des adoptions réalisées dans les États contractants. En effet, son article 23, alinéa 1^{er} indique qu' « *une adoption certifiée conforme à la Convention par l'autorité compétente de l'État contractant où elle a eu lieu est reconnue de plein droit dans les autres États contractants* ». L'objectif essentiel de la Convention est « *d'assurer à l'enfant adopté un statut aussi cohérent que possible sur le plan international* »²⁸⁵⁹. Néanmoins, la reconnaissance de plein droit est conditionnée par deux éléments : l'établissement d'un certificat de conformité et l'absence de contrariété à l'ordre public international. Le certificat de conformité a pour finalité d'attester de la régularité internationale de la décision et « *constitue une présomption quasi irréfragable de la régularité de l'adoption* »²⁸⁶⁰. Quant au contenu du certificat, l'article 23 de la Convention précise qu'il doit indiquer « *quand et par qui les acceptations visées à l'article 17, lettre c), ont été données* ». L'article 17, lettre c) prévoit que toute décision de confier un enfant à de futurs parents adoptifs ne peut être prise dans l'État d'origine que si les autorités centrales des deux États ont accepté que la procédure en vue de l'adoption se poursuive. En d'autres termes, ce certificat atteste que les autorités de l'État de résidence de l'enfant et celles de résidence des adoptants acceptent que la procédure se poursuive. En quelque sorte, « *le certificat doit [...] porter la trace du "feu vert" donné par les intermédiaires des deux États à la poursuite de la procédure en vue de l'adoption, à la suite, peut-on penser, d'un contrôle du respect des dispositions de la convention* »²⁸⁶¹. En France, l'autorité chargée de délivrer le certificat est le ministère des Affaires étrangères. La délivrance du certificat de conformité entraîne la reconnaissance de plein droit de la décision d'adoption dans les États contractants sous une seule réserve. En effet, l'article 24 de la Convention réserve le jeu de l'ordre public international en précisant que ce dernier doit être apprécié compte tenu de « *l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Le régime libéral posé par la Convention de La Haye de 1993 est confirmé en ce qu' « *il pourra s'avérer souhaitable d'encore atténuer l'effet de l'ordre public* »²⁸⁶². À titre d'illustration, l'ordre public international

²⁸⁵⁷ Cf. *infra* n° 1065 et s.

²⁸⁵⁸ M. Revillard, « Adoption. - Adoption internationale », *J.-Cl. Notarial formulaire*, Fasc. n° 100, 15 déc. 1995, n° 90.

²⁸⁵⁹ N. Meyer-Fabre, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 259.

²⁸⁶⁰ M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, *op. cit.*, p. 428, n° 758.

²⁸⁶¹ N. Meyer-Fabre, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », art. préc.

²⁸⁶² *Ibid.*

pourrait s'opposer à la reconnaissance de la décision d'adoption si les consentements avaient été extorqués par violence ou si l'adoption dissimulait un enlèvement d'enfant²⁸⁶³.

1007. La Convention de La Haye de 1993 a posé un système de reconnaissance assurant une portée maximale aux adoptions internationales par le biais d'une reconnaissance de plein droit assortie d'un tempérament principal : l'absence de contrariété à l'ordre public international du for. Les règles d'origine internes - applicables aux États non parties à la Convention de La Haye et aux décisions émanant d'un État tiers - consacrent également une reconnaissance de plein droit des décisions d'adoption prononcées à l'étranger, mais le contrôle des conditions de régularité internationale est plus strict.

B. Les adoptions prononcées dans un État non partie à la Convention de La Haye

1008. Selon une jurisprudence traditionnelle amorcée par l'arrêt *Bulkley*²⁸⁶⁴, les jugements relatifs à l'état et à la capacité des personnes ont effet de plein droit en France. Cette solution a été rappelée et précisée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Hainard*²⁸⁶⁵ à l'occasion duquel elle a affirmé que « *les jugements rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état et à la capacité des personnes, produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur sauf les cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes* ». Ainsi, les jugements d'adoption rendus à l'étranger bénéficient, en France, d'une reconnaissance de plein droit²⁸⁶⁶. La solution a été clairement énoncée par la Cour de cassation en ces termes : « *l'adoption plénière d'un enfant de nationalité étrangère par un jugement émanant des autorités judiciaires du pays d'origine est reconnue de plein droit en France sans exequatur préalable* »²⁸⁶⁷. En outre, elle a été rappelée par la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale²⁸⁶⁸ selon laquelle « *les décisions étrangères relatives à l'état des personnes, quelle que soit la nature de l'autorité ayant statué au nom de l'État étranger, bénéficient en France, conformément à une jurisprudence bien établie, d'une reconnaissance de plein droit*

²⁸⁶³ P. Courbe, « La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *AJ fam.*, 2002, p. 8.

²⁸⁶⁴ Cass. civ., 28 février 1860, *Bulkley c./ Defresne*, préc.

²⁸⁶⁵ Cass. req., 3 mars 1960, *Hainard*, S. 1930, 1, p. 377, note J.-P. Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 1931, p. 329, note J.-P. Niboyet.

²⁸⁶⁶ V. notamment : Cass. soc., 19 avr. 1989, n° 87-11330, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 92, note E. Poisson-Drocourt ; Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1994, n° 92-21-821, *JCP G* 1994, IV, 2417 ; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 567, note H. Muir Watt ; *JDI* 1995, p. 354, note M. Santa-Croce ; Cass. 1^{ère} civ., 14 févr. 1990, n° 88-16395, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 129, note E. Poisson-Drocourt ; *Deffrénois* 1990, p. 692, obs. J. Massip.

²⁸⁶⁷ Cass. soc., 11 juill. 1991, n° 89-19.760, Bull. civ. V, n° 367.

²⁸⁶⁸ Circ. du 16 févr. 1999 relative à l'adoption internationale, *JORF*, n° 78, 2 avr. 1999, p. 4930.

tant que leur régularité internationale n'a pas été contestée avec succès devant un tribunal français ».

1009. Néanmoins, si la décision étrangère bénéficie d'une reconnaissance de plein droit, elle doit respecter les conditions de régularité internationale des décisions. Ces dernières pourront, notamment, être vérifiées lors de la demande de transcription de la décision étrangère et lors d'une instance en exequatur²⁸⁶⁹. La circulaire précitée insiste sur le fait que le principe de reconnaissance de plein droit « *n'interdit pas qu'une juridiction française soit saisie [...] d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur, notamment aux fins de rendre juridiquement incontestable l'adoption prononcée à l'étranger mais aussi de prévenir toute difficulté que pourraient rencontrer les parents adoptifs dans les démarches de la vie courante* ».

1010. Pour assurer la publicité en France de la décision étrangère, les adoptants doivent demander au parquet sa transcription sur les registres d'état civil. Si la décision étrangère a été rendue au profit d'un adopté né en France, le parquet du lieu de conservation de l'acte de naissance est compétent. Si l'enfant né à l'étranger a été adopté par un Français, la compétence appartient au procureur de la République de Nantes. En pratique, « *il appartient aux procureurs de la République de donner les instructions nécessaires pour que les décisions étrangères régulièrement rendues en matière d'état soient mentionnées ou transcrites sur les registres de l'état civil sans que leur régularité internationale ait été préalablement contrôlée par un tribunal français* »²⁸⁷⁰. À cette fin, il leur revient de contrôler la conformité de la décision étrangère aux règles du droit international privé français. Le procureur de la République doit s'assurer que les conditions de régularité de la décision étrangère sont réunies²⁸⁷¹. Autrement dit, il s'agit de vérifier les conditions de régularité d'une décision étrangère comme envisagées dans le cadre d'une procédure d'exequatur²⁸⁷². L'instruction générale relative à l'état civil précise qu' « *il ne saurait être question de demander au magistrat du parquet de se livrer à des examens approfondis relevant de l'office du juge* »²⁸⁷³. Le Parquet est invité à procéder « *avec prudence* » et n'autoriser la transcription que si « *la conformité de la décision étrangère aux règles de notre droit international privé leur paraît, a priori, certaine* »²⁸⁷⁴. La circulaire du 28

²⁸⁶⁹ Les conditions de régularité internationale d'une décision étrangère d'adoption pourront également être contrôlées dans le cadre d'une action préventive en opposabilité (V. CA Paris, 1^{er} nov. 1967, *Rev. crit. DIP* 1970, p. 293, note E. Poisson-Drocourt) et d'une action en inopposabilité (V. Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005, n° 02-20.258, *JDI* 2005, p. 162, note F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 401, note H. Muir Watt).

²⁸⁷⁰ IGREC, n° 585.

²⁸⁷¹ V. pour une présentation détaillée du rôle du parquet : L.-D. Hubert, « Opposabilité en France des décisions étrangères d'adoption : le rôle du parquet », *AJ fam.*, 2002, p. 14

²⁸⁷² Cf. *infra* n° 1012.

²⁸⁷³ IGREC, n° 585.

²⁸⁷⁴ IGREC, n° 585.

octobre 2011 va dans le même sens en prévoyant que « *le procureur est compétent pour procéder à la vérification de la régularité internationale de la décision d'adoption qui lui est soumise au regard des critères énoncés par convention bilatérale en matière de reconnaissance ou à défaut, les conditions posées par la jurisprudence de la Cour de cassation* »²⁸⁷⁵. En réalité, « *il n'est pas rare que, pris de doute sur la qualification de l'adoption ou la conformité de la décision à l'ordre public international, il refuse la transcription, laissant ainsi à un tribunal le soin de faire plus avant les vérifications qui s'imposent* »²⁸⁷⁶. En outre, il appartient au Parquet d'examiner la portée susceptible d'être reconnue à l'adoption prononcée à l'étranger, en France, eu égard aux deux sortes d'adoption existant en droit français²⁸⁷⁷. La question de la portée de l'adoption réalisée à l'étranger peut également se poser dans la mesure où le droit étranger ne connaît pas nécessairement les deux types d'adoption - simple et plénière - du droit français. À cette fin, l'article 370-5 du Code civil, issu de la loi du 6 février 2001²⁸⁷⁸, 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* ». Si le Parquet constate la régularité de la décision étrangère et si celle-ci produit les effets d'une adoption plénière, il ordonne la transcription de la décision sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté ou, si l'adopté est né à l'étranger, sur les registres du service central d'état civil du ministère des Affaires étrangères. Cette transcription ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant et tient lieu d'acte de naissance de l'enfant²⁸⁷⁹. S'il s'agit d'une adoption simple, le Parquet ordonne la mention de la décision étrangère en marge de l'état civil.

1011. Si le Parquet refuse la transcription ou la mention de la décision sur les registres de l'état civil²⁸⁸⁰, il doit signifier ce refus à l'adoptant par lettre recommandée avec accusé de réception, ce qui constitue une décision administrative. Un tel refus offre trois voies à l'adoptant. La première est la contestation du refus et l'assignation du procureur de la

²⁸⁷⁵ Circ. du 28 oct. 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, *BOMJL*, n° 2011-11, 30 nov. 2011, § 390.

²⁸⁷⁶ P. Salvage-Gerest, « Adoption internationale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 224.101.

²⁸⁷⁷ IGREC, n° 585-3 ; Circ. du 28 oct. 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, *BOMJL*, n° 2011-11, 30 nov. 2011, § 392.

²⁸⁷⁸ L. n° 2001-111 du 6 févr. 2001 relative à l'adoption internationale, *JORF*, n° 33, 8 févr. 2001, p. 2136.

²⁸⁷⁹ Art. 354 du Code civil.

²⁸⁸⁰ Dans la plupart des cas, il s'agit de la situation où « *le juge étranger a appliqué sa loi nationale au lieu de la loi française applicable en raison de la nationalité française du (ou des) adoptant(s), et que cette loi n'est pas équivalente à la loi française en ce qui concerne les conditions de fond et les effets de l'adoption* » comme par exemple une adoption par deux concubins ou l'adoption plénière d'un enfant âgé de plus de 15 ans. V. notamment : L.-D. Hubert, « Opposabilité en France des décisions étrangères d'adoption : le rôle du parquet », art. préc. V. par exemple : CA Douai, 19 juin 2014, n° 14/00806, *RJPF* 2014, n° 9, note I. Corpart.

République devant le tribunal de grande instance de Nantes afin qu'il ordonne la transcription, à charge d'appel devant la cour d'appel de Rennes qui n'est, en pratique, « *que très rarement suivie* »²⁸⁸¹. La deuxième est le dépôt d'une requête en adoption plénière devant le tribunal de grande instance. En réalité, il s'agit d'une hypothèse d'école, car « *si le jugement étranger qui a prononcé l'adoption est irrégulier on peut douter que les conditions nécessaires au prononcé de l'adoption en France soient réunies* »²⁸⁸². La troisième est la demande de l'exequatur de la décision d'adoption étrangère.

1012. La procédure d'exequatur, qui a pour objet de déclarer un jugement étranger exécutoire sur le territoire français, peut, principalement, être demandée par les adoptants dans deux cas : d'une part, lorsque la transcription de la décision a été refusée et d'autre part, en amont, afin d'éviter toute contestation ultérieure. En outre, l'exequatur présente un intérêt particulier en matière d'acquisition de la nationalité française. Dans le cadre d'une adoption simple prononcée à l'étranger, l'acte qui la constate doit faire l'objet au préalable d'une décision d'exequatur en France afin que l'adopté acquière la nationalité française²⁸⁸³. Cette hypothèse ne vaut pas dans la cadre d'une adoption plénière prononcée à l'étranger²⁸⁸⁴. Cette distinction a été justifiée « *par le fait que les jugements d'adoption plénière produisent un effet attributif de plein droit de la nationalité française dont il ne faudrait pas geler l'effet par un exequatur préalable* »²⁸⁸⁵. L'octroi de l'exequatur est subordonné au respect des conditions de régularité de la décision étrangère. Ces dernières ont été posées par l'arrêt *Munzer*²⁸⁸⁶ en date du 7 janvier 1964 et étaient au nombre de cinq : la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi. L'arrêt *Bachir*²⁸⁸⁷ est ensuite venu éclairer la condition tenant en la régularité de la procédure. La Cour de cassation a affirmé que « *si le juge de l'exequatur doit vérifier si le déroulement du procès devant la juridiction étrangère a été régulier, cette*

²⁸⁸¹ P. Salvage-Gerest, « Adoption internationale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 224.102. V. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2014, n° 13-24.583, *AJ fam.* 2014, p. 629, obs P. Salvage-Gerest ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 165, obs. P. Chevalier.

²⁸⁸² S. Godechot-Patris, « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 548-40, juill. 2017, n° 87.

²⁸⁸³ Décr. n° 93-1362 du 30 déc. 1993 relatif aux déclarations de nationalité, aux décisions de naturalisation, de réintégration, de perte, de déchéance et de retrait de la nationalité française, *JORF*, 31 déc. 1993, p. 18559, art. 16 ; Article 21-12 du Code civil.

²⁸⁸⁴ Rép. min. n° 14907, *JO Sénat*, 4 nov. 2010, p. 2907 ; Article 20 du Code civil.

²⁸⁸⁵ S. Godechot-Patris, « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », préc., n° 93.

²⁸⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 7 janv. 1964, *Munzer, JCP* 1964, I, 13590, note B. Ancel ; *Rev. crit. DIP* 1964, p. 344, note H. Batiffol ; *JDI* 1964, p. 302, note G. B. Goldman ; *GADIP*, n° 41.

²⁸⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 1967, *Bachir, D.* 1968, p. 95, note E. Mezger ; *JCP* 1968, II, 15634, note J.-B. Sialelli ; *GADIP*, n° 45.

condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public international français et au respect des droits de la défense ». À ce jour, les conditions sont au nombre de trois. En effet, depuis l'arrêt *Cornelissen*²⁸⁸⁸ rendu par la Cour de cassation le 20 février 2007, afin d'accorder l'exequatur, hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, l'absence de fraude à la loi et la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure²⁸⁸⁹.

Tout d'abord, le juge de l'exequatur doit vérifier que la décision a été rendue par une autorité compétente. Selon la jurisprudence *Simitch*²⁸⁹⁰, cette condition est remplie, en l'absence de toute compétence exclusive, 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. Les arrêts *Prieur*²⁸⁹¹ en date du 23 mai 2006 et *Fercometal*²⁸⁹² en date du 22 mai 2007 de la Cour de cassation sont venus préciser que les privilèges de juridictions des articles 14 et 15 du Code civil²⁸⁹³ ne consacrent qu'une compétence facultative des juridictions françaises. De même, il a été admis que les règles de compétence de l'article 1166 du Code de procédure civile²⁸⁹⁴ n'ont pas un caractère exclusif²⁸⁹⁵. En pratique, « cette exigence conduira à admettre les décisions prononcées par les autorités du lieu de résidence de l'enfant ou, ce qui semble moins fréquent, des parents »²⁸⁹⁶. Ensuite, le jugement étranger d'adoption ne doit pas avoir été obtenu par

²⁸⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082, *D.* 2007, p. 727, obs. I. Gallmeister; *D.* 2007, p. 891, obs. P. Chauvin; *D.* 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée; *D.* 2007, pan. 1758, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke; *JCP* 2007, actu. 107, note L. Bruneau; *JCP* 2007, I, 172, n° 13, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast; *Gaz. Pal.* 2007, doct. 1387, obs. M.-L. Niboyet; *Gaz. Pal.* 2007, doct. 1880, obs. F. Guerchoun; *Dr. fam.* 2007, n° 97, note M. Farge; *Rev. crit. DIP.* 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt; *JDI* 2007, p. 1195, note F.-X. Train; *RJ com* 2007, p. 340, obs. M. Attal.

²⁸⁸⁹ V. en ce sens : Circ. du 28 oct. 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, *BOMJL*, n° 2011-11, 30 nov. 2011, § 391.

²⁸⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1985, *Simitch*, n° 83-11241, *JDI* 1985, p. 460, note A. Huet; *D.* 1985, p. 469, note J. Massip; *D.* 1985, inf. rap. p. 497, obs. B. Audit; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 243, note Ph. Francescakis; *GADIP*, n° 70.

²⁸⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2006, *Prieur*, n° 04-12.777, *JCP G* 2006, II, 10134, note P. Callé; *JDI* 2006, p. 1377, note Ch. Chalas; *D.* 2006, p. 1561, obs. I. Gallmeister; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870, note H. Gaudemet-Tallon; *Gaz. Pal.* 2007, p. 2052, obs. M.-L. Niboyet; *D.* 2006, p. 1846, chron. B. Audit; *LPA* 2006, n° 190, p. 10, note P. Courbe; *GADIP*, n° 87.

²⁸⁹² Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2007, *Fercometal*, n° 04-14.716, *JDI* 2007, comm. 17, p. 956, note B. Ancel et H. Muir Watt; *JCP G* 2007, act. 258, obs. C. Chabert; *D.* 2007, p. 1596, obs. I. Gallmeister; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 610, note H. Gaudemet-Tallon; *Gaz. Pal.* 2007, p. 1078, note M.-L. Niboyet; *D.* 2007, p. 2548, chron. B. Audit.

²⁸⁹³ Les articles 14 et 15 du Code civil posent des privilèges de juridiction qui reposent sur la nationalité française du demandeur pour le premier et du défendeur pour le second et qui donnent compétence aux tribunaux français.

²⁸⁹⁴ L'article 1166 du Code de procédure civile prévoit que la demande aux fins d'adoption est portée devant le tribunal de grande instance. Le tribunal compétent est alors le tribunal du lieu où demeure le requérant lorsque celui-ci demeure en France; le tribunal du lieu où demeure la personne dont l'adoption est demandée lorsque le requérant demeure à l'étranger; le tribunal choisi en France par le requérant lorsque celui-ci et la personne dont l'adoption est demandée demeurent à l'étranger.

²⁸⁹⁵ CA Paris, 27 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 732, note H. Muir Watt.

²⁸⁹⁶ J. Foyer, « Adoption », *Répertoire de droit international Dalloz*, sept. 2003 (mise à jour : mai 2020), n° 281.

fraude à la loi française²⁸⁹⁷. Comme le relève Monsieur le Professeur Jacques Foyer, « *étant donné le désir d'enfant qui anime les candidats à l'adoption, ceux-ci peuvent être tentés de manipuler les règles étrangères pour obtenir le résultat souhaité* »²⁸⁹⁸. Enfin, le juge du for devra vérifier que la décision d'adoption est conforme à l'ordre public international français²⁸⁹⁹ tant procédural que substantiel. À titre d'illustration, une décision étrangère prononçant l'adoption plénière d'un enfant par sa grand-mère a été considérée comme contraire à l'ordre public international français²⁹⁰⁰.

1013. Qu'il s'agisse des règles d'origine conventionnelle ou des règles d'origine interne, une décision d'adoption régulièrement prononcée à l'étranger est reconnue de plein droit sur le territoire français. Cette reconnaissance *de plano* peut, néanmoins, être affectée par un élément principal. En effet, la contrariété de la décision à l'ordre public international français a notamment été mise en avant par la jurisprudence française afin de faire échec à la reconnaissance d'adoptions prononcées à l'étranger. Cette contrariété résidait dans l'impossible création d'un double lien de filiation monosexué.

II. Une solution conditionnée : l'impossible création d'un double lien de filiation monosexuée

1014. Avant la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et consacrant par la même la parenté homosexuelle, la jurisprudence avait admis la conformité d'une adoption simple au sein d'un couple homosexuel à l'ordre public international français (A). La Cour de cassation a limité cette solution, peu de temps après, en excluant la reconnaissance d'une adoption plénière en raison de ses conséquences sur l'état civil, jugées contraire à l'ordre public international français (B).

A. La seule conformité de l'adoption simple à l'ordre public international français

1015. La reconnaissance de l'adoption simple de l'enfant de l'un des membres d'un couple homosexuel à l'égard de sa partenaire prononcée à l'étranger a été tolérée par la Cour de cassation en ce que l'adoption en question permettait le partage de l'autorité parentale entre la mère légale et l'adoptante (1). Si le fond de la solution adoptée par la jurisprudence se justifie, la méthode employée a pu surprendre par l'inutilisation des facteurs de perturbation de l'ordre

²⁸⁹⁷ Cf. *supra* n° 286 et s.

²⁸⁹⁸ J. Foyer, « Adoption », préc., n° 292.

²⁸⁹⁹ Cf. *supra* n° 277 et s.

²⁹⁰⁰ CA Rennes, 28 avr. 2009, n° 07/00522.

public international pourtant aptes à motiver une telle position sans se prononcer sur des questions encore délicates à l'époque (2).

1. *La tolérance de l'adoption simple fondée sur le partage de l'autorité parentale*

1016. Par un arrêt très remarqué en date du 8 juillet 2010²⁹⁰¹, la première chambre civile de la Cour de cassation reconnaît effet en France à un jugement étranger d'adoption de l'enfant de la partenaire de même sexe. En l'espèce, une femme de nationalité française et une femme de nationalité américaine vivent aux États-Unis et ont passé une convention de vie commune, dite « *domestic partnership* ». Le 8 mars 1999, la partenaire américaine donne naissance à un enfant après insémination par donneur anonyme. Par une décision du 10 juin 1999, la Cour supérieure du Comté de Dekalb (Géorgie) a prononcé l'adoption par la partenaire française de l'enfant. L'acte de naissance de l'enfant mentionne la femme américaine comme mère et sa partenaire française, adoptante, comme « *parent* ». Ainsi, l'une et l'autre exercent l'autorité parentale sur l'enfant. L'adoptante française demande, ensuite, aux juridictions françaises l'exequatur du jugement étranger d'adoption²⁹⁰².

1017. Tant les juges de première instance²⁹⁰³, que les juges d'appel²⁹⁰⁴ ont refusé l'exequatur de la décision américaine. En l'absence de convention internationale applicable et selon l'arrêt *Cornelissen*²⁹⁰⁵, afin d'accorder l'exequatur, le juge français devait s'assurer que trois conditions étaient remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, l'absence de fraude à la loi et la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure. Les deux premières conditions étant réunies et ne posant pas de difficultés en l'espèce, les juges du fond s'intéressent seulement à la question de la conformité de la décision à l'ordre public international français. Par application de l'article 370-5 du Code civil, ils relèvent que l'adoption prononcée par les juridictions américaines ne peut constituer au regard de la loi française qu'une adoption simple dans la mesure où elle ne rompt pas le lien de filiation d'origine entre la mère biologique et l'enfant²⁹⁰⁶. Or, en vertu de

²⁹⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21.740, préc.

²⁹⁰² La demande d'exequatur n'était pas indispensable dans la mesure où les décisions étrangères intervenues en matière d'adoption sont reconnues de plein droit. Il semble que l'action exercée par l'adoptante avait donc pour seul objet la vérification « *à toutes fins utiles* » de la régularité internationale du jugement américain.

²⁹⁰³ TGI Paris, 23 mai 2007, n° 06/07476, *Gaz. Pal.* 2007, n° 249, p. 10, note G. de Geouffre de La Pradelle.

²⁹⁰⁴ CA Paris, 9 oct. 2008, n° 07/12218, *AJ fam.* 2008, p. 475, obs. F. Chénéde ; *D.* 2009, p. 773, note F. Granet-Lambrechts.

²⁹⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082, préc.

²⁹⁰⁶ L'adoption simple crée un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté sans rompre les liens existant avec la famille d'origine (art. 364 du Code civil). *A contrario*, l'adoption plénière fait définitivement entrer un enfant dans une famille d'adoption et coupe tout lien avec la famille d'origine (art. 356, al. 1^{er} du Code civil).

l'article 365 du Code civil français, les effets attachés sur le territoire français à une telle adoption sont tels que l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale. Ainsi, la mère biologique serait privée de tous les droits d'autorité parentale sur son enfant. Considérant qu'une telle conséquence serait contraire à l'intérêt de l'enfant, l'exequatur du jugement étranger d'adoption ne serait pas conforme à l'ordre public international français. La Cour d'appel approuve ce raisonnement en ajoutant que le fait pour l'enfant, qui vit aux États-Unis, d'être soumis à un régime différent au regard de l'autorité parentale, selon qu'il réside dans son pays d'origine ou en France, ne contrevient pas de manière caractérisée à son droit de connaître une vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, devant la Cour d'appel, l'adoptante avait fait valoir qu'en refusant l'exequatur les tribunaux ont méconnu l'intérêt supérieur de l'enfant et en particulier, son droit à connaître une vie privée et familiale, tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. À cette fin, la femme indique que l'enfant se voit imposer d'avoir « *deux parents sur le territoire des États-Unis et un seul, sur le territoire français* ». En définitive, les juges réservent, à ce stade, le même sort à une adoption demandée en France et à une adoption prononcée à l'étranger par une femme de l'enfant de sa partenaire, et ce en raison des conséquences attachées à l'adoption simple.

1018. L'adoptante s'est pourvue en cassation et la première chambre civile a censuré la décision de la Cour d'appel aux motifs que « *le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant* »²⁹⁰⁷. La Cour casse sans renvoi et ordonne l'exequatur du jugement d'adoption américain. Cette solution est justifiée par le fait qu'il est nécessaire, afin que l'exequatur soit refusé, que l'incompatibilité de la décision étrangère avec l'ordre public international français résulte du jugement étranger lui-même et non des effets que lui fait produire la loi française. Le droit géorgien, contrairement au droit français, ne prive pas le parent biologique consentant à l'adoption de ses droits d'autorité parentale. Ce constat était clairement affirmé dans l'arrêt qui précise que la décision américaine partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante de l'enfant. Or, « *si la règle de conflit de lois implique d'analyser l'adoption [...] en adoption simple, elle n'impose pas pour autant de lui faire produire des conséquences du droit français que le droit étranger écarte*

²⁹⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21.740, préc.

expressément »²⁹⁰⁸. Le jugement d'adoption américain maintenant l'autorité parentale sur l'enfant au profit de la mère biologique n'avait alors rien de contraire à l'ordre public international français. En réalité, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel une fausse application de l'article 370-5 du Code civil. En effet, dans la mesure où « *la question des effets de l'adoption sur l'autorité parentale a été tranchée par le juge étranger, l'article 370-5 du Code civil était inapplicable [...] et ne permet pas, à l'occasion de la procédure d'exequatur, de procéder à la révision au fond de la décision étrangère* »²⁹⁰⁹. En d'autres termes, il convient de considérer que « *l'application de l'article 370-5 [du Code civil] a un caractère résiduel, autrement dit ne vaut que dans la mesure où le jugement étranger n'a pas déjà pris parti sur les effets de l'adoption* »²⁹¹⁰. En réalité, les différents points de vue des juridictions du fond et de la Cour de cassation « *ne semble[nt] pas tenir, à proprement parler, à une différence de perception du contenu même de l'ordre public* »²⁹¹¹. En effet, c'est parce que la Cour d'appel avait considéré que les effets de l'adoption simple prévus par le droit français s'appliquaient, en l'espèce, que sa décision a été censurée. Pour autant, la Cour de cassation donne des indications sur le contenu même de l'ordre public international français dans la mesure où une décision étrangère qui partage l'autorité parentale à la suite d'une adoption simple n'y est pas contraire. Autrement dit, « *la règle qui est énoncée par l'article 365 du Code civil n'est pas d'ordre public international* »²⁹¹². Cette solution n'est pas surprenante, car le mécanisme de la délégation-partage de l'article 377 du Code civil admis au sein d'un couple de personnes de même sexe²⁹¹³ est similaire quant à ses effets à l'adoption simple du droit étranger²⁹¹⁴. Si similarité ne signifie pas correspondance totale, la nuance entre la délégation-partage du droit français et le partage de l'autorité parentale dans le cadre d'une adoption simple étrangère est « *certainement trop tenue pour que l'admission de la première par le droit interne n'implique pas la tolérance de la seconde par le droit international privé* »²⁹¹⁵.

1019. Par cet arrêt, la Cour de cassation ne fait que reconnaître une situation qui s'est régulièrement constituée à l'étranger. De plus, elle circonscrit sa décision au fait que le partage

²⁹⁰⁸ C. Neirinck, « Homoparentalité et ordre public », art. préc.

²⁹⁰⁹ A. Devers, « Conformité à l'ordre public de l'adoption de l'enfant de la partenaire », *JCP G*, 2010, p. 809.

²⁹¹⁰ S. Bollée, « Adoption réalisée à l'étranger. - Exequatur. - Autorité parentale. - Ordre public international », *JDI*, n° 1, janv. 2011, p. 4.

²⁹¹¹ *Ibid.*

²⁹¹² *Ibid.*

²⁹¹³ Cf. *supra* n° 966 et s.

²⁹¹⁴ V. cependant : J. Massip, « La reconnaissance en France du lien adoptif créé à l'étranger dans un couple homosexuel », *JCP N*, 2011, p. 1122. L'auteur relève, à l'attention du Notariat, la portée de l'arrêt qui ne se limite pas à un problème d'autorité parentale.

²⁹¹⁵ S. Bollée, « Adoption réalisée à l'étranger. - Exequatur. - Autorité parentale. - Ordre public international », art. préc.

de l'autorité parentale entre la mère biologique et l'adoptante soit prévu par le droit étranger. Ainsi, il ne s'agissait pas d'un revirement de jurisprudence consacrant purement et simplement la parenté homosexuelle, mais plutôt l'illustration d'un constat : « *les situations internationales et les situations internes ne sont pas soumises au même régime juridique* »²⁹¹⁶. Pour autant, les moyens qu'aurait pu utiliser la Cour de cassation pour parvenir à cette solution, au regard du droit international privé, méritent des remarques particulières.

2. *L'étonnante inutilisation des facteurs de perturbation de l'ordre public international*

1020. La première chambre civile de la Cour de cassation ne fait aucune référence à la théorie de l'effet atténué de l'ordre public international²⁹¹⁷ alors que les faits de l'espèce s'y prêtaient entièrement. En effet, cette théorie est régulièrement utilisée en jurisprudence lorsqu'il est demandé aux juridictions françaises, non pas de créer un droit en France, mais de laisser produire sur notre territoire les effets d'une situation constituée valablement à l'étranger. En l'espèce, il s'agissait d'un « *moyen particulièrement aisé et commode pour censurer les juges et reconnaître la décision* »²⁹¹⁸. En ayant recours à la théorie de l'effet atténué de l'ordre public, la Cour aurait « *donné à son arrêt une moindre résonance, dans la mesure où elle se serait abstenue de prendre parti sur la conformité même de la figure juridique en cause aux principes fondamentaux du droit français* »²⁹¹⁹, « *question politiquement sensible* »²⁹²⁰.

1021. De même, une référence à l'ordre public de proximité²⁹²¹ aurait tout à fait pu être utilisée par la Cour de cassation. En l'espèce, « *la situation familiale est entièrement ancrée aux États-Unis : la famille y est établie de longue date ; l'enfant y est née ; le partenariat y a été conclu ; l'adoption y est obtenue ; l'enfant et la mère biologique possèdent la nationalité américaine* »²⁹²². En définitive, sous réserve de la nationalité française de l'adoptante, la situation était entièrement intégrée dans la société américaine. Ainsi, en raison de l'absence de proximité de la situation de l'espèce avec l'ordre juridique du for, il aurait été envisageable de ne pas faire intervenir l'ordre public international. Cette analyse aurait permis de « *souligner*

²⁹¹⁶ I. Gallmeister, « Adoption par la compagne de la mère biologique : exequatur », *D.*, 2010, p. 1787.

²⁹¹⁷ Cf. *supra* n° 628.

²⁹¹⁸ B. Haftel, « Éclairage de droit international privé », *AJ fam.*, 2010, p. 387.

²⁹¹⁹ S. Bollée, « Adoption réalisée à l'étranger. - Exequatur. - Autorité parentale. - Ordre public international », art. préc.

²⁹²⁰ B. Haftel, « Éclairage de droit international privé », art. préc.

²⁹²¹ Cf. *supra* n° 524 et s.

²⁹²² P. Hammje, « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », art. préc. V. dans le même sens : M. Farge, « L'adoption simple de l'enfant de la concubine de même sexe n'est pas contraire à l'ordre public international français », art. préc.

que l'affaire jugée ne relevait pas du tourisme procréatif »²⁹²³. Ainsi, la Cour aurait pu accorder l'exequatur de la décision américaine sans se prononcer sur le contenu de l'ordre public international français.

1022. La Cour de cassation aurait pu s'appuyer sur le droit au respect de la vie familiale protégée par l'article 8 de la Convention européenne et notamment sur l'affaire *Wagner contre Luxembourg*²⁹²⁴ rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme le 28 juin 2007. Il avait été considéré que le refus de reconnaître les effets d'une situation familiale valablement créée peut constituer une violation de l'article 8 de la Convention qui impose aux États le droit au respect de la vie familiale des individus. Le parallèle avec l'affaire *Wagner* est d'autant plus intéressant qu'il s'agissait d'une espèce où il était question de la non-reconnaissance d'une décision étrangère d'adoption²⁹²⁵. Cependant, la Cour de cassation « pouvait se dispenser de placer sa solution sous de tels auspices, dans la mesure où sa compréhension libérale du contenu de l'ordre public dissipait tout risque d'atteinte à l'article 8 de la Convention »²⁹²⁶. En toute hypothèse, si la Cour de cassation avait refusé de prononcer l'exequatur du jugement d'adoption américain, une éventuelle censure de la Cour européenne aurait été envisageable. En effet, même si la reconnaissance de la parenté homosexuelle relève, en principe, de la marge d'appréciation nationale, « le refus d'exequatur créerait une situation boiteuse qui pourrait ne pas trouver grâce aux yeux » de la Cour et « il n'est pas certain que pour une adoption valablement prononcée à l'étranger, la cour ne fasse pas prévaloir la continuité du statut de l'enfant dès lors que ce statut correspond à la réalité sociale vécue par l'enfant et par sa famille »²⁹²⁷.

1023. La solution adoptée par la Cour de cassation le 8 juillet 2010²⁹²⁸ a été reprise par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 27 janvier 2011²⁹²⁹. Les faits de cette affaire sont similaires à celle précitée. Deux femmes, l'une de nationalité franco-américaine et la seconde de nationalité américaine vivent ensemble aux États-Unis depuis 2000. En 2008, elles ont conclu un pacte civil de solidarité au consulat de France. En 2002 et 2004, après

²⁹²³ M. Farge, « L'adoption simple de l'enfant de la concubine de même sexe n'est pas contraire à l'ordre public international français », art. préc.

²⁹²⁴ Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, req. n° 76240/01, préc.

²⁹²⁵ Cf. *supra* n° 651.

²⁹²⁶ S. Bollée, « Adoption réalisée à l'étranger. - Exequatur. - Autorité parentale. - Ordre public international », art. préc.

²⁹²⁷ H. Fulchiron, « Reconnaissance en France de l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe prononcée à l'étranger », *JCP G*, 2010, p. 1173.

²⁹²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21.740, préc.

²⁹²⁹ CA Paris, 27 janv. 2011, n° 10/02614, *D.* 2011, pan. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2011, p. 151, obs. N. Nord.

insémination artificielle avec donneur anonyme, la femme américaine donne naissance à deux enfants. Le tribunal de l'État de New York, par deux jugements rendus en 2005, prononce l'adoption des deux enfants par la femme franco-américaine. Ces deux décisions précisait que les droits parentaux de la mère biologique n'étaient pas affectés. Les partenaires ont demandé l'exequatur des jugements d'adoption américains aux juridictions françaises. Par jugement du 27 janvier 2010²⁹³⁰, le tribunal de grande instance de Paris a refusé la demande en raison de la violation de l'article 365 du Code civil. La Cour d'appel de Paris infirme le jugement et considère que l'exequatur doit être accordé. À cette fin, elle rappelle que le juge français doit s'assurer que les trois conditions posées par l'arrêt *Cornelissen* sont remplies. Or, dans la mesure où les circonstances de l'espèce caractérisent le rattachement de la procédure d'adoption au juge américain et qu'aucune fraude n'est alléguée, il était principalement question de se prononcer sur la condition relative à l'ordre public international. La Cour d'appel de Paris reprend la formule dégagée par le Cour de cassation en 2010 et énonce que « *la décision étrangère qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante des enfants ne heurte aucun principe essentiel du droit français* ».

1024. Afin d'accorder l'exequatur aux décisions étrangères prononçant une adoption dans un couple de personnes de même sexe, les juridictions françaises se fondent sur le fait que celles-ci prévoient le partage de l'autorité parentale entre les deux membres du couple. Peut-on alors considérer que toute adoption valablement prononcée à l'étranger obtiendra l'aval des tribunaux français en ce qu'elle organise un tel partage ? Il n'en est rien, car en réalité, la Cour de cassation s'abrite derrière les règles relatives à l'autorité parentale, mais ne se prononce pas sur le fond du problème, à savoir l'établissement par l'adoption d'un double lien de filiation monosexuée sur les registres de l'état civil français.

B. La contrariété à l'ordre public international des conséquences sur l'état civil d'une adoption plénière

1025. Par deux arrêts en date du 7 juin 2012²⁹³¹, la Cour de cassation s'est prononcée sur la reconnaissance en France de deux adoptions plénières prononcées à l'étranger au profit de deux couples d'hommes. Dans la première affaire, il s'agissait d'un couple, dont les

²⁹³⁰ TGI Paris, 27 janv. 2010, n° 09/04305.

²⁹³¹ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n°s 11-30.261 et 11-30.262, *D.* 2012, p. 1992, obs. I. Gallmeister, note D. Vigneau ; *D.* 2012, p. 1973, point de vue L. d'Avout ; *D.* 2013, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2013, p. 1503, obs. F. Jault-Seske ; *AJ fam.* 2012, p. 397, obs. B. Haftel, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 587, note L. Gannagé ; *RTD civ.* 2012, p. 522, obs. J. Hauser ; *JDI* 2010, comm. 4, note S. Bollée ; *JCP* 2010, act. 809, obs. A. Devers ; *JCP* 2010, act. 1173, note H. Fulchiron ; *Dr. fam.* 2010, comm. 156, note M. Farge ; *JCP* 2012, p. 728, obs. A. Devers ; *JCP* 2012, p. 857, note F. Chénéde.

membres étaient respectivement de nationalité française et britannique, qui vivaient ensemble depuis seize ans et demeuraient au Royaume-Uni. Dans la seconde affaire, il s'agissait de deux hommes ayant la double nationalité française et canadienne vivant ensemble au Canada depuis 1997. Dans les deux cas, les hommes se sont tournés vers les juridictions françaises afin d'obtenir l'exequatur du jugement d'adoption conjointe rendu à l'étranger en vue de sa transcription sur les registres de l'état civil français. En première instance, les deux couples sont déboutés de leur demande pour méconnaissance de l'ordre public international français. Le 24 février 2011, par deux arrêts infirmatifs²⁹³², la Cour d'appel de Paris ordonne l'exequatur des décisions d'adoption au motif que la décision étrangère qui prononce l'adoption par un couple non marié et qui partage l'autorité parentale entre les membres de ce couple ne heurte aucun principe essentiel du droit français. La première chambre civile de la Cour de cassation ne partage pas cette position et affirme qu' « *est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe* ». Or, lesdites adoptions ayant pour effet de rompre les liens de filiation antérieurs de l'enfant, la Cour reproche aux juges du fond d'avoir accepté la transcription du jugement alors que celle-ci a eu pour effet d'inscrire les enfants comme étant nés de deux parents de même sexe sur les registres de l'état civil français.

1026. Dans ces affaires, le parquet général près la Cour d'appel de Paris faisait grief à l'arrêt d'appel d'avoir violé l'article 346 du Code civil selon lequel « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* ». Or, en l'espèce, en reconnaissant l'adoption conjointe par deux personnes non mariées, la Cour d'appel aurait violé une disposition relevant de l'ordre public international français. Au contraire, la Cour de cassation affirme que l'article précité ne consacre pas un principe essentiel du droit français et ne peut donc fonder le refus d'exequatur. Cette affirmation ne surprend pas « *eu égard à l'évolution des mœurs en France et en Europe* »²⁹³³. En effet, comme l'observe Monsieur le Professeur Louis d'Avout, « *il n'est pas choquant que [...] des concubins vivant en union stable puissent en certaines circonstances recourir à l'étranger à une adoption conjointe. Et parmi ces concubins [...], il n'y a pas lieu de distinguer suivant l'orientation sexuelle des adoptants* »²⁹³⁴. À l'heure actuelle, cette opinion mérite une approbation totale. Il suffit de constater que moins d'un an

²⁹³² CA Paris, 24 févr. 2011, n^{os} 10/08810 et 10/08848, *D.* 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2011, p. 207, obs. N. Nord ; *Dr. fam.* 2011, comm. 87, note M. Farge.

²⁹³³ L. d'Avout, « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité », *D.*, 2012, p. 1973.

²⁹³⁴ *Ibid.*

plus tard, la France a ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe et, par la même, l'adoption conjointe.

1027. Afin de refuser de reconnaître les adoptions prononcées à l'étranger, la Cour de cassation a visé l'article 310 du Code civil qui dispose que « *tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* ». En faisant référence aux termes de « *père* » et « *mère* », cet article rappelle le « *caractère nécessairement hétérosexué de la parenté* »²⁹³⁵. En l'espèce, dans la mesure où les adoptions litigieuses avaient pour effet de rattacher l'enfant aux deux membres du couple par un lien de filiation, elles avaient vocation à produire en France les effets d'une adoption plénière. En effet, l'article 370-5 du Code civil 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* ». Or, lorsqu'une adoption étrangère a vocation à produire en France les effets d'une adoption plénière, celle-ci doit faire l'objet d'une transcription sur les registres de l'état civil français comme prévu par l'article 354 du Code civil. En effet, ce dernier précise que « *la décision prononçant l'adoption plénière est transcrite sur les registres de l'état civil [...]. La transcription énonce [...] les prénoms, noms, date et lieu de naissance, profession et domicile du ou des adoptants. Elle ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant. La transcription tient lieu d'acte de naissance de l'enfant* ». Ainsi, dans les cas d'espèce, l'adoption a pour effet d'effacer les liens de filiation biologique des enfants. La transcription des actes de naissance impliquerait alors d'inscrire les enfants comme nés de deux hommes sur les registres de l'état civil français. Or, « *c'est parce que le droit de la filiation veut qu'un enfant ait un lien de filiation maternelle et un lien de filiation paternelle que la transcription du jugement d'adoption plénière qui vaut acte de naissance est prohibée* »²⁹³⁶. À l'époque des faits, la solution adoptée par la Cour de cassation était tout à fait pertinente, car « *un acte de naissance doit être le reflet exact de la réalité [...] qui justifie la force probante d'un tel acte [...]. La transcription d'un jugement d'adoption valant acte de naissance ne peut donc elle-même aboutir à contredire la réalité* »²⁹³⁷. La « *nécessaire*

²⁹³⁵ F. Chénédy, « Du nouveau en matière d'adoption internationale par des concubins homosexuels », *JCP G*, n° 29-34, 16 juill. 2012, p. 857.

²⁹³⁶ J.-D. Azincourt, « Quel état civil en France pour l'enfant adopté à l'étranger par un couple homosexuel ? », *JCP N*, n° 35, 2012, p. 1314.

²⁹³⁷ D. Vigneau, « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », *D.*, 2012, p. 1992.

altérité sexuelle du couple parental »²⁹³⁸ était un principe essentiel du droit français pouvant justifier une contrariété à l'ordre public international français.

1028. La reconnaissance, en France, d'une adoption plénière et d'une adoption simple prononcée à l'étranger n'emporte pas les mêmes conséquences sur l'état civil ce qui explique que la Cour de cassation ait adopté des solutions différentes en 2010 et 2012. En effet, alors que l'adoption simple implique une mention en marge de l'état civil, le jugement d'adoption plénière vaut comme nouvel acte de naissance de l'adopté. Il ne faut pas envisager les arrêts rendus en 2012 comme un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. Les espèces étaient différentes - adoption simple par la concubine du parent légal en 2010 et adoption conjointe par deux hommes en 2012²⁹³⁹ - et, *a fortiori*, leurs effets sur le territoire français également. En réalité, comme l'affirme Madame le professeur Claire Neirinck, « *avec ces deux arrêts de cassation, la Cour attire donc l'attention sur la déssexualisation de l'état civil que le mariage homosexuel imposerait d'admettre et d'organiser. Il faudrait alors repenser les règles de l'état civil et de la filiation* »²⁹⁴⁰. En effet, en 2012, l'ouverture du mariage homosexuel aux couples de personnes de même sexe était, certes, une question encore en débat, mais semble-t-il acquise en son principe. Ainsi, il s'agissait pour la Haute juridiction d'attirer l'attention du législateur sur les conséquences de ce dernier sur la filiation.

1029. En conclusion, une adoption homosexuelle valablement prononcée à l'étranger ne pouvait être reconnue sur le territoire français qu'à la condition de ne pas rompre définitivement les liens avec la famille par le sang de sorte que l'enfant soit inscrit à l'état civil comme étant né de deux personnes de sexe différent. Depuis l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe et l'adoption conjointe l'accompagnant²⁹⁴¹, la jurisprudence de 2012 est devenue caduque comme en témoigne l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 20 mars 2014²⁹⁴². Alors que la première chambre civile de la Cour de cassation avait refusé l'exequatur de la décision d'adoption étrangère²⁹⁴³, la Cour d'appel de renvoi l'ordonne. Cette décision n'est qu'une

²⁹³⁸ L. Gannagé, « Deux arrêts mort-nés », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 587.

²⁹³⁹ *Contra* : B. Haftel, « Reconnaissance des adoptions homoparentales prononcées à l'étranger : valse-hésitation à la Cour de cassation », *AJ fam.*, 2012, p. 397. L'auteur considère que qualifier l'adoption de simple ou de plénière « *n'est qu'une vue de l'esprit* » dans la mesure où « *il s'agit d'adoptions étrangères qui n'auraient tout simplement pas été possibles en droit français* ». A son sens, le fait de nommer deux situations différemment n'en fait pas de choses différentes. Ainsi, il en conclut que tant en 2010 qu'en 2012, « *la question essentielle était de savoir si une adoption ayant pour conséquence de donner à l'enfant deux véritables parents de même sexe, exerçant tous deux l'autorité parentale, était, ou non, contraire à l'ordre public international* ».

²⁹⁴⁰ C. Neirinck, « Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2012, repère 6.

²⁹⁴¹ Cf. *infra* n° 1031.

²⁹⁴² CA Versailles, 20 mars 2014, n° 13/03655, *AJ fam.* 2014, p. 237, obs. B. Haftel ; *RTD civ.* 2014, p. 637, obs. J. Hauser.

²⁹⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261, préc.

illustration du principe d'actualité de l'ordre public international²⁹⁴⁴. En effet, les juges d'appel tirent les conséquences de l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe en droit français et notamment de l'article 6-1 du Code civil. Issu de la loi du 17 mai 2013, ce dernier précise que « *le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations [...] que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* ». Par cette disposition, le droit français a ouvert l'adoption conjointe aux couples homosexuels. De plus, les juges du fond relèvent que les termes « *père* » et « *mère* » ont été remplacés par la notion de « *parents* » s'agissant des mentions devant figurer sur les actes de naissance et de reconnaissance²⁹⁴⁵. Or, c'est justement cet élément qui avait amené la Cour de cassation à refuser la demande d'exequatur pour contrariété à l'ordre public international français. Cette contrariété n'a pas donc plus de raison d'être à ce jour.

1030. En autorisant le mariage aux personnes de même sexe, la loi du 17 mai 2013 leur a par la même occasion ouvert l'adoption conjointe d'un enfant. Au vu du nombre très faible d'enfants adoptables en France, les couples se dirigeront nécessairement vers l'adoption internationale dont il convient d'envisager tant les conditions générales que les particularités se posant dans la cadre d'une adoption demandée par un couple de personnes de même sexe.

Section 2. De la consécration de l'homoparenté par l'adoption conjointe d'un enfant par un couple de personnes de même sexe

1031. L'article 6-1 du Code civil issu de la loi du 17 mai 2013 énonce que « *le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois [...] que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* ». Par cette disposition, le législateur a souhaité une égalité de traitement de tous les époux. Ainsi, l'article 346 du Code civil qui prévoit que « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* » permet aux couples de personnes de même sexe d'adopter conjointement un enfant au même titre qu'un couple hétérosexuel. Néanmoins, « *en France [dans la mesure où], la maîtrise de la procréation et le développement des prestations familiales ont raréfié les abandons* »²⁹⁴⁶, les candidats à l'adoption se tourneront vers des États étrangers présentant un nombre d'enfants adoptables plus important. Une étude des règles générales applicables à l'adoption internationale (Sous-section 1) précèdera une présentation des obstacles pratiques à l'adoption conjointe d'un enfant par un couple de personnes de même sexe (Sous-section 2).

²⁹⁴⁴ Cf. *supra* n° 279 et 502 et s.

²⁹⁴⁵ Art. 34 du Code civil.

²⁹⁴⁶ G. Champenois, « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », *Défrenois*, 2013, n° 13-14.

Sous-section 1. Les règles générales applicables à l'adoption internationale

1032. Comme en droit interne, l'adoption d'un enfant originaire d'un État étranger en France se déroule en deux phases. La phase administrative préliminaire (Paragraphe 1) est suivie de la phase judiciaire au cours de laquelle il s'agit principalement de déterminer la ou les lois applicables à l'adoption internationale (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La phase administrative préliminaire

1033. La phase administrative consiste pour les adoptants à obtenir un agrément (I) qui leur permettra d'entamer la phase de recherche d'un enfant à adopter (II).

I. L'obtention préalable d'un agrément

1034. Selon l'article 353-1 du Code civil, « *dans le cas d'adoption [...] d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés* ». Cette nécessité est confirmée par l'article L. 225-17 du Code de l'action sociale et des familles qui dispose que « *les personnes qui accueillent, en vue de son adoption, un enfant étranger doivent avoir obtenu l'agrément* ». L'agrément est un acte administratif individuel qui « *doit donner lieu à une application exclusivement territoriale et s'imposer à tous les candidats à l'adoption résidant en France* »²⁹⁴⁷. La procédure d'agrément est précisée aux articles L. 225-2 à L. 225-7 du Code de l'action sociale et des familles. La demande d'agrément doit être faite au président du conseil départemental de son département de résidence²⁹⁴⁸. Dans un délai de deux mois, la ou les personnes désirant obtenir l'agrément doivent, notamment, être informées « *des dimensions psychologiques, éducatives et culturelles de l'adoption pour l'enfant et les parents adoptifs* », « *de la procédure judiciaire de l'adoption et de la procédure administrative préalable* »²⁹⁴⁹. Si le ou les candidats à l'agrément souhaitent poursuivre leur demande, ils doivent en informer le président du conseil départemental par lettre recommandée avec demande d'avis de réception accompagnée de plusieurs pièces²⁹⁵⁰. Après la réception de la confirmation, le président du conseil départemental doit s'assurer que les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux

²⁹⁴⁷ S. Godechot-Patris, « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », préc., n° 18.

²⁹⁴⁸ Art. R 225-1 du Code de l'action sociale et des familles.

²⁹⁴⁹ Art. R 225-2 du Code de l'action sociale et des familles.

²⁹⁵⁰ Selon l'article R 225-3 du Code de l'action sociale et des familles, l'intéressé doit communiquer une copie intégrale de son acte de naissance et livret de famille, un bulletin n° 3 de casier judiciaire, un certificat médical, un document attestant de ses ressources et un questionnaire remis lors du premier entretien dûment complété.

besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté. À cette fin, il ordonne des investigations menant à des évaluations sociale et psychologique²⁹⁵¹. La décision finale est prise par le président du conseil départemental après consultation de la commission d'agrément²⁹⁵².

1035. L'agrément est délivré sous la forme d'un arrêté qui garantit aux intéressés des possibilités de recours gracieux et contentieux²⁹⁵³. La forme et le contenu de l'arrêté sont définis par le décret du 17 octobre 2006²⁹⁵⁴ qui a introduit une annexe 2-6 dans le Code de l'action sociale et des familles. Ce modèle vise, notamment, les articles 343 et 343-1 du Code civil, respectivement relatifs à la réserve de l'adoption conjointe aux seuls couples mariés et à l'âge de l'adoptant. Comme le relève Madame le Professeur Sara Godechot-Patris, la délivrance de l'agrément est subordonnée au respect de ces dispositions qui vont s'appliquer de manière impérative à tout adoptant, peu importe sa nationalité²⁹⁵⁵. Autrement dit, l'application territoriale de dispositions françaises à des étrangers est imposée alors qu'aux termes de l'article 370-3 du Code civil, les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant²⁹⁵⁶. La solution paraît « *pour le moins étonnante et il est dommage que le contenu de l'arrêté type ne puisse être adapté dans l'hypothèse de l'adoption par des étrangers [afin que] les conditions nécessaires au prononcé de l'adoption [...] [soient] appréciées uniformément qu'il s'agisse de la délivrance de l'agrément ou du prononcé de l'adoption* »²⁹⁵⁷. L'auteur relève l'incohérence de cette mesure par l'illustration suivante : « *il en résulte qu'un couple de concubins ou de partenaires étrangers ne pourra obtenir en France un agrément alors même que la loi de leur nationalité les autoriserait à adopter* »²⁹⁵⁸. La décision de refus d'agrément peut faire l'objet d'un recours gracieux devant l'autorité qui a rendu l'arrêté puis d'un recours contentieux devant le tribunal administratif²⁹⁵⁹. En cas d'annulation de l'arrêté de refus d'agrément, celle-ci ne vaut pas agrément. Il appartient, alors, aux intéressés de présenter une nouvelle demande²⁹⁶⁰.

²⁹⁵¹ Art. R 225-4 du Code de l'action sociale et des familles.

²⁹⁵² Art. R 225-5 du Code de l'action sociale et des familles.

²⁹⁵³ E. Poisson-Drocourt, « La procédure d'agrément des personnes souhaitant adopter un enfant », *D.*, 2007, p. 163.

²⁹⁵⁴ Décr. n° 2006-1272 du 17 oct. 2006 relatif aux modèles d'arrêté et de notice pour l'agrément des personnes souhaitant adopter un pupille de l'État ou un enfant étranger, *JORF*, n° 243, 19 oct. 2006, p. 15500.

²⁹⁵⁵ S. Godechot-Patris, « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », préc., n° 21.

²⁹⁵⁶ Cf. *infra* n° 1052 et s.

²⁹⁵⁷ S. Godechot-Patris, « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », préc., n° 21.

²⁹⁵⁸ *Ibid.*

²⁹⁵⁹ Pour une illustration d'un refus d'agrément en raison de l'orientation sexuelle : V. Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, préc. Cf. *supra* n° 107.

²⁹⁶⁰ Cependant, il arrive que le Tribunal administratif impose au président Conseil départemental de délivrer l'agrément. V. TA Besançon, 12 nov. 2009, n° 0900299, *RTD civ.* 2010, p. 95, obs. J. Hauser ; *D.* 2009, p. 2807, obs. S. Lavric ; *Dr. fam.* 2010, comm. 5, obs. P. Murat.

1036. La délivrance est, *a priori*, un préalable indispensable sans lequel la procédure d'adoption ne peut se poursuivre. Néanmoins, l'article 353-1 du Code civil, en son alinéa 2, vient poser un tempérament à ce principe. En effet, il prévoit que « *si l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt* ». La lettre de l'article précité implique que l'agrément ait été, *a minima*, demandé²⁹⁶¹. Comme le souligne Madame le Professeur Sara Godechot-Patris, ce tempérament pourrait être utile dans un contexte international. En effet, il trouve tout son sens dans l'hypothèse susvisée où la demande d'agrément d'un couple de concubins ou de partenaires de nationalité étrangère a été refusée, faute d'être unis par les liens du mariage. Comme l'observe l'auteur, « *passer outre le refus d'agrément, peut sembler légitime [...] [et] participerait de la coordination des systèmes* »²⁹⁶². Outre cette hypothèse théorique, « *cette dérogation [...] est assez peu réaliste dans l'ordre international [...] [car] les États d'origine des enfants exigent pratiquement toujours ce document et s'ils le font, ils ne se contentent certainement pas d'une attestation selon laquelle il n'a pas été délivré dans le délai légal* »²⁹⁶³. De plus, l'agrément est nécessaire pour l'obtention du visa nécessaire à l'entrée et au séjour de l'enfant en France qui « *fait présumer la régularité de la procédure suivie à l'étranger* »²⁹⁶⁴. Enfin, si l'adoption plénière a été prononcée à l'étranger, le jugement qui doit nécessairement être transcrit sur les registres de l'état civil²⁹⁶⁵ ne pourra l'être à défaut d'agrément²⁹⁶⁶.

1037. Lorsque les personnes désireuses d'adopter un enfant ont obtenu l'agrément, il leur appartient de passer à l'étape suivante, soit la recherche d'un enfant à adopter.

II. La recherche d'un enfant à adopter

1038. Deux possibilités s'offrent aux futurs adoptants : chercher un enfant étranger en France, « *mais leur espoir risque d'être vain ; ou bien, plus vraisemblablement, ils se tourneront vers l'étranger où leurs espérances ont de plus grandes chances d'être satisfaites* »²⁹⁶⁷. À ce

²⁹⁶¹ V. cependant : Cass. 1^{ère} civ, 30 sept. 2003, n° 01-02.565, *Defrénois* 2004, p. 155, obs. J. Massip. En l'espèce, l'agrément avait été obtenu pour l'un des enfants d'une fratrie composée de deux frères. Cependant, le père biologique a également donné son consentement pour l'adoption du second frère. Ainsi, la Cour de cassation a autorisé l'adoption de ce dernier malgré l'absence d'agrément préalable.

²⁹⁶² S. Godechot-Patris, « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », préc., n° 29.

²⁹⁶³ P. Salvage-Gerest, « Adoption internationale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 224.34.

²⁹⁶⁴ M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale, op. cit.*, p. 394, n° 685.

²⁹⁶⁵ Cf. *supra* n° 1010.

²⁹⁶⁶ IGREC, n° 585-2.

²⁹⁶⁷ J. Foyer, « Adoption », préc., n° 39.

stade, il importe de distinguer selon que l'enfant est originaire d'un État ayant ratifié la Convention de La Haye du 29 mai 1993 ou originaire d'un État tiers.

1039. Si l'enfant est originaire d'un pays ayant ratifié la Convention de La Haye²⁹⁶⁸, le texte impose à chaque État contractant de désigner une autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations imposées par la Convention²⁹⁶⁹. Selon l'article 7 de la Convention, ces autorités « *doivent coopérer entre elles et promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes de leurs États pour assurer la protection des enfants et réaliser les autres objectifs de la Convention* ». Aussi, elles doivent prendre « *toutes mesures appropriées pour prévenir les gains matériels indus à l'occasion d'une adoption et empêcher toute pratique contraire aux objectifs de la Convention* »²⁹⁷⁰. La Convention de 1993 prévoit la possible intervention d'autorités publiques ou organismes dûment agréés dans leur État « *qui démontrent leur aptitude à remplir correctement les missions qui pourraient leur être confiées* »²⁹⁷¹ et peuvent apporter leur concours aux centrales dans leurs missions. Les articles 14 et suivants de la Convention précisent la procédure à suivre. Il appartient aux personnes désirant adopter un enfant de s'adresser, en premier lieu, à l'autorité centrale de l'État de leur résidence habituelle. Si cette dernière considère que les requérants sont qualifiés et aptes à adopter, elle établit un rapport en ce sens qu'elle transmet à l'autorité centrale de l'État d'origine de l'enfant. Celle-ci établit un rapport sur l'enfant adoptable qu'elle transmet à l'autorité centrale de l'État d'accueil. Les deux autorités centrales doivent prendre toutes mesures utiles afin que l'enfant reçoive l'autorisation de sortie de l'État d'origine et celle d'entrée et de séjour permanent dans l'État d'accueil²⁹⁷² et veillent à ce que ce déplacement s'effectue en toute sécurité dans des conditions appropriées²⁹⁷³.

En France, l'autorité centrale a été mise en place sous le nom d'Autorité centrale pour l'adoption internationale, placée auprès du Premier ministre, instituée par l'article 56 de la loi du 5 juillet 1996²⁹⁷⁴ et créée par le décret du 23 septembre 1998²⁹⁷⁵. Par un décret du 14 avril

²⁹⁶⁸ V. pour une présentation détaillée de la procédure prévue par la Convention : P. Courbe, « La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », art. préc. ; N. Meyer-Fabre, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », art. préc.

²⁹⁶⁹ Art. 6 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993.

²⁹⁷⁰ Art. 8 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993.

²⁹⁷¹ Art. 10 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993.

²⁹⁷² Art. 18 de la Convention de la Haye du 29 mai 1993.

²⁹⁷³ Art. 19 de la Convention de la Haye du 29 mai 1993.

²⁹⁷⁴ L. n° 96-604 du 5 juill. 1996 relative à l'adoption, *JORF*, n° 156, 6 juill. 1996, p. 10208.

²⁹⁷⁵ Décr. n° 98-863 du 23 sept. 1998 relatif à l'autorité centrale pour l'adoption internationale, *JORF*, n° 0223, 26 sept. 1998, p. 14700.

2009²⁹⁷⁶, l'autorité centrale est devenue le Service de l'adoption internationale²⁹⁷⁷ placée auprès du ministère des Affaires étrangères. Puis, par arrêté du 28 décembre 2012²⁹⁷⁸, elle a été renommée la Mission de l'adoption internationale. Les missions imposées par la Convention de La Haye de 1993 sont donc confiées à cette autorité²⁹⁷⁹ comme le rappellent les articles R 148-6 et suivants du Code de l'action sociale et des familles. Elle peut les déléguer à l'Agence française de l'adoption et aux organismes français autorisés pour l'adoption (OAA)²⁹⁸⁰. L'Agence française de l'adoption²⁹⁸¹ a été créée par la loi du 4 juillet 2005²⁹⁸² et se présente sous la forme d'un groupement d'intérêt public composé de l'État, des départements et de personnes morales de droit privé. Elle est habilitée de plein droit à intervenir comme intermédiaire dans les États parties à la Convention de La Haye. Pour qu'un OAA exerce son activité à l'étranger, il doit être habilité par le ministère des Affaires étrangères et ne l'est que pour le ou les pays indiqués dans l'habilitation.

1040. Si l'enfant est originaire d'un pays n'ayant pas ratifié la Convention de La Haye, la particularité de l'adoption internationale en France implique de distinguer l'adoption par démarche individuelle et l'adoption par un organisme agréé.

L'adoption par démarche individuelle semble être une particularité française dans la mesure où de nombreux « États imposent dans leur législation le recours à un tiers habilité »²⁹⁸³. Néanmoins, les adoptions par démarches individuelles représentent les deux tiers des adoptions internationales²⁹⁸⁴. Le système libéral français permet aux candidats à l'adoption « de s'adresser à la représentation diplomatique du pays d'origine de l'enfant »²⁹⁸⁵. Dans l'État d'origine de l'enfant, « ils peuvent avoir recours au service d'un intermédiaire privé qu'il s'agisse d'un avocat, d'une œuvre privée ou d'un orphelinat. Ils peuvent également directement entrer en contact avec la famille par le sang de l'enfant qu'ils souhaitent adopter »²⁹⁸⁶.

²⁹⁷⁶ Décr. n° 2006-1128 du 8 sept. 2006 relatif à l'Autorité centrale pour l'adoption internationale et modifiant le code de l'action sociale et des familles, *JORF*, n° 209, 9 sept. 2006, p. 13371.

²⁹⁷⁷ V. pour une présentation détaillée : E. Poisson-Drocourt, « La nouvelle Autorité centrale pour l'adoption », *D.*, 2009, p. 2435.

²⁹⁷⁸ Arrêté du 28 déc. 2012 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère des affaires étrangères, *JORF*, n° 0304, 30 déc. 2012, texte n° 16.

²⁹⁷⁹ Art. R 148-4 du Code de l'action sociale et des familles.

²⁹⁸⁰ Art. R 148-5, *in fine*, du Code de l'action sociale et des familles.

²⁹⁸¹ V. pour une présentation détaillée : E. Poisson-Drocourt, « L'Agence française pour l'adoption », *D.*, 2006, p. 2044.

²⁹⁸² L. n° 2005-744 du 4 juill. 2005 portant réforme de l'adoption, *JORF*, n° 155, 5 juill. 2005, p. 11072.

²⁹⁸³ S. Godechot-Patris, « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », *préc.*, n° 37. V. aussi : M.-Ch. Le Boursicot, « Les chemins de l'adoption internationale », *AJ fam.*, 2002, p. 21.

²⁹⁸⁴ M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, *op. cit.*, p. 392, n° 682.

²⁹⁸⁵ S. Godechot-Patris, « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », *préc.*, n° 37.

²⁹⁸⁶ *Ibid.*

L'adoption par démarche individuelle a été remise en question par la circulaire du 16 février 1999²⁹⁸⁷ qui imposait l'application de l'article 348-5 du Code civil dans l'ordre international. Ce dernier prévoit que « *sauf le cas où il existe un lien de parenté ou d'alliance [...] entre l'adoptant et l'adopté, le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption* ». Cette disposition était alors applicable à toutes les adoptions prononcées en France même si l'enfant était originaire d'un État étranger. La circulaire considérait l'article 348-5 comme « *une loi de police s'imposant quel que soit le contenu de la loi nationale de l'adoptant et de la loi de l'État d'origine de l'enfant* »²⁹⁸⁸. Ainsi, « *imposer [...] le passage par une œuvre habilitée c'était ni plus ni moins que condamner toute adoption par démarche individuelle* »²⁹⁸⁹. Initialement, la jurisprudence a respecté l'exigence posée par la circulaire de 1999 dans le cadre des adoptions internationales²⁹⁹⁰. Désormais, l'application impérative de l'article 348-5 du Code civil a été écartée par la loi du 6 février 2001 et la jurisprudence l'a de même abandonnée²⁹⁹¹. Dès lors, « *la question de savoir si la remise préalable de l'enfant à un organisme habilité est ou non nécessaire dépend de la loi de l'État d'origine de l'enfant* »²⁹⁹².

Lorsque les futurs adoptants s'adressent à un organisme agréé, ils peuvent s'adresser soit à un OAA, soit à l'Agence française de l'adoption à la condition que ces derniers soient habilités dans l'État où les intéressés souhaitent adopter. La mission des OAA a été précisée par un décret du 18 avril 2002²⁹⁹³. Il leur appartient d'aider les futurs adoptants à la préparation du projet d'adoption et de leur apporter des conseils pour la constitution du dossier. L'OAA doit les informer sur les aspects techniques et juridiques de la procédure d'adoption. Après s'être assuré que les personnes désireuses d'adopter sont titulaires d'un agrément, l'OAA doit procéder au choix des candidats²⁹⁹⁴. Ensuite, l'OAA doit assurer l'accompagnement de la famille après l'arrivée de l'enfant dans l'État d'accueil. Contrairement aux OAA, l'Agence française de l'adoption ne procède à aucune sélection et doit se saisir à ce titre de tous les

²⁹⁸⁷ Circ. du 16 févr. 1999 relative à l'adoption internationale, préc.

²⁹⁸⁸ S. Godechot-Patris, « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », préc., n° 39.

²⁹⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁹⁰ TGI Metz, 17 mai 2001, *Dr. et patri.* 2002, p. 115, obs. F. Monéger.

²⁹⁹¹ CA Metz, 4 févr. 2003, n° 01/01869, *RJPF* 2004-1/33, obs. M.-Ch. Le Boursicot ; CA Paris, 8 juin 2006, n° 05/10191, *RJPF* 2006-10/24, obs. M.-Ch. Le Boursicot.

²⁹⁹² S. Godechot-Patris, « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », préc., n° 39.

²⁹⁹³ Décr. n° 2002-575 du 18 avr. 2002 relatif aux organismes autorisés et habilités pour l'adoption, *JORF*, n° 97, 25 avr. 2002, p. 7383.

²⁹⁹⁴ V. E. Poisson-Drocourt, « Du nouveau en matière d'adoption : le décret n° 2002-575 du 18 avril 2002 », *D.*, 2003, p. 295.

dossiers. Il lui appartient d'assurer « *ses compétences dans le strict respect des principes d'égalité et de neutralité* »²⁹⁹⁵. Pour autant, il ne faut « *pas en conclure qu'il en résultera pour les adoptants potentiels une garantie d'apparement. Tout va dépendre en vérité des liens qui seront noués dans les pays d'origine* »²⁹⁹⁶. En effet, l'Agence française de l'adoption devra « *nouer des liens avec les responsables des institutions des États d'origine, qui ne soient pas seulement institutionnels, mais de confiance* »²⁹⁹⁷.

1041. Des sanctions pénales sont encourues par les personnes qui jouent un rôle d'intermédiaire sans y être autorisées. L'une spécifique à l'adoption internationale est prévue à l'article L. 225-19 du Code de l'action sociale et des familles qui punit d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros le fait d'exercer l'activité d'intermédiaire pour l'adoption ou le placement en vue de l'adoption de mineurs de quinze ans sans avoir obtenu l'autorisation préalable. De même, l'article 227-12 du Code pénal prévoit que « *le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». L'article 227-14 de même Code précise que la responsabilité des personnes morales peut être engagée. Il convient de mentionner la décision du Tribunal de grande instance de Paris en date du 4 mai 1998²⁹⁹⁸ condamnant une association spécialisée dans l'adoption d'enfant au Népal pour ses pratiques commerciales et l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 mars 2008²⁹⁹⁹ condamnant une avocate pour avoir exercé sans autorisation l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption.

1042. En pratique, lorsque la phase administrative est terminée, il est possible de passer à l'étape suivante, à savoir la phase judiciaire. Outre la question du juge compétent³⁰⁰⁰, cette phase est essentiellement guidée par la recherche de la loi applicable à l'adoption internationale.

²⁹⁹⁵ Art. L 225-15 du Code de l'action sociale et des familles.

²⁹⁹⁶ S. Godechot-Patris, « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », préc., n° 43.

²⁹⁹⁷ M.-Ch. Le Boursicot, « La création de l'Agence française de l'adoption », *AJ fam.*, 2005, p. 341.

²⁹⁹⁸ TGI Paris, 4 mai 1998, préc.

²⁹⁹⁹ Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-83.342, *Dr. fam.* 2008, n° 84, note P. Salvage-Gerest ; *RDSS* 2008, p. 740, note C. Castella.

³⁰⁰⁰ La question de la compétence du juge ne sera pas développée dans la présente étude. Néanmoins, il apparaît utile de préciser qu'en vertu de l'article 1166 du Code de procédure civile dans sa version en vigueur au 1^{er} janvier 2020, « *la demande aux fins d'adoption est portée devant le tribunal judiciaire. Le tribunal compétent est : le tribunal du lieu où demeure le requérant lorsque celui-ci demeure en France ; le tribunal du lieu où demeure la personne dont l'adoption est demandée lorsque le requérant demeure à l'étranger ; le tribunal choisi en France par le requérant lorsque celui-ci et la personne dont l'adoption est demandée demeurent à l'étranger* ».

Paragraphe 2. La phase judiciaire : la loi applicable à l'adoption internationale

1043. Sous réserve des conventions bilatérales franco-polonaise³⁰⁰¹, franco-yougoslave³⁰⁰², franco-vietnamienne³⁰⁰³ et franco-russe³⁰⁰⁴, faute de dispositions légales, le régime juridique de l'adoption internationale a, initialement, été construit par la jurisprudence. La position adoptée par la Cour de cassation a été remise en cause par la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale³⁰⁰⁵. Source de vives critiques, le législateur est finalement intervenu par une loi du 6 février 2001³⁰⁰⁶ introduisant dans le Code civil les articles 370-3 à 370-5 venant clarifier le régime juridique de l'adoption internationale. Néanmoins, l'étude de la jurisprudence préalable « *est loin d'avoir perdu tout intérêt. Son analyse permet, en effet, de mieux comprendre la genèse de la loi et par là même son économie profonde* »³⁰⁰⁷. Ainsi, un retour sur la construction jurisprudentielle antérieure à la loi du 6 février 2001 (I) précèdera l'exposé des règles issues de ladite loi (II).

I. Retour sur la construction jurisprudentielle antérieure à la loi du 6 février 2001

1044. En matière d'adoption, le caractère international de la situation tient, notamment, en la différence de nationalité entre le ou les adoptants et l'adopté. Les conflits de lois en matière d'adoption internationale révèlent deux approches envisageables. D'une part, « *un souci d'unité de loi applicable à la situation incite à rechercher une solution moniste, consistant à appliquer la loi de l'une des parties au lien* »³⁰⁰⁸. D'autre part, dans la mesure où « *il se révèle impossible de ne pas tenir compte de leurs lois respectives* »³⁰⁰⁹, la quête d'une solution dualiste peut s'avérer appropriée. Quant aux solutions monistes, il s'agit de donner compétence à la loi de l'adopté ou à celle de l'adoptant. En faveur de la première, Messieurs les Professeurs Louis

³⁰⁰¹ Décr. n° 69-176 du 13 févr. 1969 portant publication de la Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille, préc.

³⁰⁰² Décr. n° 73-492 du 15 mai 1973 portant publication de la convention entre le gouvernement de la république française et le gouvernement de la république socialiste fédérative de Yougoslavie relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille, préc.

³⁰⁰³ Décr. n° 2000-1061 du 25 oct. 2000 portant publication de la convention relative à la coopération en matière d'adoption d'enfants entre la République française et la République socialiste du Vietnam, préc.

³⁰⁰⁴ L. n° 2013-1158 du 16 déc. 2013 autorisant la ratification du traité entre la République française et la Fédération de Russie relatif à la coopération dans le domaine de l'adoption, préc. ; Décr. n° 2014-35 du 16 janv. 2014 portant publication du traité entre la République française et la Fédération de Russie relatif à la coopération dans le domaine de l'adoption, préc.

³⁰⁰⁵ Circ. du 16 févr. 1999 relative à l'adoption internationale, préc.

³⁰⁰⁶ L. n° 2001-111 du 6 févr. 2001 relative à l'adoption internationale, préc.

³⁰⁰⁷ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 613.

³⁰⁰⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 724, n° 820.

³⁰⁰⁹ *Ibid.*

d'Avout et Bernard Audit font valoir qu'il s'agit justement de l'intérêt de l'adopté qui est en jeu. De plus, l'adoption implique une rupture des liens de l'adopté avec son milieu d'origine donc sa loi personnelle peut légitimement être amenée à se prononcer sur les conditions de cette rupture³⁰¹⁰. Cependant, donner compétence à la loi de l'adopté n'est pas exempt de critiques. Comme le relèvent ces auteurs, cette loi peut « *jouer contre l'intérêt de l'adopté si sa loi personnelle ne connaît pas l'institution de l'adoption ou se montre excessivement restrictive* »³⁰¹¹. En faveur de la seconde, il est notamment avancé le fait que la loi personnelle du ou des adoptants est celle du milieu social dans lequel entre l'adopté et est « *à ce titre la plus apte à régir les effets de l'adoption* »³⁰¹² ce qui entraîne une unité de lois applicables. Néanmoins, cette solution présente des inconvénients majeurs : d'une part, les intérêts défendus par la loi de l'adopté ne sont pas pris en compte et d'autre part, elle entraîne la création d'adoptions boiteuses non reconnues dans le pays d'origine de l'adopté. Quant aux solutions dualistes, deux possibilités sont ouvertes. L'application cumulative des lois du ou des adoptants et de l'adopté présente l'avantage « *d'échapper à une contrariété de statuts* »³⁰¹³. Cependant, dans la mesure où cette solution fait prévaloir la loi la plus restrictive à l'égard de l'intégralité des conditions de l'adoption, le risque est celui de fermer les adoptions. L'application distributive des deux lois s'avère, *a priori*, plus adaptée à la situation. L'adoptant se verrait alors appliquer sa loi personnelle et l'adopté la sienne. Toutefois, certaines conditions présentent un caractère bilatéral et concernent les deux parties. À cet inconvénient, Messieurs les Professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout recommandent l'application de la loi de l'adoptant, car l'adopté sera intégré dans le milieu social de l'adoptant³⁰¹⁴.

1045. Dans son arrêt *Torlet*³⁰¹⁵ en date du 7 novembre 1984, la Cour de cassation considère que « *les conditions comme les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale de l'adoptant* ». La règle de conflit de lois posée dans cet arrêt de principe donne compétence à la loi nationale de l'adoptant. La solution adoptée par la jurisprudence française se justifiait, car « *la loi de l'adoptant correspond vraisemblablement à la loi du pays dans lequel l'enfant sera appelé à vivre* »³⁰¹⁶. Ainsi, elle constituait « "la loi unique de l'adoption", *en ce sens qu'elle s'appliquait aussi bien aux effets qu'aux conditions de l'adoption, ce qui est un facteur de*

³⁰¹⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 725, n° 820.

³⁰¹¹ *Ibid.*

³⁰¹² *Ibid.*

³⁰¹³ *Ibid.*

³⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 726, n° 820.

³⁰¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 1984, *Torlet*, n° 83-12897, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 533, note M. Simon-Depitre ; *JDI* 1985, p. 434, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1985, p. 459, note E. Poisson-Drocourt ; *Deffrénois* 1985, p. 1006, obs. J. Massip ; *GADIP*, n° 67.

³⁰¹⁶ J. Foyer, « Adoption », *préc.*, n° 113.

simplification non négligeable »³⁰¹⁷. L'une des difficultés à laquelle cette solution mène est celle de la détermination de la loi applicable à l'adoption lorsque celle-ci est demandée par deux personnes et non par un adoptant unique. L'application de la directive de l'arrêt *Torlet* ne pose pas de difficulté lorsque le couple est de même nationalité. Leur loi nationale commune sera alors applicable. En réalité, la question de la loi applicable aux conditions de l'adoption dans un couple marié avait déjà été traitée par les juges du fond³⁰¹⁸. À défaut de nationalité commune, la loi applicable sera celle qui régit les effets du mariage³⁰¹⁹. En consacrant la loi nationale de l'adoptant ou la loi des effets du mariage dans le cadre d'une adoption par un couple marié, la jurisprudence ferme l'adoption lorsque les requérants sont d'une nationalité qui prohibe l'adoption. Faisait une exacte application de ce constat, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré qu'un enfant marocain ne pouvait être adopté par des époux de nationalité marocaine³⁰²⁰.

De manière résiduelle, l'arrêt *Torlet* prend également en compte la loi de l'adopté. En effet, la Cour de cassation énonce que « *la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté* ». La prise en compte de la loi de l'adopté « *se justifiait non seulement par l'idée que l'adoption concerne aussi et peut-être principalement l'enfant, mais encore par le souci de régulariser la sortie de l'enfant hors de son pays d'origine* »³⁰²¹. Cette solution n'est pas exempte de critiques dans la mesure où « *la référence à la loi de l'adopté pour régir le consentement à l'adoption et la représentation de l'adopté est inutilisable lorsque la loi de l'adopté ignore l'adoption* »³⁰²². En réalité, la solution ne semblait pas respectueuse du contenu de loi étrangère.

Le troisième enseignement de l'arrêt *Torlet* a trait à la portée du consentement. En effet, la Cour de cassation énonce que « *lorsque le consentement à l'adoption par un Français d'un*

³⁰¹⁷ J. Foyer, « Adoption », préc., n° 113.

³⁰¹⁸ V. par exemple : CA Paris, 8 déc. 1977, *Rev. crit. DIP* 1978, p. 684, note J. Foyer ; *D.* 1978, p. 235, note E. Poisson-Drocourt.

³⁰¹⁹ Afin de déterminer la loi applicable aux effets du mariage, le droit international privé français retient un système hiérarchisé. Si les époux sont de même nationalité, leur loi nationale commune est applicable. À défaut de nationalité commune, la loi applicable est celle du domicile commun des époux. Il convient de se référer aux arrêts *Rivière* (Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, préc.) et *Lewandowski* (Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1955, *Lewandowski*, préc.). Ces arrêts rendus en matière de divorce ont été étendus aux effets du mariage, plus précisément à l'obligation alimentaire, par l'arrêt *Chemouni* (Cass. 1^{ère} civ., 19 févr. 1953, *Chemouni*, préc.). Enfin, à défaut de domicile commun, est appliquée la loi du for, c'est-à-dire la loi française (Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1961, *Tarwid*, préc.).

³⁰²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1999, n° 97-20345, *Defrénois* 2000, p. 699, obs. M. Revillard ; *Defrénois* 2000, p. 660, note J. Massip ; *Dr. fam.* 2000, p. 15, note P. Murat ; *JDI* 2000, p. 737, note F. Monéger.

³⁰²¹ J. Foyer, « Adoption », préc., n° 118.

³⁰²² H. Gaudemet-Tallon, « Le droit français de l'adoption internationale », *RID comp.*, 1990, vol. 42, n° 2, p. 567, spéc. p. 580.

enfant étranger ne précise pas en considération de quel type d'adoption il a été donné, ce consentement vaut pour l'une ou l'autre des formes d'adoption que connaît le droit français ». Cette règle matérielle³⁰²³ posée par le juge présentait « *l'avantage de la simplicité : elle évite au juge toute recherche sur la façon dont la loi personnelle de l'adopté conçoit l'adoption et permet de prononcer en France une adoption plénière quand bien même cette loi ne connaîtrait qu'une adoption simple* »³⁰²⁴. Néanmoins, elle n'était pas exempte d'ambiguïté. « *Donnait-elle au juge le pouvoir de choisir entre les deux quelle que soit la demande des parents ? Ou signifiait-elle que ces derniers choisissaient le type d'adoption qui s'imposerait au juge* »³⁰²⁵ ? En outre, l'imprécision de cette règle a vite montré ses limites. En effet, selon Monsieur le Professeur Jacques Foyer, « *elle ne pouvait intervenir que si la loi étrangère de l'adopté connaissait au moins une forme d'adoption. Elle n'était d'aucune utilité pratique dans l'hypothèse plus fréquente où la loi étrangère de l'adopté ne connaît aucune des formes françaises d'adoption ou ce qui est plus grave interdit l'adoption* »³⁰²⁶.

1046. La Cour de cassation, dans un arrêt *Pistre*³⁰²⁷ en date du 31 janvier 1990, vient préciser la solution dégagée dans l'arrêt *Torlet*. Elle considère que « *le contenu même du consentement - savoir s'il a été donné en vue d'une adoption simple ou d'une adoption plénière - doit être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté, le juge français devant s'attacher à la volonté, expresse ou présumée, de la personne qui a consenti* ». La Haute juridiction confirme la règle matérielle initiée dans l'arrêt *Torlet* prévoyant que l'adoption est prononcée au seul vu du consentement du représentant légal de l'enfant sans tenir compte de sa loi personnelle et affirme, en sus, que « *le consentement n'est plus un blanc-seing donné à l'une des deux formes d'adoptions consacrées en droit français* »³⁰²⁸. En effet, le choix entre adoption plénière ou simple est en fonction de l'étendue du consentement pour lequel la Cour se contente d'une volonté expresse ou présumée. Comme le souligne Madame le Professeur Horatia Muir-Watt, la Cour de cassation s'efforce « *de modérer les excès* » de l'arrêt *Torlet* « *sans pour autant se départir d'une attitude favorable au prononcé de l'adoption*

³⁰²³ Cf. *supra* n° 411.

³⁰²⁴ H. Gaudemet-Tallon, « Le droit français de l'adoption internationale », art. préc., spéc. p. 580.

³⁰²⁵ J. Foyer, « Adoption », préc., n° 135.

³⁰²⁶ *Ibid.*, n° 136.

³⁰²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1990, *Pistre*, n° 87-18955, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 519, note E. Poisson-Drocourt ; *JCP* 1991, II, 21365, note H. Muir Watt ; *D.* 1991, p. 105, note F. Boulanger ; *Gaz. Pal.* 1990, n° 2, p. 481, note B. Sturlèse, *Defrénois* 1990, p. 961, obs. J. Massip ; *GADIP*, n° 68.

³⁰²⁸ M. Revillard, « Adoption. - Adoption internationale », préc., n° 14.

plénière »³⁰²⁹. Ainsi, « le consentement non causé ne joue plus automatiquement en faveur de l'adoption plénière ; l'essentiel est de vérifier que la mère biologique a consenti en connaissance de cause à ce qu'opèrent les effets radicaux de l'adoption plénière »³⁰³⁰. À ce stade, la Cour de cassation « se montrait peu regardante sur la qualité du consentement exigé »³⁰³¹. C'est la raison pour laquelle, dans l'arrêt *Moreau*³⁰³² du 1^{er} juin 1994, la Cour de cassation est venue préciser qu'il est nécessaire de « vérifier que le consentement donné par l'adopté ou son représentant légal l'a été en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à cette institution et, notamment dans le cas d'adoption en forme plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture des liens qui unissent l'enfant à sa famille par le sang ».

1047. L'arrêt *Fanthou*³⁰³³ du 10 mai 1995 vient confirmer et amplifier la jurisprudence *Torlet-Pistre* en décidant que « deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe, cette institution, à la condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas d'adoption en forme plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et sa famille par le sang ou les autorités de tutelle de son pays d'origine ». Aux termes de cette jurisprudence, l'adoption d'un enfant étranger était possible même si sa loi nationale prohibait cette institution à condition que le représentant légal ait consenti en pleine connaissance de cause.

1048. La circulaire du 16 février 1999³⁰³⁴ a remis en cause cette jurisprudence. Il est affirmé que « la règle de solution du conflit de lois qui renvoie à la loi personnelle de l'adopté en matière de consentement conduit à considérer que l'adoption n'est pas possible lorsque cette loi interdit l'adoption »³⁰³⁵. En effet, « compte tenu de la prohibition qu'elle pose, la loi étrangère ne comporte [...] aucune désignation des personnes habilitées à consentir, ni des formes selon lesquelles le consentement doit être recueilli »³⁰³⁶. La solution posée par la

³⁰²⁹ H. Muir-Watt, « L'adoption d'enfants étrangers (Regard sur l'évolution récente de la jurisprudence française) », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, 1993, p. 147 et s., spéc. p. 151.

³⁰³⁰ *Ibid.*

³⁰³¹ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 619.

³⁰³² Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1994, *Moreau*, n° 92-18.057, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 654, note H. Muir Watt ; *D.* 1995, p. 261, note E. Poisson-Drocourt.

³⁰³³ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995, *Fanthou*, n° 93-17634, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 547, note H. Muir-Watt ; *JDI* 1999, p. 623, note F. Monéger ; *D.* 1995, p. 544, note V. Larribau-Terneyre ; *Defrénois* 1991, p. 331, obs. J. Massip.

³⁰³⁴ Circ. du 16 févr. 1999 relative à l'adoption internationale, préc.

³⁰³⁵ Art. 1.2.1.2. de la Circ. du 16 févr. 1999 relative à l'adoption internationale, préc.

³⁰³⁶ *Ibid.*

circulaire est plus nuancée lorsque la loi étrangère ignore l'adoption. Dans cette hypothèse, il convient de « *s'assurer que la famille mais aussi les autorités locales, seules à même d'établir que l'adoption n'est pas contraire à leur droit, ont été dûment avisées du recueil de l'enfant ainsi que du projet d'adoption à l'étranger et qu'elles ont manifesté leur accord* »³⁰³⁷. La circulaire du 16 février a vivement été critiquée par la doctrine³⁰³⁸ et a inquiété les associations de parents adoptifs qui ont saisi le Conseil d'État afin de faire annuler le texte. Dans une décision du 27 novembre 2000³⁰³⁹, ce dernier a rejeté le recours pour excès de pouvoir considérant que la circulaire était dépourvue de caractère réglementaire. À cette fin, le Conseil d'État se fonde sur les pouvoirs attribués aux destinataires de la circulaire que sont les procureurs généraux, procureurs de la République et magistrats du parquet. Il relève que les seuls pouvoirs dont ils disposent sont de transmettre au tribunal les demandes d'adoption qui leur ont été adressées directement par le requérant, d'émettre un avis sur la légalité de l'adoption lorsque le tribunal examine la demande et d'exercer les voies de recours à l'encontre des jugements d'adoption.

1049. Cette circulaire, « *controversée, a suscité des réactions négatives des tribunaux vis-à-vis de l'adoption internationale, rendant nécessaire l'intervention du législateur* »³⁰⁴⁰. C'est, ainsi, que ce dernier est intervenu par une loi du 6 février 2001³⁰⁴¹ relative à l'adoption internationale.

II. L'intervention législative : la loi du 6 février 2001

1050. Fidèle à l'esprit de la jurisprudence construite avant la loi du 6 février 2001, le législateur français a conservé la compétence principale de la loi nationale de l'adoptant (A) tout en réservant une place résiduelle à la loi nationale de l'adopté (B).

A. La compétence principale de la loi nationale de l'adoptant

1051. En son alinéa 1^{er}, l'article 370-3 du Code civil issu de la loi du 6 février 2001 dispose que « *les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe* ». Le législateur

³⁰³⁷ Art. 1.2.1.2. de la Circ. du 16 févr. 1999 relative à l'adoption internationale, préc.

³⁰³⁸ V. notamment : H. Muir Watt, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? », *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 469 ; J. Rubellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XX^e siècle », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle - Etudes offertes à Pierre Catala*, op. cit., p. 341 et s., spéc. p. 341.

³⁰³⁹ CE, 27 nov. 2000, *Mme Ohayon*, n° 208555, D. 2001, p. 2795, obs. V. Godron.

³⁰⁴⁰ M. Revillard, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *Deffrénois*, 2001, p. 533.

³⁰⁴¹ L. n° 2001-111 du 6 févr. 2001 relative à l'adoption internationale, préc.

a repris la directive posée par la jurisprudence en soumettant les conditions de l'adoption à la loi nationale de l'adoptant (A). Cependant, ce principe est assorti d'un tempérament lorsque l'adoption demandée par des époux est prohibée par la loi nationale de chacun d'eux (B).

1. Les conditions de l'adoption soumises à la loi nationale de l'adoptant

1052. Dans le prolongement de la jurisprudence précédente, le législateur français soumet les conditions de l'adoption à la loi nationale de l'adoptant. En outre, le législateur vient régler l'hypothèse où l'adoption est demandée par un couple marié en donnant compétence à la loi qui régit les effets de leur union. Si cette compétence était déjà reconnue en jurisprudence et approuvée par la doctrine, le législateur a pris le parti de la clarifier. Pour autant, il n'a pas précisé quelle était cette loi. Il convient donc de s'en tenir aux enseignements des jurisprudences *Rivière*³⁰⁴² et *Tarwid*³⁰⁴³ à savoir, la compétence de la loi nationale commune, à défaut la loi du domicile commun et à défaut, la loi du for.

1053. En visant explicitement « deux époux », l'article 370-3, alinéa 1^{er} du Code civil exclut du bénéfice de l'adoption les couples n'étant pas unis par les liens du mariage. De fait, les couples de concubins et les couples liés par un partenariat enregistré ne peuvent adopter un enfant étranger. Ainsi, « l'article 370-3 du Code civil témoigne des liens étroits qui existent entre droit interne et droit international privé »³⁰⁴⁴. En effet, en droit interne la demande d'adoption ne peut émaner que d'un couple marié ou d'un célibataire³⁰⁴⁵. La position prise par le législateur français est en adéquation avec la Convention de La Haye du 29 mai 1993 qui vise, en son article 2, alinéa 1^{er}, uniquement les adoptions demandées par des époux ou par une personne seule. Il est donc possible d'affirmer que « la référence à la loi des "époux" semble proscrire a contrario le prononcé de l'adoption par deux concubins ou deux pacsés »³⁰⁴⁶. Le législateur français « laisse ainsi entendre que ces deux interdictions internes composent une sorte d'ordre public international s'opposant à l'application en France des lois étrangères qui y seraient contraires »³⁰⁴⁷. Ce point de vue est, néanmoins, discutable dans la mesure où il ne faut pas « oublier la dimension internationale du rapport litigieux »³⁰⁴⁸. Contrairement à la France, certaines législations étrangères ouvrent l'adoption aux couples non mariés³⁰⁴⁹. Ainsi,

³⁰⁴² Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, préc.

³⁰⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1961, *Tarwid*, préc.

³⁰⁴⁴ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », préc., n° 22.

³⁰⁴⁵ Art. 348 et 348-1 du Code civil.

³⁰⁴⁶ J. Foyer, « Adoption », préc., n° 196.

³⁰⁴⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 526, n° 548.

³⁰⁴⁸ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », préc., n° 27.

³⁰⁴⁹ *Ibid.* L'auteur cite les États suivants : Espagne, Brésil, Colombie, Québec, Pays-Bas et Belgique.

il aurait été possible d'envisager un élargissement des catégories du for³⁰⁵⁰ ; il s'agit, alors, « *de découvrir une communauté de nature ou de fonction entre les institutions étrangères et les institutions du for* »³⁰⁵¹. Il serait nécessaire d'adapter le facteur de rattachement. Comme le souligne Madame le Professeur Sara Godechot-Patris, en présence de concubins de même nationalité, il conviendrait d'appliquer leur loi nationale commune ; à défaut de nationalité commune, la compétence reviendrait à la loi de leur domicile commun³⁰⁵². Néanmoins, un obstacle serait difficilement franchissable même si la loi applicable autorisait l'adoption conjointe par des concubins. En effet, peu importe le contenu de la loi étrangère, « *les règles du droit français sur l'agrément en vue d'une adoption, devront être respectées lorsque l'adoption est demandée en France* »³⁰⁵³. Or, « *même si la vie commune est prise en considération pour l'obtention d'un agrément, l'agrément n'est, en principe, donné qu'à un membre du couple non marié qui pourra seul bénéficier de l'adoption. Il ne peut pas être donné aux membres du couple pour une adoption conjointe* »³⁰⁵⁴. En définitive, une interprétation extensive de l'article 370-3, alinéa 1^{er} du Code civil à l'égard des couples de concubins ou de partenaires ne peut aboutir.

1054. Par la loi du 6 février 2001, le législateur français est venu apporter un tempérament à une hypothèse bien particulière : celle où deux époux de nationalité différente dont les lois nationales prohibent l'adoption se voient appliquer la loi de leur domicile commun - en tant que loi des effets de leur union – qui, à l'inverse, autorise l'adoption.

2. *Le tempérament fondé sur la prohibition de l'adoption par la loi nationale des époux*

1055. L'article 370-3, alinéa 1^{er} du Code civil ajoute que l'adoption ne peut être prononcée si la loi personnelle de l'un et l'autre des époux la prohibe. Ce tempérament a été adopté par le législateur français afin de parfaire la règle de conflit de lois dans l'hypothèse où l'adoption est demandée par des époux de nationalité différente prohibitive, mais résidant dans un État permissif. Cette règle a pour objectif d'éviter de prononcer des adoptions boiteuses qui ne seraient pas reconnues si les époux rentrent dans leur pays d'origine. « *Cette considération est pertinente si les adoptants ont conservé des liens étroits avec leur pays national de sorte que l'enfant pourrait être amené à y revendiquer un jour ou l'autre le lien de filiation créé par*

³⁰⁵⁰ Cf. *supra* n° 190.

³⁰⁵¹ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », préc., n° 27.

³⁰⁵² *Ibid.*

³⁰⁵³ F. Monéger, « L'adoption internationale et les concubins », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, op. cit., p. 567 et s., spéc. p. 571.

³⁰⁵⁴ *Ibid.*

l'adoption »³⁰⁵⁵. Ainsi, comme le relève Madame le Professeur Béatrice Bourdelois, il est possible de regretter « *l'absence de souplesse de la règle française qui ne permet pas d'envisager un traitement différent en présence d'une émigration définitive dans le pays d'accueil* »³⁰⁵⁶. Cependant, « *abandonner au juge le soin de déterminer au cas par cas si les intéressés ont ou non conservé suffisamment de liens avec leur État d'origine pour décider de la prise en compte de la loi personnelle des intéressés n'est pas satisfaisant en termes de sécurité juridique* »³⁰⁵⁷.

1056. Ce tempérament n'a « *d'effet propre qu'en cas de nationalité différente des époux et de similitude de fond entre leurs lois, tandis que la loi du domicile permettrait l'adoption* », car « *en cas de nationalité commune, l'impossibilité s'appliquera de plein droit dans tous les cas* »³⁰⁵⁸. Comme le souligne Monsieur le Professeur Pierre Lagarde, « *le respect manifesté par le législateur à l'égard de la loi des adoptants n'est pas sans limites* » puisque « *c'est seulement lorsque les lois nationales de chacun des époux prohibent toutes deux l'adoption que celle-ci ne pourra être prononcée en France* »³⁰⁵⁹. Ainsi, « *pourront être prononcées les adoptions par des adoptants [...] qui, de nationalités différentes, sont domiciliés en France alors même que la loi personnelle de l'un d'eux prohiberait l'institution (cas d'un couple franco-algérien)* »³⁰⁶⁰. À l'instar de Madame le Professeur Sara Godechot-Patris, il est possible de voir dans cette règle « *des degrés dans le caractère boiteux d'une adoption* » dans la mesure où « *il suffit que l'adoption puisse être reconnue dans un des deux États pour qu'il soit passé outre la loi prohibitive* »³⁰⁶¹. Cette solution semble légitime et s'explique, notamment, par le fait que le conjoint étranger peut acquérir la nationalité française³⁰⁶². Cependant, cette remarque mérite d'être nuancée. De plus, « *l'empêchement à l'adoption n'existe que lorsque la loi nationale de l'un et l'autre époux la "prohibe". En faisant le choix de ce verbe, le législateur a fait sienne la distinction [...] entre les législations qui prohibent l'adoption et celles qui ne la connaissent pas* »³⁰⁶³. Si cette différence « *peut sembler paradoxale* », en réalité, « *elle ne l'est peut-être pas autant qu'on pourrait le penser* »³⁰⁶⁴. En effet, « *si une adoption française est invoquée dans*

³⁰⁵⁵ B. Bourdelois, « L'adoption internationale », *TCFDIP*, 2000-2002, p. 139, spéc. p. 149.

³⁰⁵⁶ *Ibid.*

³⁰⁵⁷ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », préc., n° 27.

³⁰⁵⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 728, n° 822.

³⁰⁵⁹ P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 275.

³⁰⁶⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 525, n° 547.

³⁰⁶¹ S. Godechot-Patris, « Adoption. - Conflit de lois », préc., n° 29.

³⁰⁶² E. Poisson-Drocourt, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », *D.*, 2001, p. 1404.

³⁰⁶³ P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », art. préc.

³⁰⁶⁴ J. Foyer, « Adoption », préc., n° 201.

un pays qui ne connaît pas ce mode d'établissement de filiation, on peut espérer une tolérance de la part de ce pays qui n'existera pas dans un pays qui ne tolère pas l'adoption »³⁰⁶⁵.

1057. La loi du 6 février 2001 s'est efforcée de tenir compte dans une moindre mesure de la loi nationale de l'adopté. Si cette dernière n'a aucune compétence quant aux conditions de l'adoption, elle est, néanmoins, apte à déterminer l'adoptabilité de l'enfant.

B. La compétence résiduelle de la loi nationale de l'adopté

1058. Rompant avec la jurisprudence *Fanthou*³⁰⁶⁶, le législateur français a clairement affirmé qu'un mineur dont la loi nationale prohibe l'adoption ne peut être adopté en France. Ainsi, un équilibre entre le respect du droit étranger et l'intérêt de l'enfant a été recherché (1). De plus, la loi du 6 février 2001 a pris le parti de poser une règle matérielle quant au consentement à l'adoption (2) la détachant alors de toute référence aux lois nationales des intéressés.

1. La recherche d'un équilibre entre respect du droit étranger et intérêt de l'enfant

1059. L'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil dispose que « *l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France* ». Soucieux de respecter la teneur des droits étrangers, le législateur a rompu avec la jurisprudence construite avant la loi du 6 février 2001 en posant le principe de l'inadoptabilité du mineur de statut prohibitif. Cette règle restrictive a, néanmoins, été assortie d'un tempérament résidant dans la proximité entre le mineur et le *for* (a). L'application de l'article 370-3 du Code civil a suscité une importante jurisprudence dans l'hypothèse d'une *kafala* consacrée dans les pays de droit musulman (b).

a. La prohibition de l'adoption par la loi personnelle du mineur tempérée par la proximité le liant au for

1060. L'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil invite à consulter la loi nationale de l'adopté uniquement afin de vérifier que celle-ci ne prohibe pas l'adoption. Dans la négative, la loi compétente afin de régir les conditions de l'adoption sera la loi nationale de l'adoptant telle que déterminée par l'alinéa 1^{er} du même article. Reprenant la directive posée par la circulaire du 16 février 1999³⁰⁶⁷, l'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil a suscité de vives

³⁰⁶⁵ J. Foyer, « Adoption », préc., n° 201.

³⁰⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995, *Fanthou*, n° 93-17634, préc.

³⁰⁶⁷ Circ. du 16 févr. 1999 relative à l'adoption internationale, préc.

réactions doctrinales. Cependant, le bien-fondé de la règle peut se justifier à plusieurs égards. En premier lieu, comme le souligne Madame le Professeur Elisabeth Poisson-Drocourt, la règle adoptée par le législateur permet de respecter la souveraineté du pays étranger et de ne pas imposer unilatéralement la conception française de prise en charge d'un enfant³⁰⁶⁸. Cependant, en réalité, « *il n'est pas question d'imposer aux pays qui n'en veulent pas l'admission dans leur droit d'une institution reconnue par la France* »³⁰⁶⁹. Ensuite, le tempérament évite la création de situations boiteuses dans la mesure où l'adoption prononcée en France en méconnaissance de la loi étrangère prohibitive de l'adopté se heurterait au refus de reconnaissance dans l'État d'origine de celui-ci. Cette justification mérite, néanmoins, d'être tempérée dans la mesure où « *il ne s'agit que d'un effet géographiquement relatif, et il est sans doute statistiquement rare que les enfants [...] adoptés par des Français retournent vivre dans leur pays d'origine* »³⁰⁷⁰. Enfin, le respect de la loi nationale de l'adopté s'imposerait au regard des principes contenus dans la convention de La Haye du 29 mai 1993. En effet, en son article 4, elle prévoit que « *les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine [...] ont établi que l'enfant est adoptable* ». Même si la « *Convention ne s'applique qu'entre États contractants, et que les États prohibant l'adoption n'y sont pas parties* »³⁰⁷¹, comme le relève Monsieur le Professeur Pierre Lagarde, il serait incohérent d'adopter, en droit commun, des solutions qui seraient radicalement contraires au droit conventionnel³⁰⁷². Néanmoins, cette justification mérite d'être nuancée, car « *la notion d'État d'origine dans la convention de La Haye désigne l'État de la résidence de l'enfant avant son déplacement en vue de l'adoption parce que c'est cet État qui prend en charge tous les enfants abandonnés ou en voie de l'être sur son territoire et qu'on ne se soucie guère de la nationalité de l'enfant* »³⁰⁷³. En réalité, « *le principal reproche fait à la loi de 2001 est de sacrifier l'intérêt de l'enfant à celui des États* »³⁰⁷⁴. Il peut sembler regrettable que la règle prévue à l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil « *condamne un enfant abandonné à ne pas trouver de famille d'accueil*

³⁰⁶⁸ V. en ce sens : E. Poisson-Drocourt, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », art. préc.

³⁰⁶⁹ J. Rubellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XX^e siècle », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle - Etudes offertes à Pierre Catala*, op. cit., p. 341 et s., spéc. p. 350.

³⁰⁷⁰ *Ibid.*

³⁰⁷¹ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », préc., n° 50.

³⁰⁷² P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », art. préc.

³⁰⁷³ B. Bourdelois, « L'adoption internationale », art. préc., spéc. p. 151.

³⁰⁷⁴ J. Foyer, « Adoption », préc., n° 208.

en application d'une loi à propos de laquelle loi et jurisprudence ont reconnu le peu de titre à régir la question »³⁰⁷⁵.

1061. Le domaine d'application de la prohibition posée par l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil mérite des précisions. La prise en considération de la loi nationale prohibitive de l'adopté ne joue que si ce dernier est mineur. La minorité est appréciée selon la loi personnelle de l'adopté. À l'inverse, si l'intéressé est majeur, il peut être passé outre sa loi nationale et l'adoption sera possible. Ainsi, la Cour d'appel d'Amiens a considéré que les dispositions de l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil n'étaient pas applicables aux conditions de l'adoption d'un jeune homme de nationalité algérienne majeur à la date de la requête en adoption simple³⁰⁷⁶. La Cour de cassation retient la même solution en affirmant, dans un arrêt en date du 6 avril 2011³⁰⁷⁷, que les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil visent exclusivement le mineur étranger. La loi nationale de l'adopté n'est prise en considération que si celle-ci prohibe toute forme d'adoption. *A contrario*, une loi étrangère qui ignorerait l'adoption ou l'organiserait selon des modalités différentes ne serait pas un obstacle au prononcé de l'adoption. De même, la prise en compte de la prohibition de l'adoption par la loi personnelle de l'enfant se limite au principe même de l'adoption et ne porte pas sur le type d'adoption. Ainsi, si la loi personnelle de l'enfant ne permet qu'une adoption simple, cela n'empêche pas le tribunal français de prononcer une adoption plénière, en application de la loi personnelle des adoptants³⁰⁷⁸.

1062. Cependant, « *lorsque l'enfant vit depuis de nombreuses années dans un pays étranger pays qui est devenu son pays de résidence où il restera très probablement à sa majorité, la référence à sa loi nationale qui lui interdit l'adoption devient alors moins pertinente* »³⁰⁷⁹. C'est la raison pour laquelle le législateur français a assorti la règle de l'inadoptabilité du mineur de statut prohibitif d'un tempérament fondé sur la proximité liant l'enfant au for, plus précisément lorsque celui-ci est né et résidence habituellement en France. En cette hypothèse, l'adoption sera possible dans la mesure où « *l'entorse à la compétence de la loi nationale est limitée, l'enfant ayant vocation [...] à devenir français* »³⁰⁸⁰. En effet, selon

³⁰⁷⁵ B. Bourdelois, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 347, p. 3.

³⁰⁷⁶ CA Amiens, 5 mai 2004, n° 03/4374, *Dr. fam.* 2005, comm. 199, note M. Farge.

³⁰⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-30.821, *Dr. fam.* 2011, p. 98, note C. Neirinck ; *AJ fam.* 2011, p. 319, obs. A. Boiché.

³⁰⁷⁸ P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », art. préc.

³⁰⁷⁹ F. Monéger, « Le prononcé d'une adoption en France, les règles de conflits énoncées par la loi du 6 février 2001 », *RID comp.*, vol. 55, n° 4, octobre-décembre 2003, p. 819, spéc. p. 829.

³⁰⁸⁰ J. Foyer, « Adoption », préc., n° 212.

l'article 21-7 du Code civil, « *tout étranger né en France de parents étrangers peut, à partir de l'âge de seize ans et jusqu'à l'âge de vingt et un ans, acquérir la nationalité française à condition qu'il en manifeste la volonté, qu'il réside en France à la date de sa manifestation de volonté et qu'il justifie d'une résidence habituelle en France pendant les cinq années qui la précèdent* ». Ainsi, « *l'exception [...] permet seulement d'anticiper l'application exclusive de la loi française à la demande en adoption* »³⁰⁸¹. Ce tempérament mérite d'être analysé comme « *la première application législative française de ce que la doctrine dénomme l'ordre public de proximité* »³⁰⁸² »³⁰⁸³. La loi normalement compétente - la loi nationale de l'adopté - se trouve évincée au profit de la loi française.

1063. Le bien-fondé de cette règle n'a jamais été contesté par la doctrine. Néanmoins, il a été reproché la timidité de la disposition législative. La question porte notamment sur le fait de savoir s'il était nécessaire de faire de la naissance en France une condition. La seule résidence habituelle en France aurait-elle été suffisante à faire échec à la prohibition édictée par la loi nationale de l'adopté ? Dans cette hypothèse, la principale crainte est l' « *incitation à provoquer frauduleusement le déplacement en France de l'enfant* » et, par conséquent, de susciter « *un contentieux sur les conditions dans lesquelles la venue en France de l'enfant s'est produite* »³⁰⁸⁴. Cependant, même si « *la notion de résidence habituelle est discutée, que la durée nécessaire pour établir cette résidence l'est aussi [...], cette notion est aujourd'hui utilisée dans toutes les conventions de La Haye en matière familiale* »³⁰⁸⁵. De plus, dans l'hypothèse bien particulière de l'adoption d'un enfant étranger, le lieu de naissance de celui-ci « *peut être fortuit, le lieu de sa résidence habituelle, le lieu où il vit de façon durable, l'est beaucoup moins* »³⁰⁸⁶. Néanmoins, comme le notent Messieurs les Professeurs Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, la règle adoptée par le législateur français présente « *l'avantage d'assurer un meilleur équilibre entre [...] deux séries de considérations de politique législative* »³⁰⁸⁷. Il s'agit d'une part, d'assurer le respect des origines de l'adopté et la teneur de la loi étrangère au nom de l'intérêt du mineur et de la coopération internationale et d'autre part,

³⁰⁸¹ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », préc., n° 64.

³⁰⁸² Cf. *supra* n° 524 et s.

³⁰⁸³ M. Josselin-Gall, « L'adoption internationale : changement de logique », *JCP N*, n° 17, 26 avr. 2002, p. 1255, spéc. n° 28.

³⁰⁸⁴ P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », art. préc.

³⁰⁸⁵ F. Monéger, « Le prononcé d'une adoption en France, les règles de conflits énoncées par la loi du 6 février 2001 », art. préc., spéc. p. 829.

³⁰⁸⁶ *Ibid.*

³⁰⁸⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 530, n° 552.

de répondre aux attentes affectives et sociales d'adoptants en quête d'enfant et d'adoptés à la recherche d'une famille dont ils sont démunis³⁰⁸⁸.

1064. L'article 370-3, alinéa 2 du Code civil a, notamment, entraîné des difficultés d'application en jurisprudence pour les mineurs de nationalité algérienne et marocaine. L'institution inconnue du droit français qu'est la *kafala* - souvent décrite comme un substitut de l'adoption prohibé dans ces pays - a suscité une importante jurisprudence quant au sort à réserver aux enfants recueillis en France.

b. La jurisprudence spécifique relative à la kafala

1065. La *kafala* est une institution de droit musulman qui tempère les conséquences de la prohibition de l'adoption trouvant son origine dans le Coran³⁰⁸⁹. Cette prohibition est affirmée par l'article 46 du Code de la famille algérien qui dispose que « *l'adoption (Tabanni) est interdite par la chari'a et la loi* ». De même, selon l'article 149 du Code de la famille marocain, autrement appelé la *moudawana* prévoit que « *l'adoption (Attabani) est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime* ». La *kafala* est souvent présentée comme une alternative à l'adoption et peut être définie comme « *une mesure légale d'accueil d'un enfant n'emportant aucun effet sur sa filiation d'origine* »³⁰⁹⁰. Autrement dit, il s'agit d'une « *institution de substitution pour la protection de l'enfant* »³⁰⁹¹. Selon l'article 116 du Code de la famille algérien, il s'agit de l'engagement - du *kafil* - de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur - le *maklouf* - au même titre que le ferait un père pour son fils. En droit marocain, la *kafala* est définie comme « *l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant. La kafala ne donne pas de droit à la filiation ni à la succession* »³⁰⁹². Il s'agit d'une institution contractuelle dont les droits et obligations sont liés à la volonté des parties contractantes³⁰⁹³. De manière générale, le *kafil* doit assurer la protection et l'éducation du *maklouf*, est chargé de l'administration légale de ses biens et en est civilement responsable. La *kafala* permet même, parfois, au *kafil* de transmettre son nom au *maklouf* et de l'instituer héritier. Cette institution peut concerner un

³⁰⁸⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 530, n° 552.

³⁰⁸⁹ V. pour de plus amples développements sur ce point : H. Fulchiron, « Adoption sur kafala ne vaut », *D.*, 2007, p. 816.

³⁰⁹⁰ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », *préc.*, n° 58.

³⁰⁹¹ M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, *op. cit.*, p. 401, n° 697.

³⁰⁹² Maroc, Dahir n° 1-02-172 du 13 juin 2002 portant promulgation de la loi n°15-01 relative à la prise en charge (la kafala) des enfants abandonnés, art. 2.

³⁰⁹³ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », *préc.*, n° 58.

enfant ayant une famille qui y consent, un enfant dont les parents ont été déchus de leurs droits parentaux ou, et c'est l'hypothèse qui intéresse notre propos, un enfant sans lien de filiation établi ou abandonné³⁰⁹⁴. La *kafala* peut être assumée par des époux ou par une personne seule à condition que celle-ci soit de confession musulmane. Il est évident qu'un enfant ne sera jamais confié à un couple marié impliquant deux personnes de même sexe dans la mesure où les États de droit musulman prohibent l'homosexualité. Néanmoins, il est possible d'envisager l'hypothèse où un Français de confession musulmane, ne dévoilant pas son homosexualité, recueille un enfant en *kafala*. En effet, les obstacles pratiques pour un couple de personnes de même sexe à recourir à une adoption conjointe que celle-ci soit interne ou internationale³⁰⁹⁵ et le coût financier d'une assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger ou du recours à une mère porteuse peuvent être un frein au désir d'enfant d'un couple homosexuel.

1066. « Depuis que des individus, issus de l'immigration et inscrits dans la catégorie des "adoptants français", ont élu le Maroc et l'Algérie comme pays d'adoption, la *kafala* a pris une dimension internationale »³⁰⁹⁶. Les ressortissants français désireux d'adopter un enfant étranger font face à la prohibition posée par les législations marocaines et algériennes et doivent se contenter d'une *kafala* afin de recueillir l'enfant. Dès lors qu'un élément d'extranéité est présent, la situation relève du droit international privé. Or, l'institution inconnue du droit français qu'est la *kafala* entraîne des difficultés quant à l'identification de sa catégorie de rattachement³⁰⁹⁷. Afin de déterminer la catégorie la plus adéquate, il convient « d'analyser l'institution dans son milieu d'origine afin d'en dégager les éléments essentiels pour la classer ensuite dans les catégories du for »³⁰⁹⁸. Autrement dit, « c'est plus à la fonction remplie par l'institution étrangère qu'à sa nature qu'il convient de s'attacher »³⁰⁹⁹. Un rattachement à la catégorie statut personnel semble concevable dans la mesure où « la *kafala* tend à instaurer un mode de protection de l'enfant et met en place une relation inter-personnelle entre l'enfant et la kalif »³¹⁰⁰. La doctrine s'est alors efforcée de rechercher une équivalence³¹⁰¹ entre la *kafala*

³⁰⁹⁴ P. Salvage-Gerest, « Adoption internationale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, op. cit., n° 224.42.

³⁰⁹⁵ Cf. *infra* n° 1077 et s.

³⁰⁹⁶ E. Barraud, « Adoption et *kafala* dans l'espace migratoire franco-maghrébin », *L'Année du Maghreb*, IV, 2008, p. 459, spéc. n° 18.

³⁰⁹⁷ V. sur ce point : S. Sana-Chaillé de Neré, « La *kafala* et le droit international privé : besoin de qualification », *Dr. fam.*, n° 1, janv. 2009, dossier 7.

³⁰⁹⁸ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », préc., n° 61.

³⁰⁹⁹ *Ibid.*

³¹⁰⁰ *Ibid.* L'auteur exclut la qualification contractuelle ; si elle peut se concevoir dans la mesure où la *kafala* repose sur un engagement de nature contractuelle, elle n'est pas souhaitable car le support de l'institution ne peut en gouverner la qualification.

³¹⁰¹ Sur la notion : V. Ph. Malaurie, « L'équivalence en droit international privé », *D.*, 1962, p. 215 ; J. Perroud, « La notion d'équivalence en droit international privé », *JDI*, 1937, p. 736 ; S. Godechot-Patris, « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 271.

et les institutions connues du droit du for. Selon Monsieur le Professeur Philippe Malaurie, il y a équivalence « *lorsque le juge estime que, malgré les différences de forme entre la règle étrangère et la règle française, il y a une similitude de résultats* »³¹⁰². Autrement dit, il s'agit de ne plus se préoccuper des divergences législatives pour réagir, mais de s'intéresser aux convergences pour agir³¹⁰³. Une équivalence a été recherchée entre *kafala* et tutelle³¹⁰⁴, d'une part et délégation d'autorité parentale³¹⁰⁵, d'autre part. Néanmoins, aucune des équivalences avec ces institutions connues du droit français ne peut convaincre. En effet, dans le cadre d'une tutelle, « *le tuteur [...] ne confère pas son nom au mineur, ne prend pas l'engagement de l'entretenir, ne lui transmet pas son patrimoine par succession* »³¹⁰⁶. De même, la délégation de l'autorité parentale « *suppose qu'il y ait une autorité à déléguer, donc des parents titulaires de celle-ci et susceptibles d'en reprendre l'exercice le cas échéant, ce qui n'est pas le cas d'un enfant sans parents ; par ailleurs le délégataire n'a aucunement l'obligation d'entretenir l'enfant et peut à tout moment demander au juge de mettre fin à la délégation* »³¹⁰⁷. Aussi, afin d'admettre une équivalence entre adoption et *kafala*, il convient de « *déterminer si tout comme l'adoption la kafala tend ou non à l'établissement d'un lien de filiation* »³¹⁰⁸. Or, la *kafala* n'étant qu'« *une prise en charge bénévole de l'entretien de l'enfant, de son éducation et de sa protection, exclusive de l'établissement de tout lien de filiation* »³¹⁰⁹, elle ne peut être assimilée à une adoption comme envisagé par le droit français que celle-ci soit simple ou plénière.

1067. Antérieurement à la loi du 6 février 2001, l'adoption d'un mineur de statut prohibitif était autorisée par la jurisprudence française³¹¹⁰. Cette position a été remise en question par l'article 370-3, alinéa 2 introduit dans le Code civil par la loi précitée. La seule issue afin que l'adoption d'enfants étrangers marocains ou algériens puisse être prononcée résidait dans l'assimilation de la *kafala* à l'adoption simple du droit français. En effet, une telle équivalence ferait alors échec à la prohibition posée le droit national du mineur. Postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, plusieurs juridictions du fond ont autorisé le

³¹⁰² Ph. Malaurie, « L'équivalence en droit international privé », art. préc.

³¹⁰³ C. Chabert, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Thèse, PUAM, 2001, p. 472, n° 991.

³¹⁰⁴ J.-M. Plazy, « La recherche d'équivalent : la tutelle », *Dr. fam.*, 2009, étude 10, p. 48.

³¹⁰⁵ A. Gouttenoire et M. Lamarche, « La recherche d'équivalent : l'autorité parentale », *Dr. fam.*, 2009, étude 9, p. 42.

³¹⁰⁶ P. Salvage-Gerest, « Adoption internationale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 224.42.

³¹⁰⁷ *Ibid.*

³¹⁰⁸ S. Godechot-Patris, « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », art. préc.

³¹⁰⁹ *Ibid.*

³¹¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995, *Fanthou*, n° 93-17634, préc. V. dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1997, n° 95-16.475, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 433, note H. Muir Watt ; *JCP* 1998. I. 151, obs. Y. Favier ; *LPA* 1998, p. 27, obs. J. Massip et les nombreuses décisions des juridictions du fonds citées par J. Foyer, « Adoption », préc., n° 141.

prononcé d'une adoption simple dans une telle hypothèse³¹¹¹. À l'inverse, d'autres juridictions ont refusé d'assimiler *kafala* et adoption simple³¹¹². Face à la résistance des juges du fonds, la première chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée par deux arrêts en date du 10 octobre 2006³¹¹³ rendus sur pourvoi dans l'intérêt de la loi. Les faits à l'origine des pourvois sont similaires. Les Cours d'appel ont prononcé l'adoption de deux mineurs, respectivement nés au Maroc de nationalité marocaine et en Algérie de nationalité algérienne, recueillis par *kafala*. Dans les deux cas, après avoir rappelé la teneur de l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil et les dispositions étrangères prohibant l'adoption, la Cour de cassation affirme que la *kafala* ne peut être assimilée à l'adoption simple pour considérer que les lois marocaine et algérienne autorisent l'adoption simple. Elle considère que la *kafala* ne crée aucun lien de filiation entre l'enfant et les personnes qui le prennent en charge, contrairement à l'adoption simple qui crée ce lien de filiation entre l'enfant et ses adoptants. Malgré la clarté de la solution adoptée par la Cour de cassation, certaines juridictions du fonds ont refusé de s'aligner sur cette position. Ainsi, la Cour de cassation a réitéré sa position à plusieurs reprises³¹¹⁴. La solution adoptée par la Haute juridiction semble « équilibrée » en ce que « l'intérêt de l'enfant n'exige nullement que soit prononcée une adoption à la française. Il exige seulement que l'enfant soit pris en charge de manière stable, afin que sa nouvelle famille, famille adoptive si des liens de filiation sont créés, famille d'accueil dans le cas contraire, puisse le protéger et l'éduquer »³¹¹⁵.

1068. Afin de limiter le « dogmatisme »³¹¹⁶ imposé par la jurisprudence de la Cour de cassation par stricte application de l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil, une solution a été recherchée dans l'acquisition de la nationalité française par l'enfant. La démarche consiste à affirmer que si l'enfant change de loi nationale en acquérant la nationalité française, il devient adoptable. Or, selon l'article 21-12 du Code civil, « l'enfant qui, depuis au moins trois années, est recueilli sur décision de justice et élevé par une personne de nationalité française » peut

³¹¹¹ CA Reims, 2 déc. 2004, n° 04/01178 ; CA Aix-en-Provence, 24 oct. 2006, n° 05/19774, JCP G 2007, II, 10073, note R. Verdout.

³¹¹² CA Amiens, 19 nov. 2003, n° 03/00633.

³¹¹³ Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2006, n°s 06-15.264 et 06-15.265, *AJ fam.* 2007, p. 32, obs. A. Boiché ; *JCP G* 2007, II, 10072, note M. Farge ; *Deffrénois* 2007, p. 135, note M. Revillard ; *JDI* 2007, p. 564, note C. Brière ; *JCP G* 2007, I, 170, n° 2, obs. J. Rubellin-Devichi ; *LPA* 2007, p. 10, note E. Kerkhove ; *D.* 2007, p. 816, note H. Fulchiron.

³¹¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2008, n° 07-20.279, *D.* 2008, p. 2144, obs. V. Egea ; *AJ fam.* 2008, p. 401, obs. A. Boiché ; *Deffrénois* 2008, p. 2181, obs. M. Revillard ; *JDI* 2009, p. 154, obs. E. Fongaro ; *Dr. fam.* 2008, p. 133, note M. Farge ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 829, obs. P. Lagarde ; Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2009, n° 08-10.034, *AJ fam.* 2009, p. 170, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2009, p. 308, obs. J. Hauser ; Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 2009, n° 08-11.033, *D.* 2009, p. 730, obs. V. Egea ; *JCP G* 2009, 10072, note A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2009, n° 82, note M. Farge ; *RTD civ.* 2009, p. 308, obs. J. Hauser ; Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2010, n° 09-10.439, *Dr. fam.* 2011, p. 62, note M. Farge ; *AJ fam.* 2011, p. 10, obs. B. Haftel ; *JCP G* 2011, n° 301, obs. T. Garé ; *JDI* 2011, p. 563, note C. Chalas ; *D.* 2011, p. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

³¹¹⁵ H. Fulchiron, « Adoption sur kafala ne vaut », art. préc.

³¹¹⁶ A. Boiché, « La kafala n'est pas une adoption », *AJ fam.*, 2007, p. 32.

réclamer la nationalité française³¹¹⁷. Cette possibilité a été confirmée par une réponse ministérielle du 30 août 2007 ; les dispositions prévues par l'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil « *prennent fin le jour où le mineur acquiert la nationalité française postérieurement à son arrivée en France, dans les conditions de l'article 21-12 du Code civil* »³¹¹⁸. De même, la Cour de cassation, dans un avis du 17 décembre 2012³¹¹⁹, reconnaît « *la possibilité de déclarer adoptable plénièrement un enfant d'origine étrangère ayant acquis la nationalité française par application de l'article 21-12 du Code civil alors même que la législation de son pays de naissance prohibe ladite adoption* ». Le délai de trois ans commence à courir à compter du moment où l'enfant a obtenu l'autorisation d'entrer en France et d'y séjourner et non à compter du jugement de *kafala* rendu à l'étranger³¹²⁰. Cette solution a reçu l'aval de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'occasion de l'arrêt *Harroudj contre France*³¹²¹ du 4 octobre 2012. Cette dernière a constaté que la France « *a institué une articulation flexible entre le droit de l'État d'origine de l'enfant et le droit national* » en ouvrant « *des voies d'assouplissement* » de l'interdiction posée par l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil « *à la mesure des signes objectifs d'intégration de l'enfant dans la société française* »³¹²². La règle étant « *volontairement contournée par la possibilité ouverte à l'enfant d'obtenir, dans un délai réduit, la nationalité française, et ainsi la faculté d'être adopté, lorsqu'il a été recueilli en France par une personne de nationalité française* », l'État français qui « *entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante* »³¹²³. Il convient d'envisager cette possibilité dans l'hypothèse envisagée précédemment où une personne seule de nationalité française et de confession musulmane, ne dévoilant pas sa relation homosexuelle, recueille un enfant en *kafala*. Au terme du délai de trois ans, l'enfant peut obtenir la nationalité française et ainsi être adoptable. Il appartiendrait alors au *kafil* d'adopter l'enfant devenu français puis de se marier avec son compagnon de même sexe. Dès lors, l'adoption de l'enfant du conjoint pourrait être demandée par ce dernier.

³¹¹⁷ Il s'agit de la version de l'article 21-12 du Code civil issue de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant (*JORF*, n° 0063, 15 mars 2016). Antérieurement, le délai était de cinq ans.

³¹¹⁸ Rép. min. Justice, n° 00293, *JO Sénat*, 5 juill. 2007, p. 1182.

³¹¹⁹ Cass., avis, 17 déc. 2012, n° 12-00.013, *AJ fam.* 2013, p. 130, note P. Salvage-Gerest.

³¹²⁰ V. pour des développements sur la notion de « *recueil* » : P. Salvage-Gerest, « *Kafala et nationalité française* », *AJ fam.*, 2012, p. 400.

³¹²¹ Cour EDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c./ France*, req. n° 43631/09, *Dr. fam.* 2012, p. 187, note M. Farge ; *D.* 2012, p. 2947, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2012, p. 705, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2013, p. 105, obs. J. Hauser ; *LPA* 2013, n° 76, p. 8, obs. F. Chaltiel ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 146, note S. Corneloup ; *AJ fam.* 2012, p. 546, obs. A. Boiché.

³¹²² Cour EDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c./ France*, req. n° 43631/09, préc., § 51.

³¹²³ Cour EDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c./ France*, req. n° 43631/09, préc., § 51.

1069. Néanmoins, une difficulté persiste dans la mesure où le prononcé de l'adoption reste tributaire du consentement du représentant légal de l'enfant³¹²⁴. C'est ainsi que la Cour de cassation a adopté une position très restrictive dans un arrêt en date du 4 décembre 2013³¹²⁵. En l'espèce, un enfant de nationalité marocaine a été recueilli en *kafala* par un couple de nationalité française à la suite d'un jugement marocain le déclarant d'enfant « *délaissé* » par sa mère, faute pour celle-ci de pouvoir subvenir à ses besoins. Après accomplissement du délai légal, l'enfant a obtenu la nationalité française sur le fondement de l'article 21-12 du Code civil. Le couple a sollicité l'adoption plénière de l'enfant après qu'un conseil de famille ait, en France, donné son consentement et désigné un tuteur ad hoc aux fins de représenter l'enfant. Par un arrêt du 25 juin 2012³¹²⁶, la Cour d'appel de Nouméa rejette la demande en adoption plénière du couple au motif que l'acquisition de la nationalité française n'empêchait pas l'application du statut prohibitif édicté par le droit marocain. De plus, elle considère que l'acquisition de la nationalité française par l'enfant avait été faite en fraude du droit marocain. Enfin, les juges du fond relèvent que l'enfant n'avait pas été abandonné par la mère. Le couple français forme un pourvoi que la Cour de cassation rejette en opérant une substitution de motif. La première chambre civile de la Cour de cassation rappelle que les conditions de l'adoption de l'enfant devenu français sont régies par la loi française³¹²⁷. Elle se fonde alors sur l'article 348-2 du Code civil selon lequel le consentement à l'adoption ne peut être donné par le conseil de famille que lorsque les père et mère de l'enfant sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale ou encore lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie. Or, en l'espèce, la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère était établie et le consentement de celle-ci à l'adoption n'avait pas été recueilli. L'enfant avait été déclaré « *délaissé* » faute pour sa mère de pouvoir subvenir à ses besoins et non en raison d'un désintérêt volontaire de celle-ci à l'égard de l'enfant. Ainsi, il en résulte que « *la mère de l'enfant n'ayant pas perdu ses droits d'autorité parentale, le conseil de famille ne pouvait, faute de constatation de l'impossibilité pour celle-ci de manifester sa volonté, valablement consentir à l'adoption de l'enfant* ». Cette solution est critiquable, car si « *l'enfant avait pu être confié en kafala, c'est*

³¹²⁴ Cf. *infra* n° 1071 et s.

³¹²⁵ Cass 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.161, *D.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2014, p. 1789, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2014, p. 180, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2014, p. 104, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 288, obs. E. Viganotti ; *JCP G* 2014, p. 43, note H. Bosse-Platière ; *Dr. fam.* 2014, p. 19, obs. M. Farge ; *RJPF* 2014-3/5, obs. M.-C. Le Boursicot.

³¹²⁶ CA Nouméa, 25 juin 2012, n° 11/00579.

³¹²⁷ Si les conditions de l'adoption sont bien, dans cette affaire, soumises à la loi française, le raisonnement de la Cour de cassation semble, tout de même, critiquable. Elle se fonde sur l'article 3 du Code civil. Or, si la loi française est compétente, c'est par application de l'article 370-3, alinéa 1^{er} qui donne compétence à la loi nationale des adoptants. La loi nationale de l'adopté n'est prise en compte qu'en ce qu'elle prohibe l'adoption en vertu de l'alinéa 2 du même article.

bien parce qu'il avait été jugé abandonné au sens de la loi marocaine de sorte que son représentant légal n'était plus sa mère, qui avait bien ainsi "perdu ses droits d'autorité parentale", mais le juge des tutelles »³¹²⁸. À l'instar de Monsieur Alexandre Boiché, il est possible de se demander s'il est nécessaire d' « exiger un consentement de la mère en vue d'une future adoption au jour de la remise de l'enfant en kafala »³¹²⁹ ? Cependant, comme le souligne l'auteur, « admettre cette solution signifierait que les enfants remis par kafala à des couples français le seraient systématiquement en vue d'être adoptés [...] lorsqu'ils acquièrent la nationalité française. Rien ne permet de généraliser de la sorte »³¹³⁰. En réalité, derrière le raisonnement « discutable » de la Cour de cassation, « c'est bien une volonté de maintenir presque telle quelle la prohibition de l'adoption des enfants confiés en kafala, même après leur changement de nationalité, qui transparait »³¹³¹. Moins d'un an après cette décision, une circulaire du Ministère de la Justice relative aux effets juridiques du recueil légal en France³¹³² s'est prononcée dans le même sens. À propos des enfants ayant des parents connus et vivants, la circulaire, en son article 3.2.1, énonce que « dans la mesure où le recueil légal est une mesure temporaire et révocable, il pourrait être contestable [...] de considérer que les parents ont perdu tous leurs droits d'autorité parentale, et ce d'autant que, pour les enfants ayant des parents connus et vivants, le recueil légal est assimilé à une délégation d'exercice de l'autorité parentale ». Elle poursuit en affirmant que « dès lors, il ne paraît pas envisageable [...] de considérer que l'enfant ayant des parents connus et vivants pourra être adopté, sauf si les parents ont valablement consenti à l'adoption de leur enfant ». Or, dans la mesure où la loi personnelle du ou des parents étrangers prohibe l'adoption, il s'agit finalement d'un « cercle vicieux »³¹³³. L'exigence du consentement du représentant légal de l'enfant constitue une entrave à l'adoption de l'enfant recueilli en kafala. Cependant, cet inconvénient n'est pas propre aux couples de personnes de même sexe et se présentera de la même manière au sein d'un couple hétérosexuel.

1070. Si l'arrêt *Torlet*³¹³⁴ donnait compétence à la loi de l'adopté afin de déterminer les conditions du consentement, la loi du 6 février 2001 reprend les directives engagées par la Cour de cassation dans les arrêts lui ayant succédé et pose une règle matérielle.

³¹²⁸ P. Salvage-Gerest, « Adoption internationale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 224-43.

³¹²⁹ A. Boiché, « Refus d'adoption d'un enfant recueilli par kafala ayant pourtant acquis la nationalité française », *AJ fam.*, 2014, p. 180.

³¹³⁰ *Ibid.*

³¹³¹ P. Salvage-Gerest, « Adoption internationale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 224-43.

³¹³² Circ. du 22 oct. 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France, *BOMJ*, n° 2014-11, 28 nov. 2014.

³¹³³ P. Salvage-Gerest, « Adoption internationale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 224-43.

³¹³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 1984, *Torlet*, n° 83-12897, préc.

2. La règle matérielle relative au consentement

1071. L'article 370-3, alinéa 3 du Code civil dispose que, « *quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant* ». La règle matérielle relativement au consentement est inspirée de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation³¹³⁵ et de l'article 4-c de la Convention de La Haye du 29 mai 1993³¹³⁶. En adoptant cette règle, le législateur français « *a entendu se prémunir contre un consentement forcé de la famille d'origine et s'assurer ainsi que le consentement a été donné en pleine connaissance des effets attachés à l'adoption* »³¹³⁷.

1072. Selon l'article 370-3, alinéa 3 du Code civil, le consentement à l'adoption doit présenter certaines qualités. La loi exige que le consentement soit donné postérieurement à la naissance afin de « *s'assurer qu'aucun enfant ne fera l'objet d'une "commande" qui s'apparenterait à une convention - interdite en France - de "gestation pour le compte d'autrui"* »³¹³⁸. Le consentement doit être obtenu sans contrepartie financière, qualité qui « *s'inscrit dans la politique toujours revendiquée par la France de tenir la personne humaine résolument hors du commerce* »³¹³⁹. Le législateur exige que le consentement soit libre, c'est-à-dire qu'il n'a pas été donné sous l'emprise de la violence et éclairé, autrement dit celui qui l'a donné ne doit pas avoir commis d'erreurs sur un élément substantiel de son engagement³¹⁴⁰. Le caractère éclairé porte notamment sur les conséquences d'une adoption plénière. Ainsi, « *un consentement donné en vue d'une rupture complète et irrévocable avec la famille d'origine permet de prononcer une adoption plénière, même si la loi de l'adopté ne permet pas cette*

³¹³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1990, *Pistre*, n° 87-18955, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1994, *Moreau*, n° 92-18.057, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995, *Fanthou*, n° 93-17634, préc.

³¹³⁶ L'article 4-c prévoit que « *Les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'Etat d'origine se sont assurées :*

1) *que les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées sur les conséquences de leur consentement, en particulier sur le maintien ou la rupture, en raison d'une adoption, des liens de droit entre l'enfant et sa famille d'origine,*

2) *que celles-ci ont donné librement leur consentement dans les formes légales requises, et que ce consentement a été donné ou constaté par écrit,*

3) *que les consentements n'ont pas été obtenus moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'ils n'ont pas été retirés, et*

4) *que le consentement de la mère, s'il est requis, n'a été donné qu'après la naissance de l'enfant* ».

³¹³⁷ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », préc., n° 71.

³¹³⁸ P. Salvage-Gerest, « Adoption internationale : halte à la présomption irréfragable de vice du consentement parental », *Dr. fam.*, n° 3, mars 2007, étude 8, spéc. n° 8.

³¹³⁹ *Ibid.*, spéc. n° 9.

³¹⁴⁰ *Ibid.*, spéc. n° 11.

forme d'adoption »³¹⁴¹. En réalité, la règle matérielle posée par le législateur « *s'en remet largement à la perspicacité du juge français [...] pour apprécier à la fois la suffisance d'informations et l'absence de contrepartie financière* »³¹⁴².

1073. L'article 370-3, alinéa 3 du Code civil est muet sur la question de la forme du consentement. Dans l'arrêt *Moreau*³¹⁴³, la jurisprudence avait précisé que le consentement avait été donné dans des actes « *dressés en application de la loi étrangère* ». Cette affirmation avait divisé les auteurs : pour certains, il s'agissait de consacrer la loi nationale de l'adopté³¹⁴⁴ alors que pour d'autres, la compétence appartenait à la loi locale³¹⁴⁵. Lors des discussions parlementaires, un amendement avait été déposé afin que soit consacrée législativement la compétence de la loi de l'adopté en ce qui concerne la forme du consentement. La demande a été rejetée, mais la ministre de la Justice aurait assuré que la compétence de la loi nationale de l'adopté ne serait pas remise en cause pour la détermination de la forme du consentement³¹⁴⁶. Cependant, la lecture de l'article 370-3, alinéa 3 du Code civil ne permet pas de garantir une telle affirmation. Si certains considèrent que « *même si le texte français détache le consentement de la loi nationale de l'enfant, c'est, en général, cette loi qui aura été appliquée [...] à la forme et au contenu du consentement* »³¹⁴⁷, cet avis n'est pas unanimement partagé par la doctrine. Selon Madame le Professeur Élisabeth Poisson-Drocourt, la forme du consentement « *ressort naturellement de la loi locale* »³¹⁴⁸. De même, Madame Mariel Revillard affirme que la forme du consentement est définie d'après les règles de la loi locale³¹⁴⁹. Néanmoins, aucune de ces analyses ne semble réellement convaincre. En effet, tant la compétence de la loi nationale de l'adopté que celle de la loi locale conduisent « *à une impasse toutes les fois que la loi étrangère ne connaît pas l'adoption voire ignore cette forme d'adoption* »³¹⁵⁰. Ainsi, à l'instar de Madame le Professeur Béatrice Bourdelois, il semble que « *l'élément essentiel qui domine l'alinéa 3 de l'article 370-3 est la qualité du consentement. En ne se préoccupant que de son contenu, le législateur fait de la forme dans laquelle il est exprimé un élément accessoire qui participera à la conviction de sa sincérité et de son caractère éclairé,*

³¹⁴¹ M. Revillard, « Adoption. - Adoption internationale », préc., n° 33.

³¹⁴² B. Bourdelois, « L'adoption internationale », art. préc., spéc. p. 146.

³¹⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1994, *Moreau*, n° 92-18.057, préc.

³¹⁴⁴ V. en ce sens : H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 289, n° 10.

³¹⁴⁵ V. en ce sens : E. Poisson-Drocourt, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », art. préc.

³¹⁴⁶ F. Monéger, « Le prononcé d'une adoption en France, les règles de conflits énoncées par la loi du 6 février 2001 », art. préc., spéc. p. 830.

³¹⁴⁷ *Ibid.*, spéc. p. 831.

³¹⁴⁸ E. Poisson-Drocourt, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », art. préc.

³¹⁴⁹ M. Revillard, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », art. préc.

³¹⁵⁰ S. Godechot-Patris, « Adoption. - Conflit de lois », préc., n° 80.

mais qui ne doit pas être un élément impératif de nullité formelle »³¹⁵¹. Selon l'analyse de l'auteur, un consentement oral serait suffisant à la condition qu'il respecte les exigences posées par l'article 370-3, alinéa 3. En pratique, un acte écrit est évidemment toujours préférable. En son absence, « *le juge devra [...] faire preuve d'une grande vigilance et s'interroger sur le pourquoi de cette attitude* » et « *il lui sera loisible, si les réponses à cette interrogation ne sont pas satisfaisantes, de considérer que le consentement qui lui est soumis ne répond pas aux conditions de l'article 370-3 du Code civil* »³¹⁵². En d'autres termes, « *il revient au juge d'apprécier si la forme dans laquelle est exprimé le consentement garantit ou non son intégrité* »³¹⁵³.

1074. La question de la loi applicable à la forme du consentement est difficilement identifiable dans la jurisprudence. En effet, les décisions sont contradictoires sur ce point. Dans un arrêt en date du 17 janvier 2006³¹⁵⁴, la Cour d'appel de Rennes a considéré que la loi personnelle de l'enfant, en l'espèce gabonaise, est seule applicable pour fixer la forme du consentement du représentant légal de l'enfant. Or, l'article 461 du Code civil gabonais impose un acte authentique devant un juge ou un notaire ou devant des agents diplomatiques et consulaires afin de garantir le consentement à l'adoption. Ainsi, en l'espèce, la mère biologique ayant établi une simple attestation dactylographiée, le consentement n'a pas été donné dans les formes légales. À l'inverse, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 5 octobre 2006³¹⁵⁵ se contente de deux attestations rédigées par le père biologique de l'enfant rendant compte du consentement libre et éclairé du père de l'enfant sur les conséquences de l'adoption et, en particulier, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant sans aucune référence à la forme imposée par la loi nationale de l'adopté.

1075. La loi applicable à la détermination du représentant légal apte à consentir à l'adoption n'est pas précisée par l'article 370-3, alinéa 3 du Code civil. Néanmoins, contrairement à la loi applicable à la forme du consentement pour laquelle la doctrine est divisée, il semble acquis qu'il convient de se référer à la loi nationale de l'adopté quant aux personnes aptes à consentir. Dans la majorité des cas, il s'agira « *des représentants légaux de*

³¹⁵¹ B. Bourdelois, « L'adoption internationale », art. préc., spéc. p. 147. V. aussi : B. Bourdelois, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil », art. préc.

³¹⁵² *Ibid.*

³¹⁵³ *Ibid.*

³¹⁵⁴ CA Rennes, 17 janv. 2006, n° 04/03013. V. dans le même sens : CA Metz, 4 févr. 2003, n° 01/01868.

³¹⁵⁵ CA Paris, 5 oct. 2006, n° 06/06275.

l'enfant, à savoir ses parents ou l'autorité qui les remplace s'ils sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou si l'enfant est né de parents inconnus »³¹⁵⁶.

1076. L'adoption conjointe d'un enfant par un couple homosexuel marié est possible au même titre que si la demande émane d'un couple hétérosexuel. Néanmoins, si les règles de conflit applicables sont les mêmes, plusieurs obstacles pratiques à l'adoption conjointe d'un enfant originaire d'un État étranger par un couple de personnes de même sexe se présentent.

Sous-section 2. Les obstacles pratiques à l'adoption conjointe d'un enfant

1077. Les obstacles pratiques à l'adoption conjointe d'un enfant par un couple homosexuel sont de deux ordres. D'une part, il s'agit de difficultés d'ordre théorique engendrées par l'application de l'alinéa 1^{er} de l'article 370-3 du Code civil lorsque l'adoption est demandée par un couple marié de même sexe (Paragraphe 1). D'autre part, dans la mesure où en matière d'adoption internationale, les candidats à l'adoption doivent répondre à la fois aux conditions françaises et à celles du pays d'origine de l'enfant, des difficultés d'ordre pratique feront échec à l'adoption. En effet, une grande majorité des pays d'origine des enfants adoptés n'autorisent pas l'adoption par des couples de même sexe (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les difficultés posées par l'application de l'article 370-3, alinéa 1 au sein d'un couple marié de même sexe

1078. L'application de la loi compétente à l'adoption internationale déterminée en vertu de l'article 370-3, alinéa 1^{er} du Code civil entraîne des difficultés inhérentes à la divergence de position quant à l'admission de l'union entre personnes de même sexe (I) et à la réaction de l'ordre public international français face aux législations restrictives (II) spécifiques aux couples homosexuels.

I. Les difficultés inhérentes à la divergence de position quant à l'admission de l'union entre personnes de même sexe

1079. L'application de l'article 370-3, alinéa 1^{er} du Code civil peut susciter des difficultés d'application au sein d'un couple marié de personnes de même sexe. À l'instar de Madame le Professeur Sara Godechot-Patris, la première interrogation est celle où la loi applicable à l'adoption est la loi d'un État qui tout en autorisant l'adoption prohibe le mariage entre personnes de même sexe. Comme le relève l'auteur, la loi applicable à l'adoption « *n'est*

³¹⁵⁶ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », préc., n° 84.

pas applicable à la validité du mariage [...] ; mais est-on en droit de l'appliquer dans une hypothèse où par définition il n'est pas certain qu'elle veuille s'appliquer »³¹⁵⁷ ? À cette question, elle propose de se livrer à un jugement d'équivalence. Il conviendrait alors de se demander « si le mariage homosexuel présente une équivalence suffisante avec le mariage hétérosexuel constitutif du présupposé de la règle de droit interne énonçant les conditions en matière d'adoption »³¹⁵⁸. Autrement dit, il s'agit d'un problème de substitution qui « autorise à tenir pour remplie au regard de la loi qui régit un effet déterminé, une condition de réalisation de celui-ci dénommé concept préjudiciel, qui prend généralement la forme de l'existence d'un rapport juridique, concrétisé sous l'empire d'une loi différente »³¹⁵⁹. La difficulté surgit lorsque « l'application d'une règle locale fait intervenir un concept ou une qualité qui seront empruntés à une loi étrangère, laquelle présente dans le cas d'espèce un caractère hétérogène par rapport à l'institution comparable du for »³¹⁶⁰. Ainsi, en la matière, l'application de la règle de conflit de lois française en matière d'adoption internationale fait intervenir le concept de mariage. Or, contrairement au droit français, celui-ci peut ne pas être autorisé à l'égard des couples de personnes de même sexe par la loi étrangère interrogée. La substitution « implique l'interprétation du concept préjudiciel retenu par la règle de droit substantiel applicable à l'effet recherché, afin de déterminer si ce concept est suffisamment proche de celui qui a présidé à la création de la situation pour autoriser la coordination des lois en présence, nonobstant la divergence qui les sépare »³¹⁶¹. Appliqué à l'adoption par un couple homosexuel marié, le problème concernerait l'interprétation du concept préjudiciel, à savoir le mariage afin de savoir si une équivalence peut être reconnue entre mariage hétérosexuel et homosexuel et, ainsi, passer outre la divergence entre loi française et loi étrangère applicable à l'adoption. La question n'a jamais été, pour l'heure, tranchée par la jurisprudence. Néanmoins, si une telle difficulté se présentait, il est possible de penser que les juges français admettraient l'équivalence entre les deux mariages au vu de l'importance accordée à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe en droit français et le souci de reconnaître des droits identiques aux couples, peu importe leur orientation sexuelle³¹⁶². De plus, même si aucune équivalence ne pouvait être admise, il s'agirait de s'intéresser à la réaction de l'ordre public international

³¹⁵⁷ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », préc., n° 30.

³¹⁵⁸ *Ibid.*

³¹⁵⁹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I, *op. cit.*, p. 564, n° 477.

³¹⁶⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 342, n° 379.

³¹⁶¹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I, *op. cit.*, p. 565, n° 478.

³¹⁶² V. pour une position similaire : S. Clavel, *op. cit.*, p. 463, n° 763.

français face à la loi étrangère qui tout en autorisant le principe même de l'adoption l'interdit pour les couples homosexuels, faute pour eux de pouvoir se marier selon leur nationale³¹⁶³.

1080. Madame le Professeur Sara Godechot-Patris met en lumière une seconde difficulté. Il s'agit de l'hypothèse où les époux ont établi leur domicile dans un État autorisant l'adoption entre personnes de même sexe, mais ont la nationalité de deux États qui tout en autorisant l'adoption prohibe une telle forme d'union. Les lois prohibitives pourraient-elles faire échec à l'adoption ? Il convient de rejoindre la position de l'auteur qui préconise de retenir « *une interprétation stricte de la règle* »³¹⁶⁴. De la même manière que la loi étrangère n'a pas à jouer si elle n'interdit pas l'adoption, mais l'ignore uniquement, « *elle doit également être écartée si la loi étrangère tout en autorisant l'adoption la soumet à des conditions différentes* »³¹⁶⁵, ce qui est bien l'hypothèse considérée. En outre, « *il ne s'agit pas [...] d'appliquer la loi étrangère, mais simplement de la prendre en considération* »³¹⁶⁶. Le risque d'une éventuelle dénaturaison de la loi étrangère est alors écarté.

1081. Outre les difficultés d'application de l'article 370-3, alinéa 1^{er} lorsque l'adoption est demandée par un couple impliquant deux personnes de même sexe, la question de la réaction de l'ordre public international français face à des législations restrictives mérite également d'être envisagée.

II. La réaction de l'ordre public international français face aux législations restrictives

1082. Il est possible qu'un droit étranger pose des conditions à l'adoption plus restrictives que celles prévues par le droit français. Ce serait notamment le cas d'une loi étrangère qui interdirait l'adoption aux couples mariés impliquant des personnes de même sexe. Si la situation ne s'est, à l'heure actuelle, pas présentée devant les juges français, il est possible de penser que ces derniers considèreraient une telle loi comme contraire à l'ordre public international français. En effet, une telle différence « *reposerait sur une discrimination non justifiée entre couples de même sexe et couples de sexe opposé placés dans une situation similaire* »³¹⁶⁷. Comme le souligne Madame le Professeur Sandrine Clavel, les juges « *pourraient décider, au regard du caractère "militant" du droit français en faveur du mariage*

³¹⁶³ Cf. *infra* n° 1082.

³¹⁶⁴ S. Godechot-Patris, « Adoption. – Conflit de lois », préc., n° 30.

³¹⁶⁵ *Ibid.*

³¹⁶⁶ *Ibid.*

³¹⁶⁷ *Ibid.*, n° 40. V. dans le même sens : G. Kessler, « Le droit international privé à l'épreuve du renouveau de la filiation », *JDI*, n° 1, janv. 2020, doctr. 3.

entre époux de même sexe, qu'il est suffisant que la loi nationale de chaque époux autorise l'adoption (même si cette autorisation n'est envisagée que pour les couples hétérosexuels) »³¹⁶⁸.

1083. Pour se convaincre d'une telle position, un parallèle mérite d'être réalisé avec l'arrêt *X et autres contre Autriche*³¹⁶⁹ rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 19 février 2013. En l'espèce, deux femmes autrichiennes vivaient en couple de manière stable et élevaient ensemble un enfant dont l'une d'elles est la mère légale. Sa compagne revendiquait le droit d'adopter cet enfant. À l'inverse du droit français, l'adoption est permise en Autriche au sein d'un couple non marié³¹⁷⁰. Les juridictions autrichiennes ont refusé la convention d'adoption coparentale des deux femmes. Les requérantes ont saisi la Cour européenne se disant victimes d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Elles ont invoqué l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et ont soutenu que leur situation était comparable à celle des couples hétérosexuels non mariés qui élèvent un enfant. Dans un premier temps, la Cour compare la situation des requérantes avec celle d'un couple hétérosexuel marié. Reprenant l'analyse dégagée dans l'affaire *Gas et Dubois contre France*³¹⁷¹, elle rappelle que le régime spécifique de l'adoption prévu par le droit autrichien à l'égard des couples mariés est justifié par le statut particulier que confère le mariage. Ainsi, selon la Cour européenne, sur ce point, il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 dans la mesure où la situation des requérantes autrichiennes n'est pas comparable à celle d'un couple marié³¹⁷². En revanche, la Cour admet que la situation des requérantes est comparable à celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres souhaiterait adopter l'enfant de l'autre³¹⁷³. Or, le droit autrichien ouvre l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés. Néanmoins, l'article 182, paragraphe 2 du Code civil autrichien prévoit que l'adoptant se substitue au parent biologique du même sexe que lui. Ainsi, neutre de prime abord, cet article exclut juridiquement les couples homosexuels de l'adoption coparentale³¹⁷⁴. Constatant une différence de traitement, selon la Cour européenne, le Gouvernement autrichien n'a pas fourni de preuve établissant qu'il serait « *préjudiciable pour*

³¹⁶⁸ S. Clavel, *op. cit.*, p. 463, n° 763.

³¹⁶⁹ Cour EDH, 19 févr. 2013, *X et autres c./ Autriche*, req. n° 19010/07, D. 2013, p. 502, obs. I. Gallmeister ; D. 2013, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2013, p. 227, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2013, p. 363, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2013, p. 329, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2013, p. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *RLDC* 2013/104, n° 5090, note G. Puppink ; *JCP G* 2013, act. 316, obs. H. Surrel ; *JCP G* 2013, doct. 855, obs. F. Sudre.

³¹⁷⁰ Autriche, Article 179 du Code civil.

³¹⁷¹ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c./ France*, req. n° 25951/07, préc.

³¹⁷² Cour EDH, 19 févr. 2013, *X et autres c./ Autriche*, req. n° 19010/07, préc., §§ 105 à 110.

³¹⁷³ Cour EDH, 19 févr. 2013, *X et autres c./ Autriche*, req. n° 19010/07, préc., § 112.

³¹⁷⁴ Cour EDH, 19 févr. 2013, *X et autres c./ Autriche*, req. n° 19010/07, préc., § 113.

un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères »³¹⁷⁵. En définitive, la Cour européenne souligne qu'il ne lui appartient pas de déterminer si la demande d'adoption devait être ou non accueillie, mais seulement de se prononcer sur le point de savoir si les intéressées ont été victimes d'une discrimination. Or, en l'espèce, elle considère que la violation de l'article 14 de la Convention européenne combiné avec l'article 8 est avérée en ce qui concerne la différence de traitement entre les requérantes et un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres souhaite adopter l'enfant de l'autre³¹⁷⁶. Ainsi, l'Autriche est condamnée pour réserver l'adoption à tous les couples mariés ou non, pourvu qu'ils soient de sexe différent. Par analogie, la solution adoptée par la Cour européenne des droits de l'Homme invite à penser que les États parties ne peuvent pas refuser l'adoption à l'égard des couples homosexuels mariés à partir du moment où les couples hétérosexuels mariés y ont accès.

1084. En conséquence, la loi étrangère qui tout en autorisant l'adoption la réserve aux couples mariés hétérosexuels l'interdisant, de fait, aux couples de personnes de même sexe serait, probablement, contraire à l'ordre public international français en ce qu'elle créerait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans des situations comparables. L'application de la règle de conflit de lois propre à l'adoption internationale et la réaction de l'ordre public international français mettent en avant les difficultés engendrées par la divergence de la teneur du droit interne de chaque État. En outre, un obstacle d'une autre nature risque de limiter le nombre d'adoptions internationales prononcées au sein d'un couple homosexuel dans la mesure où certains États étrangers refusent que les enfants adoptables ressortissants de leur territoire soient accueillis par un couple de personnes de même sexe.

Paragraphe 2. Les limites posées par les États refusant l'adoption d'un enfant par deux personnes de même sexe

1085. Dès l'ouverture de l'adoption conjointe aux couples homosexuels mariés, la majorité de la doctrine a relevé la difficulté à laquelle seraient confrontés ces couples pour, réellement, en bénéficier. En effet, le nombre d'enfants adoptables en France étant très faible, la plupart des futurs adoptants se tournent vers l'adoption internationale. Or, si adopter un enfant étranger n'est déjà pas aisé pour un couple hétérosexuel, cela sera d'autant plus délicat pour un couple homosexuel pour deux raisons principales : le faible nombre d'enfants

³¹⁷⁵ Cour EDH, 19 févr. 2013, *X et autres c./ Autriche*, req. n° 19010/07, préc., § 146.

³¹⁷⁶ Cour EDH, 19 févr. 2013, *X et autres c./ Autriche*, req. n° 19010/07, préc., §§ 152 et 153.

adoptables³¹⁷⁷ et le refus des États de faire adopter leurs ressortissants par un couple de personnes de même sexe³¹⁷⁸. Comme le souligne Madame Marie-Christine Le Boursicot, « *en France, l'adoption internationale a connu une progression constante à compter du début des années 80 : le nombre d'enfants adoptés à l'étranger est passé de 800 à 900 par an pour atteindre un palier de 4 000 adoptions de 2002 à 2006* »³¹⁷⁹. L'auteur poursuit en constatant la « *décru* » amorcée en 2007 « *avec 3 000 adoptions seulement ; après une remontée à 3 500 en 2010 [...], la chute n'en a été que plus brutale en 2011, à peine 2 000, et a été confirmée en 2012 avec 1 569 adoptions* »³¹⁸⁰. Depuis cette date, les chiffres n'ont pas cessé de baisser : 1 343 en 2013, 1 069 en 2014, 815 en 2015, 955 en 2016, 685 en 2017, 614 en 2018 et enfin 421 en 2019³¹⁸¹. Déjà, en 2013, les statistiques montraient « *que près de 80 % des familles actuellement candidates à l'adoption, pourtant détentrices de l'agrément délivré par l'Aide sociale à l'enfance, risquent fort de ne jamais se voir confier d'enfant, alors qu'elles n'étaient que 25 % il y a quinze ans* »³¹⁸².

1086. Ainsi, il est certain que « *les couples mariés de même sexe se heurteront aux mêmes difficultés, et à d'autres, puisqu'ils ne pourront pas déposer une demande d'adoption dans la plupart des États d'origine qui confient des enfants à des familles françaises* »³¹⁸³. En réalité, l'adoption conjointe d'un enfant étranger au couple « *risque de rester un vœu pieux dans la mesure où l'offre d'enfants à adopter est sans commune mesure avec la demande* »³¹⁸⁴. De plus, « *il est probable que nombre de pays fermeront leur porte à l'adoption par des couples de même sexe français, comme ils l'ont fait pour les couples homosexuels d'autre pays* »³¹⁸⁵. En définitive, « *au regard du nombre réduit de pupilles de l'État en matière d'adoption interne et de la sensibilité des pays pourvoyeurs d'enfants adoptables, en matière d'adoption*

³¹⁷⁷ J.-F. Mignot, « L'adoption internationale dans le monde : les raisons du déclin », *Population & Sociétés*, vol. 519, n° 2, 2015, pp. 1-4.

³¹⁷⁸ S. Paricard, « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Dr. fam.*, 2013, n° 1, dossier 8, spéc. n° 3.

³¹⁷⁹ M.-C. Le Boursicot, « Nouveaux mariés de même sexe : l'adoption de l'enfant du conjoint plus aisée que l'adoption conjointe », *RJPF*, 2013, n° 7-8.

³¹⁸⁰ *Ibid.*

³¹⁸¹ Statistiques établies par le Ministère des affaires étrangères. Consultables sur : <https://www.agence-adoption.fr/le-paysage-de-ladoption-internationale/les-statistiques/>.

³¹⁸² M.-C. Le Boursicot, « Nouveaux mariés de même sexe : l'adoption de l'enfant du conjoint plus aisée que l'adoption conjointe », art. préc.

³¹⁸³ *Ibid.*

³¹⁸⁴ L. Brunet, « Les attermoissements du droit français dans la reconnaissance des familles formées par des couples de femmes », *Enfances, Familles, Générations*, 2015, n° 23, p. 71, spéc. n° 3.

³¹⁸⁵ H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? - Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », art. préc., spéc. n° 48.

internationale, on peut douter que l'adoption d'un enfant étranger aux époux de même sexe rencontre en pratique un grand succès dans un proche avenir »³¹⁸⁶.

1087. Selon les chiffres transmis par la Mission internationale pour l'adoption³¹⁸⁷, en 2019, les cinq premiers pays d'origine d'enfants adoptés à l'étranger sont le Vietnam avec 49 adoptions, la Colombie avec 43 adoptions, la Thaïlande avec 37 adoptions, Haïti avec 30 adoptions et la République du Congo avec 28 adoptions. Or, les données transmises par l'Agence française de l'adoption³¹⁸⁸ précisent qu'au sein de ces États, seule la Colombie accepte les demandes émanant de couples mariés de même sexe. Les États étrangers acceptant les demandes de couples mariés de même sexe sont minoritaires : l'Afrique du Sud, l'Argentine, le Brésil, certains États des États-Unis, le Mexique et l'Uruguay³¹⁸⁹. Néanmoins, au sein de ces États, en 2019, aucun enfant n'a été adopté excepté au Brésil où seulement sept enfants l'ont été.

1088. De manière encore plus catégorique, certains États ont pris des dispositions spécifiques afin d'affirmer légalement que leurs enfants adoptables ne pouvaient l'être par des couples homosexuels. À la suite de l'introduction en France du mariage entre personnes de même sexe, la loi fédérale russe N°167-FZ du 3 juillet 2013 est venue modifier l'article 127 du Code de la famille russe qui interdit désormais « *aux personnes de même sexe liées par une union qui est reconnue comme un mariage et qui a été enregistrée en conformité avec la législation de l'État où un tel mariage est autorisé, ainsi qu'aux ressortissants de ces États qui ne sont pas mariés, d'adopter un enfant russe* ». Par conséquent, les candidatures de couples homosexuels mariés en France et de célibataires français ne sont plus recevables en Fédération de Russie. Au Kazakhstan, l'article 91 du nouveau Code du mariage et de la famille, promulgué le 26 décembre 2011, prévoit que les personnes « *qui professent une orientation sexuelle non traditionnelle* » ne peuvent pas adopter³¹⁹⁰. De même, selon l'article 261 de la Constitution haïtienne, « *tout enfant a droit à l'amour, à l'affection, à la compréhension et aux soins moraux et matériels de son père et de sa mère* ». Ainsi, comme l'a déclaré l'ambassade de France en

³¹⁸⁶ P. Murat, « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », *Dr. fam.*, 2013, n° 7-8, dossier 24, spéc. n° 12. V. dans le même sens : P. Salvage-Gerest, « Les incidences de la loi du 17 mai 2013 sur l'adoption internationale », *Dr. fam.*, 2013, n° 7-8, dossier 33, spéc. n° 2. L'auteur souligne qu'« *il ne faut pas se leurrer : certains États, tels la Russie, ont déjà fait savoir qu'ils ne confieraient pas d'enfants à des couples homosexuels, de sorte que la voie, qui s'amenuise de jour en jour pour les adoptants "classiques", reste pour eux très étroite* ».

³¹⁸⁷ Consultables sur : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/la-mission-de-l-adoption-internationale/>.

³¹⁸⁸ Consultables SUR : <https://www.agence-adoption.fr/informer-conseiller-accompagner>.

³¹⁸⁹ Données recueillies sur : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/le-processus-de-l-adoption-internationale/le-choix-du-pays-d-origine/>.

³¹⁹⁰ *Ibid.*

Haïti, la législation haïtienne ne reconnaissant pas l'homoparentalité, les couples homosexuels français mariés et déclarés comme tels ne pourront pas légalement adopter un enfant sur le territoire haïtien³¹⁹¹.

1089. En réalité, l'adoption internationale par deux personnes de même sexe semble « *bien illusoire* »³¹⁹². Par conséquent, la majorité des couples homosexuels n'optent pas pour ce schéma classique. Il est alors possible pour l'un des membres du couple d'adopter de manière individuelle puis pour son conjoint d'adopter l'enfant du conjoint. Cependant, le peu d'enfants adoptables reste un obstacle majeur. Encore, et surtout, la majorité des couples de personnes de même sexe se tournent vers une gestation pour autrui ou une assistance médicale à la procréation à l'étranger.

³¹⁹¹ *Ibid.* ; <https://la1ere.francetvinfo.fr/2013/10/24/pas-d-adoption-pour-les-couples-homosexuels-francais-en-haiti-79929.html>.

³¹⁹² A.-M. Leroyer, « Mariage - Personnes du même sexe - Adoption - Nom - Etat-civil - Livret de famille », *RTD civ.*, 2013, p. 675.

CHAPITRE II : LA CONSTRUCTION DE LA FILIATION HOMOPARENTALE À LA SUITE D'UN PROCÉDÉ D'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

1090. Dans la mesure où l'assistance médicale à la procréation pour un couple de femmes et la gestation pour autrui pour un couple d'hommes sont possibles à l'étranger, les citoyens français ne pouvant y accéder sur leur territoire se rendent à l'étranger afin d'en bénéficier. Cependant, « *cette traversée des frontières qui permet de fonder une famille n'est pas sans conséquence juridique pour les enfants, alors qu'ils ne devraient jamais avoir à payer les choix de leurs parents* »³¹⁹³. C'est la raison pour laquelle des développements spécifiques à l'établissement du lien de filiation des enfants issus d'assistance médicale à la procréation (Section 1) et de gestation pour autrui (Section 2) pratiquées à l'étranger méritent d'être envisagés.

Section 1. L'établissement du lien de filiation des enfants issus d'assistance médicale à la procréation pratiquée à l'étranger

1091. Dans l'hypothèse d'une assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger par un couple de femmes, la question de l'établissement de la filiation à l'égard de ces dernières se posera, parfois, sous l'angle de la transcription sur les registres de l'état civil français d'un lien de filiation établi à l'étranger³¹⁹⁴. Cependant, dans la majorité des cas, même si la femme a bénéficié d'une assistance médicale à la procréation à l'étranger, cette dernière accouchera en France. Ainsi, il convient de s'interroger sur l'établissement du lien de filiation en France d'une part, à l'égard de la femme ayant mis au monde l'enfant (Sous-section 1) et d'autre part, à l'égard de la conjointe de la mère légale de l'enfant (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'établissement de la filiation à l'égard de la femme ayant mis au monde l'enfant

1092. Le développement des techniques médicales de procréation présente fréquemment une dimension internationale dans la mesure où la diversité législative conduit les personnes à se rendre à l'étranger afin de bénéficier d'une aide dont ils ne peuvent bénéficier dans l'État dont ils sont ressortissants. Face à une situation internationale, il est nécessaire de solliciter les méthodes du droit international privé. Néanmoins, le législateur ne s'est que très

³¹⁹³ C. Mécarry, *PMA et GPA : Des clés pour comprendre*, PUF, 2019, p. 121.

³¹⁹⁴ Cf. *infra* n° 1158.

peu intéressé au domaine de la bioéthique dans sa sphère internationale. Ainsi, se prononcer quant à l'établissement de la filiation à l'égard de la femme ayant mis au monde un enfant à la suite d'une assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme pratiquée à l'étranger implique de s'interroger, au préalable, sur la loi applicable aux filiations issues de ladite technique (Paragraphe 1). Faute de loi y étant spécifiquement attitrée, il convient de soumettre ces filiations aux règles générales de conflit de lois françaises relatives à la filiation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La détermination de la loi applicable aux filiations issues d'une AMP

1093. La détermination de la loi applicable aux filiations issues d'une assistance médicale à la procréation mérite d'être distinguée de celle de l'accès aux dites techniques³¹⁹⁵. Or, le législateur français n'a pas prévu de dispositions spécifiques applicables aux filiations issues d'une procréation médicalement assistée. C'est ainsi que plusieurs auteurs ont tenté de déterminer la règle de conflit de lois potentiellement applicable (I). Néanmoins, aucune de ces propositions doctrinales ne convainc réellement. Il paraît nécessaire de s'en tenir au droit positif et de retenir la règle de principe posée en matière de filiation par le sang, soit l'application de la loi personnelle de la mère (II).

I. La diversité des propositions doctrinales

1094. Madame Karen Bortolitti considère que l'établissement de la filiation à la suite d'une procréation médicalement assistée mérite la création d'une nouvelle règle de conflit dans la mesure où il s'agirait d' « *une filiation d'un nouveau genre, institution sui generis à mi-chemin entre la filiation biologique et la filiation adoptive* »³¹⁹⁶. Plus précisément, l'auteur propose l'application de lois distinctes selon l'objet en cause. Ainsi, le consentement à l'assistance médicale à la procréation serait soumis cumulativement à la loi des parents demandeurs et à la loi du lieu d'exécution de l'opération. Les modalités d'exécution des techniques de procréation médicalement assistée dépendraient de la loi du lieu de réalisation de l'opération. Enfin, les effets - l'établissement du lien de filiation - se verraient appliquer cumulativement la loi du lieu d'exécution et les lois régissant la filiation au sens des articles 311-14 et suivants du Code civil. Afin de justifier la première de ces lois, l'auteur se fonde sur le fait que « *le consentement à*

³¹⁹⁵ Cf. *supra* n° 736 et s.

³¹⁹⁶ K. Bortolitti, *Les effets en France d'une procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger*, mémoire sous la direction de J. Foyer, Univ. Panthéon-Assas Paris II, 2000, p. 19 et s. cité par M. Josselin-Gall, « Bioéthique », préc., n° 51.

l'acte médical est le fondement de la filiation accordée aux enfants de la science ». Quant à la seconde, elle s'imposerait par le « *souci d'intégration de l'enfant au sein de la famille ou de la société* »³¹⁹⁷. Cette position présente un inconvénient majeur résidant dans la multiplication des rattachements proposés et, par conséquent, de lois potentiellement applicables. En outre, elle conduit à un « *éparpillement entre des lois distinctes* »³¹⁹⁸ respectivement applicables au consentement, aux modalités d'exécution et aux effets de l'assistance médicale à la procréation. Or, c'est là oublier que l'assistance médicale à la procréation est un ensemble qui a pour objectif de répondre à un projet parental.

1095. Selon Madame Myriam Hunter-Henin³¹⁹⁹, il convient de soumettre les filiations issues de procréations médicalement assistées à la loi du milieu d'intégration des intéressés. Dans sa thèse, l'auteur défend l'idée que toute question de statut personnel, dont relève la filiation, devrait être rattachée à la loi de la résidence habituelle. C'est, ainsi, qu'elle propose de soumettre l'établissement du lien de filiation à cette dernière. L'auteur va plus loin en défendant « *l'absorption de la question préalable³²⁰⁰ de validité de l'acte médical par la loi applicable à la question principale de la filiation* »³²⁰¹. Elle justifie cette position, car les questions de filiation et d'assistance médicale à la procréation « *ne sont pas réunies [...] au gré du hasard de la procédure mais en raison d'un lien consubstantiel* ». En réalité, l'acte médical ne serait pas pourvu « *d'une autre signification que celle de donner naissance et filiation à un enfant* »³²⁰². Ainsi, les questions de l'établissement du lien de filiation et de l'accès à l'assistance médicale à la procréation ne seraient séparées que si l'acte n'est pas intervenu dans l'État où résident habituellement les intéressés, autrement dit celui de leur milieu d'intégration. En adoptant cette solution qu'elle qualifie de « *rigoureuse* », l'auteur entend dissuader « *les manœuvres frauduleuses de personnes désirant un enfant à tout prix* » même si elle reconnaît qu'elle « *peut contrevenir à l'intérêt de l'enfant, privé de filiation parce que né dans des conditions "irrégulières"* »³²⁰³. L'application de la loi de la résidence habituelle aux filiations

³¹⁹⁷ K. Bortolitti, *Les effets en France d'une procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger*, préc., p. 25 et s. cité par G. Salamé, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, op. cit., p. 281, note 1075.

³¹⁹⁸ G. Salamé, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, op. cit., p. 280, n° 432.

³¹⁹⁹ M. Hunter-Henin, *Pour une redéfinition du statut personnel*, Thèse, PUAM, 2004, p. 514 et s., n°s 737 et s.

³²⁰⁰ Sur cette notion : W. Wengler, « Nouvelles réflexions sur les questions préalables », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 165 ; P. Lagarde, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit. DIP*, 1960, p. 459 ; E. Agostini, « Les questions préalables en droit international privé », in *Droit international et droit communautaire*, Actes colloque Paris, 1991, p. 25 et s.

³²⁰¹ M. Hunter-Henin, *Pour une redéfinition du statut personnel*, op. cit., p. 514, n° 737.

³²⁰² *Ibid.*

³²⁰³ *Ibid.*, p. 515, n° 738.

issues d'assistance médicale à la procréation est en concordance avec l'idée majeure de la thèse de Madame Myriam Hunter-Henin qui préconise de soumettre l'ensemble du statut personnel à cette loi. Néanmoins, elle ne l'est pas avec le droit international privé français qui continue de soumettre, de manière générale, les questions ayant trait au statut personnel - notamment celle de la filiation - à la loi nationale des intéressés. De plus, cette thèse aurait, semble-t-il, des conséquences bien trop néfastes sur le sort des enfants dans la mesure où l'auteur préconise l'absorption de la question préalable par la question principale. Si cette position présente le mérite indéniable de lutter contre le tourisme procréatif, elle peut entraîner des conséquences préjudiciables pour l'enfant dont la filiation pourrait ne pas être établie.

1096. Pour Madame Georgette Salamé³²⁰⁴, la question de la filiation issue d'une assistance médicale à la procréation ne constitue pas une question autonome par rapport à celle de l'accès à la même technique. Autrement dit, elle considère que « *lorsqu'un droit étranger autorise l'accès à une procréation médicalement assistée, il signifie par là qu'il s'engage à reconnaître la filiation qui pourrait en résulter* »³²⁰⁵. Ainsi, l'accès à l'assistance médicale à la procréation et l'établissement de la filiation seraient étroitement liés. Partant de ce constat, l'auteur réfute la création de règles propres - distinctes de celles relatives aux filiations biologique et adoptive - aux questions de filiations issues de procréations médicalement assistées. À cette fin, elle soulève, à juste titre, un inconvénient d'ordre pratique ; « *comment identifier une filiation issue d'une procréation médicalement assistée, étant donné le secret que couvre souvent le recours à une procréation médicalement assistée, secret que protège souvent le législateur et que la réalisation d'une intervention à l'étranger rend plus opaque encore* »³²⁰⁶ ? En prenant le soin de limiter ses propos aux inséminations artificielles avec tiers donneur, Madame Georgette Salamé propose de soumettre les filiations issues d'une assistance médicale à la procréation à une règle de conflit existante en droit international privé, plus exactement à celle régissant l'adoption internationale. Son raisonnement est, principalement, fondé sur le fait que « *l'adoption et l'assistance médicale à la procréation visent toutes deux, en pratique, à pourvoir au désir du couple stérile* ». Par conséquent, selon l'auteur, un « *régime conflictualiste unifié* » mérite d'être appliqué³²⁰⁷. La thèse de Madame Georgette Salamé peut séduire en ce qu'elle consacre une seule et même loi applicable à l'ensemble du processus. Néanmoins, soumettre les filiations issues de procréations médicalement assistées à la règle de

³²⁰⁴ G. Salamé, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, op. cit., p. 280 et s., n^{os} 432 et s.

³²⁰⁵ *Ibid.*, p. 281, n^o 433.

³²⁰⁶ *Ibid.*, p. 281, n^o 434.

³²⁰⁷ *Ibid.*, p. 283, n^o 436.

conflit de lois applicable à l'adoption ne convainc pas entièrement. Les deux mécanismes ne peuvent être réellement rapprochés au point qu'ils méritent d'être traités d'une manière similaire. En effet, ce serait omettre l'objectif principal de l'adoption qui est de donner une famille à un enfant qui n'en a pas. Or, dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, l'enfant n'est pas encore né. Au contraire, il s'agit d'une démarche volontaire du couple de lui donner naissance.

1097. Monsieur le Professeur Mathias Audit³²⁰⁸ constate que contrairement aux systèmes de conflit de lois de certains États fédérés des États-Unis d'Amérique³²⁰⁹, la loi du lieu de l'insémination n'est généralement pas prise en compte dans la détermination de la loi applicable aux filiations issues de procréations médicalement assistées. Cette situation s'expliquerait par le constat que « *dans les systèmes, en tout cas européens, de droit international privé, non seulement il n'existe pas en principe de règle de conflit spécifiquement applicable à la filiation par AMP, mais qu'en outre, les règles de conflit traditionnellement compétentes en matière de filiation reposent en général sur des critères de rattachement prédéterminés qui n'ont pas été conçus pour prendre en considération le lieu de l'insémination* »³²¹⁰. Or, selon l'auteur, ne pas permettre de tenir compte de la loi du lieu de l'insémination pour l'établissement du lien de filiation représente une difficulté dans la mesure où la législation organisant l'assistance médicale à la procréation serait la seule à pouvoir tirer et assumer les conséquences du recours à la technique sur le lien de filiation. En effet, la loi nationale de la mère ne peut y parvenir, car elle ne permet pas l'assistance médicale à la procréation « *ou en tout cas pas dans les mêmes conditions, puisque - précisément - les parents se sont rendus à l'étranger pour y bénéficier d'un traitement qu'ils ne pouvaient obtenir dans leur État d'origine* »³²¹¹. En définitive, l'auteur préconise de prendre en considération la loi du lieu de l'insémination lors de la recherche de la loi applicable à la filiation issue d'une assistance médicale à la procréation. La thèse de Monsieur le Professeur Mathias Audit présente l'avantage d'être fondée sur les enseignements du droit comparé et pourrait à ce titre être bénéfique en vue d'une évolution du droit international privé français. Cependant, il semble inopportun de soumettre l'établissement de la filiation issue d'une assistance médicale à la procréation à la loi du lieu de l'insémination. En effet, cela reviendrait « *à soustraire de la loi personnelle du ou des intéressés des questions au cœur du statut personnel pour les soumettre*

³²⁰⁸ M. Audit, « Bioéthique et droit international privé », préc., p. 367 et s., n^{os} 273 et s.

³²⁰⁹ V. l'étude de droit comparé et les nombreuses jurisprudences cités par Monsieur le Professeur Mathias Audit : *Ibid.*, p. 367 et s., n^{os} 275 et s.

³²¹⁰ *Ibid.*, p. 372, n^o 287,

³²¹¹ *Ibid.*, p. 373, n^o 291.

à des lois de police ou de droit public, relatives au fonctionnement d'établissements hospitaliers, sans rapport direct avec les préoccupations qui fondent une règle de conflit en cette matière »³²¹².

1098. Il convient de rejoindre l'opinion de Madame le Professeur Muriel Josselin-Gall qui souligne qu' « en l'état du droit positif, il semble difficile de ne pas rattacher la question de la filiation des enfants issus des procréations médicalement assistées à la loi nationale de la mère en application de l'article 311-14 du Code civil »³²¹³.

II. La nécessaire application de la loi personnelle de la mère

1099. Le rattachement des filiations issues d'assistance médicale à la procréation à la loi nationale de la mère en application de l'article 311-14 du Code civil n'a jamais été clairement affirmé par la jurisprudence française³²¹⁴. Comme le souligne Madame le Professeur Muriel Josselin-Gall « à chaque fois que la question [de la filiation à la suite d'une procréation médicalement assistée] a pu se poser en droit international privé français, il s'insérait dans le processus de l'assistance médicale à la procréation une gestation pour autrui ». Ainsi, « la lisibilité du processus de désignation du droit applicable a été brouillée par une allergie à l'opération en cause »³²¹⁵.

1100. Monsieur le Professeur David Sindres³²¹⁶ s'interroge sur la pertinence du recours à la règle de conflit de lois quant à l'établissement de la filiation d'un enfant issu d'une assistance médicale à la procréation. Relevant que l'assistance médicale à la procréation ne donne généralement lieu à aucune décision la constatant et lui donnant effet, l'auteur en conclut, à juste titre, que le conflit de lois a vocation à régir la filiation. À l'inverse, si « un jugement étranger était rendu, la purgeant de ses vices éventuels et reconnaissant le lien de filiation entre la mère et l'enfant, la méthode du conflit de lois devrait être délaissée au profit de la méthode de la reconnaissance des décisions étrangères »³²¹⁷. L'établissement du lien de filiation à la suite d'une procréation médicalement assistée ne faisant pas l'objet d'une catégorie de rattachement spécifique en droit international privé³²¹⁸, il convient de l'intégrer au sein de celle

³²¹² M. Josselin-Gall, « Bioéthique », préc., n° 50.

³²¹³ *Ibid.*, n° 52.

³²¹⁴ V. néanmoins M. Josselin-Gall, « Bioéthique », préc., n° 52. L'auteur cite un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 1990 (CA Paris, 15 juin 1990, *D.* 1990, p. 540, note F. Boulanger ; *JDI* 1990, p. 982, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, note C. Labrusse-Riou) qui a été rendu dans une affaire concernant spécifiquement une gestation pour autrui.

³²¹⁵ M. Josselin-Gall, « Bioéthique », préc., n° 52.

³²¹⁶ D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », art. préc.

³²¹⁷ *Ibid.*, spéc. n° 82.

³²¹⁸ Cf. *supra* n° 1093 et s.

de la filiation. Dès lors, il convient d'appliquer la règle de principe énoncée à l'article 311-14 du Code civil donnant compétence à la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, à défaut de mère connue à celle de l'enfant. Or, « *la femme qui a recours à une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger étant, dans l'immense majorité des cas dont ont à connaître les juridictions françaises, de nationalité française, c'est la loi française qui régit, du point de vue de l'ordre juridique français, la procréation médicalement assistée* »³²¹⁹. Son titre d'application procède, alors, directement de la règle de conflit de lois.

1101. Certains ont soulevé une difficulté, car l'application de l'article 311-14 du Code civil implique que la mère soit connue³²²⁰. Or, « *l'hypothèse d'un don d'ovules montre la notion de mère connue n'est pas une évidence* »³²²¹. Néanmoins, cette difficulté peut être levée, car « *la qualification retenue sera celle du droit français [...] [qui] commande l'interprétation de la règle de conflit française* »³²²². La notion de mère doit être entendue selon l'adage *mater semper certa*, autrement dit la mère désignée dans la règle de conflit de lois sera celle qui a accouché.

1102. Faute disposition spécifique à l'établissement du lien de filiation à la suite d'une assistance médicale à la procréation, il convient de retenir l'application des règles de principes adoptées par le législateur en matière d'établissement de la filiation par le sang. Ainsi, il est nécessaire de présenter la teneur des règles générales de conflit de lois françaises relatives à la filiation.

Paragraphe 2. L'application des règles générales de conflit de lois françaises relatives à la filiation

1103. Les règles de conflits de lois en matière de filiation sont issues de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation³²²³ insérant au sein du Code civil une section intitulée « *Du conflit des lois relatives à l'établissement de la filiation* » dans laquelle se trouvent les articles 311-14 et 311-15³²²⁴ posant un principe et un correctif. Ces dispositions ont été modifiées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation³²²⁵ afin de prendre en considération

³²¹⁹ D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », art. préc., spéc. n° 82.

³²²⁰ Cf. *infra* n° 1105 et s.

³²²¹ J.-J. Lemouland, « Le tourisme procréatif », *LPA*, mars 2001, n° 62, p. 24.

³²²² M. Josselin-Gall, « Bioéthique », préc., n° 53.

³²²³ L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, préc.

³²²⁴ La loi du 3 janvier 1972 avait inséré cinq articles dans le Code civil (articles 311-14 à 311-18). A ce jour, les articles 311-16 et 311-18, respectivement relatifs à la légitimation et à l'action à fins de subsides, ont été abrogés. L'article 311-17 ayant trait à la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité ne sera pas développé dans la présente étude.

³²²⁵ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation, préc.

la suppression entre filiations légitime naturelle. Les règles de conflit de lois en matière de filiation sont qualifiées d'« "engagées" au service de l'établissement de la filiation de l'enfant », mais « elles revêtent également [...] une structure à la fois affinée et complexe »³²²⁶. En effet, le principe du rattachement à la loi nationale de la mère (I) est assorti d'un correctif fondé sur la proximité avec le for (II).

I. Le rattachement de principe à la loi nationale de la mère

1104. Selon l'article 311-14 du Code civil, « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ». Le rattachement principal à la loi nationale de la mère (A) est complété par le rattachement subsidiaire à la loi nationale de l'enfant (B).

A. Le rattachement principal à la loi nationale de la mère

1105. L'article 311-14 du Code civil pose une règle de conflit bilatérale qui conduit à l'application la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Selon l'analyse traditionnelle du droit international privé français, la loi personnelle s'entend de la loi nationale³²²⁷. Une difficulté émerge lorsque la mère ne possède pas de nationalité. Si la mère est apatride, il convient de consulter la loi de son domicile et, à défaut, de sa résidence³²²⁸. De même, et conformément à la jurisprudence complétée par l'article 12, alinéa 1^{er} de la Convention de Genève du 28 juillet 1951³²²⁹, si la mère a le statut de réfugiée, la loi applicable à l'établissement de la filiation sera celle de son domicile et à défaut, de sa résidence. Dans l'hypothèse où la mère posséderait une double-nationalité franco-étrangère, il convient de faire prévaloir la nationalité française conformément à la jurisprudence³²³⁰. Si la nationalité française n'est pas en cause, la compétence appartiendrait à la nationalité effective ou active de l'intéressé³²³¹. Cependant, avec une idée de faveur pour l'établissement de la filiation, certains auteurs admettent, qu'en toute hypothèse, compétence doit être donnée à celle des deux lois nationales qui est la plus favorable³²³². Ainsi, Monsieur le Professeur Paul Lagarde affirme que

³²²⁶ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome II, *op. cit.*, p. 194, n° 768.

³²²⁷ Cf. *supra* n° 215 et s.

³²²⁸ CA Paris, 11 mai 1976, *Kostia de D.*, *D.* 1976, p. 633, note J. Massip ; *Rev. crit. DIP* 1977, p. 109, note I. Fadlallah ; *JDI* 1977, p. 656, note J. Foyer. V. aussi : TGI Grenoble, 18 mars 1985, *JDI* 1986, p. 1014, note G. Légier.

³²²⁹ Convention de Genève du 28 juill. 1951 relative au statut des réfugiés, entrée en vigueur le 22 avr. 1954.

³²³⁰ Cf. *supra* n° 384.

³²³¹ V. en faveur d'une telle position : J. Massip, G. Morin et J.-L. Aubert, « La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *Defrénois*, 1972, p. 519.

³²³² P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 10, 21 sept. 2006 (mise à jour : 4 juin 2013), n° 25.

« pour l'application de l'article 311-14 du Code civil à la recherche de paternité naturelle, par exemple, il n'est pas interdit de penser que si la mère possède à la fois la nationalité française et la nationalité allemande, la loi allemande plus favorable à l'établissement de la paternité pourrait être appliquée par le juge français, surtout si la nationalité allemande est la plus effective »³²³³. Cette position ne manque pas d'attrait, mais elle n'est pas partagée par tous les auteurs³²³⁴, car elle entraîne, de manière générale, « un éclatement de la nationalité ». Plus particulièrement, « elle conduit le juge à choisir une loi pour l'établissement de la filiation et une autre pour un autre aspect de l'état de la personne alors que l'article 311-14 a prévu un rattachement unique »³²³⁵. Ainsi, il semble préférable de s'en tenir aux solutions jurisprudentielles et de retenir la loi nationale effective de l'intéressé.

1106. De nombreux arguments ont été avancés afin de justifier la prééminence de la loi personnelle de la mère. Le premier réside dans le fait que ce critère serait le plus sûr. Comme le relèvent Madame le Professeur Horatia Muir Watt et Monsieur le Professeur Dominique Bureau, cette disposition procède de « la conviction [...] selon laquelle la nationalité de la mère, elle-même généralement connue (*mater semper certa est*), était l'élément le moins aléatoire d'une situation dans laquelle le père est le plus souvent recherché et la loi personnelle de l'enfant précisément dans la dépendance de l'établissement de sa filiation »³²³⁶. Ensuite, Messieurs les Professeurs Louis d'Avout et Bernard Audit soulignent que la mère est « le protecteur naturel de l'enfant et joue ainsi le rôle premier dans l'aménagement du rapport familial »³²³⁷. De plus, Messieurs les Professeurs Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières relèvent que cette disposition est « avantageuse pour l'enfant, celui-ci pouvant se prévaloir dans un plus grand nombre de cas des dispositions françaises très favorables à l'établissement de sa filiation »³²³⁸. Enfin, la compétence de la nationale de l'enfant conduirait, à l'inverse, à « une véritable pétition de principe et à un cercle vicieux » dans la mesure où celle-ci « est normalement la conséquence » de l'établissement de la filiation lorsque la nationalité dépend de la filiation³²³⁹.

³²³³ P. Lagarde, « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités, A propos notamment de l'arrêt « Dujaque » de la 1^{ère} chambre civile du 22 juillet 1987 », *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 53.

³²³⁴ V. notamment : B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 416 et s. ; Y. Lequette, « De l'approche fonctionnelle des conflits de nationalités dans un cas de répudiation entre époux franco-marocain », *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 91.

³²³⁵ J. Foyer, « Filiation », *Répertoire de droit international Dalloz*, juill. 2015 (mise à jour : avr. 2020), n° 35.

³²³⁶ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome II, *op. cit.*, p. 195, n° 769.

³²³⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 695, n° 789.

³²³⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 503, n° 527.

³²³⁹ *Ibid.*

1107. Cependant, chacun de ces arguments mérite d'être nuancé. L'argument fondé sur la certitude peut faire défaut lorsque la mère n'est pas connue comme l'admet d'ailleurs expressément l'article 311-14 du Code civil. De plus, « *les développements de la procréation médicalement assistée et spécialement des transferts d'embryons démontrent que la mère qui a accouché n'est pas toujours la mère biologique. Cela est encore plus évident pour la gestation pour autrui* »³²⁴⁰. Quant à la place privilégiée de la mère, elle ne semble pas en accord avec l'esprit de la législation interne. En effet, celle-ci repose désormais, sur « *une collaboration entre les deux parents* »³²⁴¹ qui consiste à « *promouvoir l'égalité des époux* »³²⁴² plutôt que de défendre une prépondérance reconnue à la mère. La faveur pour l'établissement du lien de filiation de l'enfant souhaitée par le législateur, sur le plan du droit international privé, « *ne peut justifier que soit assurée une compétence de principe à la loi française par le biais de la loi de la mère* »³²⁴³. Cette même faveur « *justifierait tout aussi bien que la loi étrangère soit reconnue compétente chaque fois qu'elle manifeste un plus grand libéralisme que la loi française* »³²⁴⁴. L'argument du cercle vicieux ne convainc pas entièrement, car finalement l'article 311-14 du Code civil « *lui-même n'évite pas le cercle vicieux que ses rédacteurs ont pourtant dénoncé [...] puisqu'il reconnaît une compétence, il est vrai subsidiaire, à la loi nationale de l'enfant* »³²⁴⁵.

1108. L'article 311-14 du Code civil prévoit que la loi applicable est la loi nationale de la mère « *au jour de la naissance de l'enfant* ». Par une telle précision, le législateur pose un rattachement fixe dans le temps. Rompant avec la jurisprudence antérieure³²⁴⁶ à la loi du 3 janvier 1972 qui, guidée par l'idée de faveur pour l'enfant, permettait à ce dernier de se prévaloir des dispositions de la loi la plus favorable, cette solution présente « *le double avantage d'assurer l'unité de rattachement du droit de la filiation légitime et illégitime et d'éviter les difficultés soulevées par définition de la loi nationale nouvelle* »³²⁴⁷. Néanmoins, il est

³²⁴⁰ J. Foyer, « Filiation », préc., n° 24. Cf. *infra* n° 1200 et s.

³²⁴¹ *Ibid.*

³²⁴² P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », préc., n° 20.

³²⁴³ *Ibid.*, n° 22.

³²⁴⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 504, n° 527. La jurisprudence en témoigne : CA Paris, 11 mai 1976, *Kostia de D.*, préc. (pour la loi suisse) ; CA Lyon, 31 oct. 1979, *JDI* 1981, p. 53, note J. Foyer ; *Rev. crit. DIP* 1980, p. 558, note B. Ancel (pour la loi belge) ; Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1984, n° 83-12.665, *JDI* 1985, p. 906, note M. Simon-Depitre (pour la loi américaine).

³²⁴⁵ P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », préc., n° 18.

³²⁴⁶ Cass. civ., 5 déc. 1949, *Verdier*, *JCP G* 1950, II, 5287, note G.-R. Delaume ; *JDI* 1950, p. 280, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP* 1950, p. 65, note H. Motulsky ; *GADIP*, n° 21.

³²⁴⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 517, n° 540. Les auteurs soulignent, néanmoins, le fait que l'unité puisse être réalisée sur la base du rattachement à la loi de la nouvelle nationalité ou d'un choix de loi applicable.

indéniable que le système antérieur permettait d'assurer la conformité à l'idée de faveur ayant guidé le législateur de 1972. Pour autant, prévoir un rattachement dans le temps révèle la volonté du législateur d'assurer une plus grande sécurité juridique dans les conflits de lois relatifs à la filiation.

1109. En toute hypothèse, « *le rattachement à la loi de la mère n'est pas sans défauts, mais il a le mérite de la simplicité et de la prévisibilité, et il ne semble pas avoir donné, dans son application pratique, des résultats particulièrement critiquables* »³²⁴⁸. Dans la majorité des situations, la mère de l'enfant est connue et la filiation peut être établie. Néanmoins, l'hypothèse contraire peut se présenter, notamment en cas d'abandon de l'enfant ou encore d'accouchement sous X. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu un rattachement subsidiaire à la loi nationale de l'enfant.

B. Le rattachement subsidiaire à la loi nationale de l'enfant

1110. Si la mère n'est pas connue, il convient d'appliquer la loi personnelle de l'enfant. Celle-ci est la loi du père si la filiation paternelle est établie et la loi française si l'enfant est né en France de parents inconnus. L'absence de nationalité de la mère apatride « *ne peut être assimilée à la non-connaissance de la mère* »³²⁴⁹ qui n'empêche pas l'identification de l'intéressé. De même, « *le fait que l'existence et le contenu de la loi nationale* »³²⁵⁰ ne soient pas connus ne correspond pas à la mère inconnue au sens de l'article 311-14 du Code civil. La loi nationale de l'enfant n'a pas vocation à s'appliquer dans ces deux hypothèses ; la compétence de la loi nationale de la mère est maintenue. En revanche est concernée « *l'ignorance que l'on a de la personne même de la mère, de son identité et de son existence* »³²⁵¹. En matière d'assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger au sein d'un couple de femmes, il est possible de s'interroger dans l'hypothèse d'un don d'ovocytes anonyme au motif que dans ce cas la détermination de la mère est impossible³²⁵². Doit-on considérer que la mère est la femme qui accouche en vertu de l'adage *mater semper certa est* ou, au contraire, que la mère est celle qui a fourni le matériel génétique ? En vertu de la

³²⁴⁸ J. Foyer, « Filiation », préc., n° 30.

³²⁴⁹ P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », préc., n° 28.

³²⁵⁰ *Ibid.*

³²⁵¹ S. Godechot-Patris, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 548-10, n° 28.

³²⁵² *Ibid.* V. dans le même sens : K. A. Rokas, *L'assistance médicale à la procréation en droit international comparé*, op. cit., p. 227.

jurisprudence de la Cour de cassation³²⁵³, il semble que dans une telle situation, la mère est celle qui accouche. Par conséquent, la loi nationale de l'enfant n'aura pas à vocation à s'appliquer.

1111. La principale difficulté réside dans le fait que l'article 311-14 du Code civil ne donne pas la signification de la notion de « *mère inconnue* ». Deux interprétations sont envisageables et ont divisé la doctrine : d'une part, considérer comme inconnue la mère qui n'est pas connue en fait et d'autre part, réputer inconnue la mère dont on connaît l'existence, mais dont la filiation n'est pas établie avec l'enfant, autrement dit la mère inconnue en droit. En pratique, la difficulté se présente, principalement, lorsque l'enfant, né de parents inconnus, souhaite exercer une action en recherche de maternité. Faut-il retenir la loi personnelle de la prétendue mère, c'est-à-dire celle contre laquelle l'action est dirigée ? Ou, seulement, considérer que l'enfant est né de mère inconnue et appliquer le tempérament, c'est-à-dire la loi nationale de l'enfant ? En faveur de la première interprétation³²⁵⁴, les auteurs font valoir que la solution paraît « *plus conforme à l'intention du législateur et au caractère subsidiaire de la loi de l'enfant* »³²⁵⁵. En cette hypothèse, la loi de l'enfant n'aurait vocation à s'appliquer que si l'identité de la mère n'est pas connue, autrement dit qu'elle n'est ni connue en fait, ni en droit. La loi nationale de la mère serait alors compétente si la mère est seulement connue en fait sans qu'un lien de filiation soit établi avec l'enfant. Selon Messieurs les Professeurs Pierre Mayer et Vincent Heuzé, il « *ne semble pas anormal d'appliquer la loi de la prétendue mère : il est habituel en droit international privé d'appliquer la loi qui caractérise un rapport juridique pour savoir s'il existe* »³²⁵⁶. En faveur de la seconde interprétation³²⁵⁷, les auteurs considèrent que la loi nationale de l'enfant aurait vocation à s'appliquer lorsqu'une action tend à établir une filiation maternelle par une action en recherche de maternité. Considérant qu'il s'agit d'une prétendue mère, autrement dit non connue avec certitude, cela ferait obstacle à l'application de sa loi personnelle. Cette solution a pour conséquence directe de restreindre le champ d'application du rattachement à la loi personnelle de la mère et d'en restreindre le domaine aux actions concernant l'établissement de la filiation paternelle ce qui ne semble pas être le souhait

³²⁵³ Cf. *supra* n° 918 et s. et *infra* n° 1200 et s.

³²⁵⁴ En ce sens : M. Simon-Depitre et J. Foyer, *Le nouveau droit international privé de la filiation*, Librairies techniques, Paris, 1973, n° 20 ; P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 444, n° 640 ; P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », *préc.*, n° 30 ; J. Foyer, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *RCADI*, Tome 93, 1985, p. 51, n° 88.

³²⁵⁵ P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », *préc.*, n° 30.

³²⁵⁶ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 444, n° 640.

³²⁵⁷ En ce sens : A. Huet, « Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Les conflits de lois en matière de filiation en droit international privé français, allemand et suisse*, Travaux de l'institut de droit comparé de la faculté de droit de Strasbourg, LGDJ, 1973, p. 19 et s., spéc. p. 33 ; A. Ponsard, « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », *JDI*, 1972, p. 766.

du législateur français. De plus, cela opérerait une scission entre filiation maternelle et filiation paternelle fragmentant le statut de la filiation et brisant l'unité de l'enfant à l'égard de ses deux parents³²⁵⁸.

1112. Face aux solutions contradictoires des juges du fond³²⁵⁹, la Cour de cassation s'est prononcée, à la faveur de l'arrêt *Imhoos*³²⁶⁰ en date du 11 juin 1996, pour l'application de la loi de la prétendue mère. En l'espèce, la première chambre civile note que le nom de la mère est indiqué dans l'acte de naissance de l'enfant de sorte que celle-ci est identifiée. Ainsi, la Cour « *fait prévaloir la notion de mère de fait, estimant que la loi personnelle de la mère s'impose si cette dernière a été simplement identifiée en fait, alors même que sa maternité ne serait pas établie en droit* »³²⁶¹.

1113. La loi désignée par l'article 311-14 du Code civil - loi nationale de la mère et, à défaut, loi nationale de l'enfant - régit tous les modes d'établissement de la filiation, que l'enfant soit né en mariage ou hors mariage, qui ne font pas l'objet d'une règle spéciale. Ainsi, elle s'applique, notamment, aux actions en recherche de paternité³²⁶², à la contestation de paternité légitime³²⁶³, à la réclamation d'enfant légitime³²⁶⁴ ou encore au désaveu préventif de paternité³²⁶⁵. En outre, la loi ainsi désignée gouverne la preuve de la filiation. En effet, « *en raison du lien étroit, en la matière, entre fond du droit et questions de preuve, la jurisprudence retient que non seulement l'objet et la charge de la preuve doivent être déterminés en application de la loi nationale de la mère, loi applicable au fond [...], mais encore que l'admissibilité et la force probante des modes de preuve relèvent de cette même loi (alors que la loi applicable sur ce point est normalement la lex fori)* »³²⁶⁶. Ainsi, les différents modes de preuve - acte de naissance, possession d'état, témoignages, écrits, expertises sanguines,

³²⁵⁸ P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », préc., n° 30.

³²⁵⁹ CA Lyon, 31 oct. 1979, préc. ; TGI Paris, 18 nov. 1980, *JCP G* 1981, II, 19540, note D. Huet-Weiller et A. Huet ; *D.* 1981, p. 80, note P. Raynaud ; *Rev. crit. DIP* 1981, p. 673, note B. Ancel ; *RTD civ.* 1981, p. 376, obs. R. Nerson.

³²⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1996, *Imhoos*, n^{os} 94-12.926, 94-12.927, 94-12.928 et 94-12.929, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 291, note Y. Lequette ; *D.* 1997, p. 3, note F. Monéger ; *D.* 1997, Somm. 156, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Deffrénois* 1997, p. 307, obs. Massip ; *LPA* 1997, n° 123, p. 11, note S. Aubert.

³²⁶¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 504, n° 527.

³²⁶² V. par exemple : Cass. 1^{ère} civ, 3 mars 1987, *Leppert*, n° 85-12.693, *JCP G* 1989, II, 21209, note E. Agostini ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 695, note M. Simon-Depitre, *GADIP*, n° 73 et les nombreuses décisions citées par P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », préc., n° 33.

³²⁶³ V. par exemple : CA Paris, 25 oct. 2007, préc. ; TGI Paris, 30 avr. 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 313, note Y. Lequette ; TGI Paris, 12 juill. 1982, *D.* 1983, p. 200, note B. Audit ; *JDI* 1983, p. 374, note A. Huet ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 461, note M. Santa-Croce.

³²⁶⁴ V. par exemple : TGI Paris, 18 nov. 1980, préc.

³²⁶⁵ V. par exemple : CA Paris, 26 oct. 2006 ; CA Lyon, 31 oct. 1979, préc.

³²⁶⁶ S. Clavel, *op. cit.*, p. 460, n° 754.

empreintes génétiques - seront soumis à la loi désignée par l'article 311-14 du Code civil. De même, la force des présomptions relatives à la durée de la grossesse et des présomptions *pater is est* sera soumise à la loi nationale de la mère, à défaut celle de l'enfant. En revanche, les modes d'administration des moyens de preuve semblent relever de la loi du for. Par conséquent, « lorsque la loi étrangère régissant l'établissement de la filiation naturelle au fond admet la liberté de la preuve de celle-ci, le juge du for pourra tenir compte de tous les moyens de preuve admissibles à ce titre au regard de la loi du for [...] et ordonner, le cas échéant, des mesures d'instruction tendant à faire apparaître la vérité biologique »³²⁶⁷. Les aspects relatifs à la forme des actes comme la tenue des registres ou la rédaction des actes de l'état civil sont, traditionnellement, soumis à la *lex loci actus*³²⁶⁸.

1114. Au côté de la règle bilatérale posée par l'article 311-14 du Code civil, le législateur français a prévu un correctif d'inspiration unilatéraliste à l'article 311-15 dudit Code évinçant la loi en principe compétente au bénéfice de la loi française.

II. Le correctif fondé sur la proximité avec le for

1115. L'article 311-15 du Code civil apporte un tempérament en énonçant que « toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère ». Ainsi, la compétence de principe de la loi nationale de la mère - le cas échéant celle de l'enfant - est écartée, en matière de possession d'état, en faveur de l'application de la loi française. « La promotion de la possession d'état dans la loi du 3 janvier 1972 correspond à l'idée selon laquelle l'enfant a intérêt à ce que sa filiation soit conforme à la réalité sociologique, fût-ce au prix de la destruction d'un lien artificiel résultant de la loi »³²⁶⁹. En d'autres termes, il s'agit de protéger « des situations établies, dès lors que celles-ci sont reconnues par la loi française et intégrées au milieu social français, contre une mise en cause éventuelle par une loi étrangère du fait de la nationalité de la mère »³²⁷⁰.

³²⁶⁷ P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », préc., n° 43.

³²⁶⁸ Cass. civ., 3 janv. 1832, S. 1832, 1, p. 220 ; Cass. req., 2 juin 1855, S. 1856, 1, p. 20 ; Cass. req., 29 juin 1922, DP 1922, 1, p. 127 ; CA Paris, 8 juill. 1983, D. 1983, p. 503, note B. Audit.

³²⁶⁹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome II, *op. cit.*, p. 196, n° 770.

³²⁷⁰ B. Audit, et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 697, n° 791.

1116. Cette règle présente un caractère unilatéral, mais « *il s'agit d'un unilatéralisme partiel puisqu'il ne se préoccupe pas de la compétence éventuelle des lois étrangères* »³²⁷¹ de sorte qu'elle ne joue qu'au profit de la loi française. Autrement dit, « *si l'enfant et ses parents ou l'un d'eux réside dans un pays étranger, les conséquences de la possession d'état ne sauraient être soumises à la loi étrangère de la résidence* »³²⁷². La loi compétence en vertu de l'article 311-14 du Code civil conservera sa compétence. Selon Messieurs les Professeurs Pierre Mayer et Vincent Heuzé, l'article 311-15 « *apparaît moins comme une règle de conflit unilatérale que comme une loi d'application nécessaire, ou plutôt comme une règle qui transforme en lois d'application nécessaire, les règles internes qui font produire des effets à la possession d'état* »³²⁷³. En soulignant que le texte n'entend pas soumettre la possession d'état à la loi française, mais uniquement assurer aux enfants intégrés dans l'ordre juridique français les effets que la loi française attache à cette notion, les auteurs démontrent que s'il ne découle aucune conséquence de la possession d'état selon la loi française alors que la loi étrangère lui en fait produire, c'est cette dernière qui l'emporte. Autrement dit, « *l'applicabilité de la loi française dépend [...] de son contenu, non de la nature de la question* »³²⁷⁴.

1117. Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, cet article donne compétence à la loi française à la condition que l'enfant et ses parents ou l'un d'entre eux résident en France. Il s'agit d'un champ d'application élargi dans la mesure où sous la loi du 3 janvier 1972, le texte opérait une distinction entre filiation légitime et naturelle. Pour la première, toutes les parties devaient avoir leur résidence en France - les deux parents et l'enfant - alors que pour la seconde, il était seulement exigé que l'enfant et l'un de ses parents résident en France. Désormais, tant les enfants nés en mariage que nés hors mariage peuvent bénéficier des dispositions de l'article 311-15 du Code civil si seulement l'un des deux parents a résidence en France. Le texte évoque la notion de « *résidence habituelle, commune ou séparée* » qui est une notion de fait appréciée souverainement par les juges. Elle doit s'entendre du « *lieu où vivent habituellement et effectivement le père et/ou la mère avec l'enfant* »³²⁷⁵. De plus, il importe peu que « *l'enfant et ses auteurs (ou l'un d'eux) résident effectivement dans un même lieu ou qu'ils ne résident pas ensemble, pourvu que les résidences séparées se trouvent situées en France* »³²⁷⁶. La principale

³²⁷¹ J. Foyer, « Filiation », préc., n° 53.

³²⁷² P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », préc., n° 50.

³²⁷³ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 446, n° 644.

³²⁷⁴ *Ibid.*

³²⁷⁵ J. Foyer, « Filiation », préc., n° 59. Cf. *supra* n° 220 et s.

³²⁷⁶ P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », préc., n° 59.

difficulté quant à l'appréciation de la condition de résidence habituelle concerne la détermination du moment où celle-ci doit être appréciée. En effet, l'article 311-15 du Code civil ne dispose d'aucune indication temporelle. Une doctrine majoritaire considère qu'il suffit que la condition de résidence ait été réalisée à un moment quelconque entre le jour où la possession d'état s'est constituée et celui où elle est invoquée³²⁷⁷. Cependant, la jurisprudence ne semble pas en accord avec une telle position. Dans un arrêt du 31 octobre 1979³²⁷⁸, la Cour d'appel de Lyon écarte l'application de l'article 311-15 du Code civil en constatant qu'à la date de l'assignation, la mère n'avait pas sa résidence habituelle en France. À l'instar de Messieurs les Professeurs Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, par conformité à l'esprit du législateur ayant adopté l'article 311-15 du Code civil et « *la faveur pour l'application de la loi française sur la possession d'état* » qui fonde ledit article, il conviendrait d'appliquer la loi française dès lors que la condition de résidence a été remplie à un moment donné³²⁷⁹.

1118. Le correctif posé à l'article 311-15 du Code civil n'a, néanmoins, pas vocation à jouer au sein d'un couple de même sexe. Pour s'en convaincre, il convient de revenir sur un avis rendu par la Cour de cassation le 7 mars 2018³²⁸⁰. En l'espèce, un couple de femmes a vécu ensemble pendant plusieurs années. Au cours de leur vie commune, l'une d'elles a donné naissance à un enfant dont la filiation paternelle n'a pas été établie. À la suite de leur séparation, les deux femmes ont demandé au tribunal d'instance de Saint-Germain-en-Laye la délivrance d'un acte de notoriété établissant la possession d'état de mère de l'ex-concubine à l'égard de l'enfant et sa transcription en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Le tribunal d'instance a saisi la Cour de cassation pour avis afin de savoir si le droit français autorise la délivrance d'un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie. La Cour de cassation rappelle qu'« *en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a expressément exclu qu'un lien de filiation puisse être établi à l'égard de deux personnes de même sexe, si ce n'est par l'adoption* ». Par conséquent, les modes d'établissement du lien de filiation tels que la reconnaissance, la présomption de paternité ou la possession d'état n'ont pas

³²⁷⁷ V. en ce sens : A. Ponsard, « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », art. préc., spéc. n° 22 ; H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Tome 2, *op. cit.*, p. 116, n° 470.

³²⁷⁸ CA Lyon, 31 oct. 1979, préc. V. aussi : TGI Paris, 30 avr. 1985, préc. (où la filiation est prise en considération au moment de l'instance).

³²⁷⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 517, n° 540. V. dans le même sens : P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 449, n° 649.

³²⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., avis, 7 mars 2018, n° 17-70.039, *D.* 2018, p. 983, note H. Fulchiron ; *D.* 2019, p. 505, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2019, p. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2018, p. 233, obs. P. Salvage-Gerest.

été ouverts aux époux de même sexe, *a fortiori* aux concubins de même sexe. En outre, la Cour note qu' « *en toute hypothèse, l'article 320 du Code civil dispose que, tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait* ». Ainsi, « *ces dispositions s'opposent à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant* ». Cette solution est bienvenue, car admettre l'inverse dénaturerait la possession d'état. En effet, comme le relève Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, « *la possession d'état n'a de sens que dans le cadre d'une parenté par le sang : il s'agit d'une présomption qui permet de considérer comme prouvé ce que l'on n'a pas directement prouvé, ce qui suppose que la filiation en cause soit au moins vraisemblable* »³²⁸¹. Or, le fait qu'un lien de filiation soit déjà établi à l'égard d'une femme fait échec à cette vraisemblance. En définitive, un couple de même sexe ne pourrait pas bénéficier du tempérament posé à l'article 311-15 du Code civil que celui-ci soit marié ou en concubinage dans la mesure où la filiation au sein d'un couple homosexuel ne peut être établie par la possession d'état.

1119. Une question s'est posée en doctrine et en jurisprudence quant à la portée réelle du correctif posé par l'article 311-15 du Code civil. Comme le souligne, Monsieur le Professeur Jacques Foyer, « *il ne fait guère de doute que l'article 311-15 a vocation à intervenir toutes les fois que la possession d'état a des effets positifs, c'est-à-dire lorsqu'elle permet de concilier vérité sociologique et vérité légale* »³²⁸². En d'autres termes, la loi française s'appliquera lorsqu'elle permet d'établir un lien de filiation. Cependant, l'article 311-15 a-t-il vocation à jouer dans les situations où la possession d'état a des effets négatifs ? Autrement dit, « *partant du principe que la non-possession d'état est encore de la possession d'état* », il s'agirait « *de faire jouer ce texte toutes les fois qu'elle n'existe pas, ce qui reviendrait à l'interprétation large* »³²⁸³. L'article 311-15 du Code civil s'appliquerait aux conséquences attachées à l'absence de possession d'état en permettant de détruire une filiation existante³²⁸⁴. Une doctrine minoritaire³²⁸⁵ a retenu une interprétation limitée aux seuls effets positifs de la possession d'état. À l'appui de cette position, les auteurs invoquent « *le caractère exceptionnel*

³²⁸¹ H. Fulchiron, « Pas de famille homoparentale hors adoption », *D.*, 2018, p. 983.

³²⁸² J. Foyer, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *préc.*, p. 85, n° 178.

³²⁸³ *Ibid.*, p. 86, n° 179.

³²⁸⁴ J. Foyer, « Filiation », *préc.*, n° 64.

³²⁸⁵ V. notamment : H. Batiffol et P. Lagarde, « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *Rev. crit. DIP*, 1972, p. 11 ; A. Ponsard, « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », *art. préc.*, spéc. n° 21 ; A. Huet, *Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis la loi du 3 janvier 1972*, *préc.*, p. 42 ; I. Fadlallah, *La famille légitime en droit international privé*, Thèse, Dalloz, 1977, n°s 318 et 319.

de l'article 311-15 du Code civil »³²⁸⁶. À l'inverse, une doctrine majoritaire³²⁸⁷ penche en faveur d'une interprétation extensive des conséquences de la possession d'état englobant tant ses effets positifs que négatifs. Il convient de rejoindre cette position dans la mesure où « *la généralité de la formule de l'article 311-15 [...], ainsi que les difficultés qu'il y aurait à distinguer les effets attachés à la possession de ceux qui en découlent de l'absence de possession autorise[nt] [...] pareille interprétation* »³²⁸⁸. En définitive, comme le soulignent Messieurs les Professeurs Pierre Mayer et Vincent Heuzé, les textes faisant produire effet à l'absence de possession d'état sont « *de même inspiration* » que ceux faisant produire effet à son existence ; dans les deux cas, il s'agit de « *promouvoir l'aspect "sociologique" du lien de filiation* »³²⁸⁹. La jurisprudence s'est ralliée à l'interprétation extensive de la notion de conséquences de la possession d'état. Dans une décision rendue par le tribunal de grande instance de Paris³²⁹⁰ le 1^{er} mars 1977, il est fait application de l'article 311-15 du Code civil afin d'écarter la présomption de paternité en l'absence de possession d'état à l'égard de l'époux de la mère.

1120. Si les règles générales de conflit de lois françaises relatives à l'établissement de la filiation ont vocation à s'appliquer à l'égard de la femme ayant mis au monde l'enfant, elles ne peuvent permettre d'établir la filiation à l'égard de la conjointe de celle-ci qui devra s'orienter vers l'adoption de l'enfant du conjoint.

Sous-section 2. L'établissement de la filiation à l'égard de la conjointe de la mère légale de l'enfant

1121. En ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, la loi du 17 mai 2013 leur a également accordé le bénéfice de l'adoption de l'enfant du conjoint en vertu de l'article 345-1 du Code civil. Dans ce contexte, le phénomène consistant pour des couples de femmes mariées à se rendre à l'étranger afin de bénéficier d'une insémination artificielle avec tiers donneurs

³²⁸⁶ P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », préc., n° 61.

³²⁸⁷ V. notamment : B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 697, n° 792 ; Y. Lequette, note, *Rev. crit. DIP*, 1978, p. 110, spéc. p. 114 ; J. Massip, « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois*, 2006, n° 3, p. 209 ; P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 446, n° 644.

³²⁸⁸ P. Bourel, H. Muir Watt et E. Gallant, « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », préc., n° 62. V. la démonstration de Monsieur le Professeur Yves Lequette sur les difficultés posées par l'interprétation restrictive eu égard aux anciens articles 313 et 313-1 du Code civil (à ce jour articles 313 et 314) : Y. Lequette, note, *Rev. crit. DIP*, 1978, p. 110, spéc. p. 114.

³²⁸⁹ P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *op. cit.*, p. 446, n° 644.

³²⁹⁰ TGI Paris, 1^{er} mars 1977, *Rev. crit. DIP* 1978, p. 110, note Y. Lequette ; *D.* 1978, p. 63, concl. Paire. V. aussi : TGI Paris, 2 juill. 1982, *JDI* 1983, p. 374, note A. Huet ; *D.* 1983, p. 200, note B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 461, note M. Santa-Croce ; TGI Paris, 30 avr. 1985, préc.

dans les États ouvrant cette pratique aux couples homosexuels féminins ou aux femmes seules³²⁹¹ s'est accentué. En effet, si le recours à l'étranger à une assistance médicale à la procréation a toujours été un moyen pour les couples de femmes de contourner la prohibition de la loi française, il était impossible pour la femme vivant avec la mère légale de l'enfant de voir sa filiation établie³²⁹². Désormais, les couples homosexuels féminins sont autorisés à se marier et, par voie de conséquence, de retour en France, elles peuvent établir un double lien de filiation maternelle par la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint. Cependant, les premières décisions des juridictions du fond dans ce contexte, rendues après la loi du 17 mai 2013, laissent apparaître l'instabilité de la jurisprudence quant à l'autorisation de l'adoption de l'enfant né d'une insémination artificielle avec tiers donneur par la conjointe de la mère légale de l'enfant (Paragraphe 1). La Cour de cassation est finalement venue mettre fin à cette instabilité jurisprudentielle en autorisant une telle adoption (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une jurisprudence initialement instable

1122. Les juges du fond ont adopté des attitudes divergentes face aux requêtes en adoption présentées par les conjointes des mères biologiques des enfants conçus par insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger. Néanmoins, les décisions semblent présenter la caractéristique commune d'analyser au préalable le mode de conception de l'enfant (I). Si certaines juridictions ont déduit de cette analyse une fraude à la loi française, il semble que celle-ci ne soit, en réalité, pas caractérisée (II).

I. L'analyse préalable commune du mode de conception de l'enfant

1123. En analysant préalablement le mode de conception de l'enfant afin de faire droit à une demande d'adoption, les juges du fond la font dépendre de la licéité de celui-ci (A). Néanmoins, de nombreux arguments incitent à penser que le mode de conception de l'enfant se doit d'être indifférent lorsqu'il s'agit pour un juge de répondre à une requête en adoption (B).

A. Le prononcé de l'adoption dépendant de la licéité du mode de conception

1124. Dans une décision en date du 14 octobre 2013³²⁹³, le Tribunal de grande instance de Lille a été le premier à autoriser l'adoption plénière par la conjointe d'une femme

³²⁹¹ Cf. *supra* n° 712.

³²⁹² Cf. *supra* n° 988 et s.

³²⁹³ TGI Lille, 14 oct. 2013, *Dr. fam.* 2014, n° 4, obs. C. Neirinck ; *D.* 2014, p. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts.

homosexuelle de deux enfants conçus dans le cadre d'une insémination artificielle avec tiers donneur en Belgique. Les deux enfants étaient nés en France avec pour seul lien de filiation celui à l'égard de leur mère. Les enfants étant privés de filiation paternelle, l'adoption de l'enfant du conjoint a été possible. Madame le Professeur Claire Neirinck souligne « *la grande facilité avec laquelle cette adoption particulière peut être obtenue au sein des couples de femmes* »³²⁹⁴. Or, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est « *très rare au sein des couples hétérosexuels [...] [car] l'enfant a déjà un père et une mère* »³²⁹⁵. Cette décision fait figure d'exception dans la mesure où il semble que ce soit la seule ayant prononcé l'adoption de l'enfant en se fondant sur les seules dispositions du Code civil relatives à l'adoption. En effet, les jugements rendus postérieurement « *soit qu'ils aient prononcé, soit qu'ils aient refusé l'adoption, avaient en commun de s'interroger au préalable sur la licéité du mode de conception de l'enfant* »³²⁹⁶. Il s'agissait alors pour les juges du fond de s'interroger en amont sur la licéité de l'assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme pratiquée à l'étranger. De la réponse à cette question préalable découlait la réponse à la question principale résidant dans l'établissement de la filiation à l'égard de la conjointe de la mère biologique de l'enfant par le biais de l'adoption.

1125. Dès lors, les juridictions du fond se sont divisées : certaines refusant les demandes d'adoption, d'autres y faisant droit. Au rang des premières, dans trois décisions en date du 29 avril 2014³²⁹⁷, le Tribunal de grande instance de Versailles a refusé de prononcer l'adoption d'enfants nés à la suite d'une assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme en estimant que « *le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu* ». De même, le tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence³²⁹⁸ s'est fondé sur la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 dans laquelle il a été affirmé que « *l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité, et qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant de réprimer de telles*

³²⁹⁴ C. Neirinck, « Première adoption plénière par l'épouse de la mère », *Dr. fam.*, n° 1, janv. 2014, comm. 4.

³²⁹⁵ *Ibid.* L'article 345-1 du Code civil prévoit que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise que lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint.

³²⁹⁶ D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », art. préc., spéc. n° 14.

³²⁹⁷ TGI Versailles, 29 avr. 2014, n°s 13/00113 et 13/00168, *D. actualité* 9 mai 2014, obs. T. Coustet ; *D.* 2014, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2014, p. 368, obs. C. Méary ; *AJ fam.* 2014, p. 267, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2014, comm. 14, note P. Reigné ; *Rev. crit. DIP* 2014, p. 619, note S. Bollée ; *RTD civ.* 2014, p. 637, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2014, repère 7, obs. C. Neirinck.

³²⁹⁸ TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, n° 14/01472, *D.* 2014, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

pratiques »³²⁹⁹. Ainsi, pour rejeter la requête en adoption, les juges soulignent qu'en se déplaçant en Espagne pour recourir à une procréation médicalement assistée, dans des conditions exclues par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, en vue de la réalisation d'un projet parental commun avec sa compagne, la mère de l'enfant a évité sciemment l'application des dispositions de cet article. Relevant ce « *détournement* », les juges empêchent et privent d'effet de telles pratiques. Mise en parallèle avec la solution retenue par la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui, cette position n'a rien d'étonnant. En effet, il suffit de se rappeler que la Cour avait considéré que l'adoption à la suite d'une gestation pour autrui constituait un détournement de l'institution³³⁰⁰.

1126. Au rang des secondes, dans deux décisions du 8 juillet 2014³³⁰¹, le Tribunal de grande instance de Nanterre a considéré que « *le recours à la procréation médicalement assistée dans un pays membre de l'Union européenne où elle est ouverte, par un couple ne remplissant pas les conditions [...] [de la loi française] ne peut constituer, à lui seul, un processus frauduleux qui devrait priver d'effet la naissance en France de l'enfant en interdisant l'établissement de sa filiation maternelle et son adoptabilité* ». Les faits de l'espèce présentaient la particularité de concerner des adoptions croisées. Les deux requérantes étaient mariées et ont sollicité l'adoption de leur enfant respectif. Les deux enfants ont été conçus en Belgique par le recours à une assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme.

1127. Le lien entre conception de l'enfant et établissement de la filiation est explicitement affirmé par les juges du fond. Pour autant, un contrôle du mode de conception de l'enfant par le juge afin de se prononcer sur une requête en adoption est-il réellement justifiable ? Cette question mérite, semble-t-il, une réponse négative conduisant à l'indifférence du mode de conception de l'enfant.

B. L'indifférence du mode de conception de l'enfant

1128. En principe, sauf action particulière³³⁰², la filiation est établie sans contrôle du mode de conception de l'enfant. De même, le juge ayant à se prononcer sur une adoption ne contrôle pas le mode de conception de l'enfant. Seulement deux exceptions donnaient lieu à un tel contrôle : l'inceste absolu et la gestation pour autrui. Dans les deux cas, il s'agit d'interdits résultant de dispositions expresses du Code civil. D'une part, l'article 16-7 du Code civil prévoit

³²⁹⁹ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, préc., consid. 58.

³³⁰⁰ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, préc.

³³⁰¹ TGI Nanterre, 8 juill. 2014, n°s 13/14803 et 13/14804, *D.* 2014, p. 1669, note P. Reigné.

³³⁰² Il convient de réserver les hypothèses de l'action en contestation (art. 332 et s. du Code civil) ou en recherche de filiation (art. 325 et s. du Code civil).

que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Ainsi, cette disposition relevant des principes essentiels du droit français, la requête en adoption de la personne mariée au parent biologique de l'enfant a pour objectif d'établir un lien de filiation que la loi française ne permet pas. Désormais, cette exception est levée dans la mesure où la Cour de cassation a autorisé l'adoption par le conjoint du parent légal de l'enfant né dans le cadre d'une gestation pour autrui³³⁰³. D'autre part, l'article 310-2 du même Code dispose que « s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage [...] pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ». Cet interdit a vocation à protéger les valeurs fondamentales de la société française et, notamment, l'essence même du lien de filiation. Ainsi, l'adoption ne peut être utilisée afin de contourner la prohibition française interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu³³⁰⁴. Or, un pareil contrôle des conditions de conception de l'enfant peut-il être effectué en matière d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur anonyme réalisée à l'étranger ?

1129. Selon Madame le Professeur Claire Neirinck, les circonstances de la conception de l'enfant ont vocation à être vérifiées par le juge saisi d'une requête en adoption. En effet, constatant qu'une femme affirmant son homosexualité n'a nécessairement pas une sexualité procréatrice, « si elle devient mère, il n'y a rien d'étonnant à ce que les magistrats saisis d'une requête en adoption par son épouse l'interrogent sur les circonstances de la naissance du futur adopté »³³⁰⁵. Soulignant que l'article 1171 du Code de procédure civile³³⁰⁶ confère au tribunal « les pouvoirs d'investigations les plus larges en matière d'adoption », l'auteur considère que « si une mère consent à l'adoption de son enfant en faveur de son épouse et refuse d'indiquer dans quelles circonstances il a été conçu, avec qui, les juges peuvent déduire de son refus, complété par d'autres éléments tels qu'une vie commune avec l'adoptante ou avec une autre femme antérieure à la procréation, qu'il l'a été d'une manière frauduleuse »³³⁰⁷. La mère serait

³³⁰³ Cf. *infra* n° 1162 et s.

³³⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 2004, n° 01-01.600, *D.* 2004, p. 362, concl. J. Sainte-Rose ; *D.* 2004, p. 365, note D. Vigneau ; *D.* 2004. somm. 1419, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2004, p. 75, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2004. 66, obs. F. Bicheron ; *JCP* 2004. II. 10064, n° 783, note C. Labrusse-Riou ; *RJPF* 2004-3/34, note T. Garé ; *Dr. fam.* 2004. comm. 16, note D. Fenouillet.

³³⁰⁵ C. Neirinck, « Epouses, fraude et adoption plénière », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2014, repère 7.

³³⁰⁶ L'article 1171 du Code de procédure civile dispose que « Le tribunal vérifie si les conditions légales de l'adoption sont remplies dans un délai de six mois à compter soit du dépôt de la requête, soit de sa transmission dans le cas prévu au second alinéa de l'article 1168. S'il y a lieu, il fait procéder à une enquête par toute personne qualifiée. Il peut commettre un médecin aux fins de procéder à tout examen qui lui paraîtrait nécessaire. Il peut recueillir les renseignements relatifs à un pupille de l'Etat dans les conditions prévues aux articles L. 221-7 et L. 221-8 du code de l'action sociale et des familles ».

³³⁰⁷ C. Neirinck, « Epouses, fraude et adoption plénière », art. préc.

alors placée dans « *la même situation probatoire que la personne qui refuse de se soumettre à l'expertise biologique* »³³⁰⁸.

1130. Néanmoins, le contrôle des conditions de conception de l'enfant ne peut, en réalité, être réellement réalisé par les juges pour plusieurs raisons. D'une part, il est difficile de savoir de quelle manière l'enfant a été conçu sans « *faire entrer l'État dans les chambres à coucher des mères pour vérifier que le mode de procréation est bien de ceux permis par le droit français* »³³⁰⁹. D'autre part, procéder à une telle enquête serait certainement « *gravement attentatoire aux libertés des personnes considérées* »³³¹⁰. En effet, une investigation sur le mode de conception de l'enfant constituerait une « *atteinte inévitable à l'intimité de la vie privée* »³³¹¹. Ainsi, « *vérifier que l'enfant n'a pas été "illégalement conçu" est une voie particulièrement dangereuse* »³³¹². En outre, il est tout à fait possible pour le couple de femmes de se taire sur le mode de conception de l'enfant. Il leur suffit de prétendre que ce dernier est né à la suite d'une relation hétérosexuelle précédente dont le père n'a jamais reconnu son lien de filiation. Il conviendrait alors que « *les femmes se taisent, pour que la paix des familles retrouve ses droits ...* »³³¹³. Autrement dit, il s'agirait « *d'un système dont la sévérité ne frapperait que ceux qui avouent leur "faute"* »³³¹⁴. Là encore, en cas de doute sur les conditions de conception de l'enfant, le juge pourrait poursuivre des investigations, mais ce serait porter atteinte au droit au respect de la vie privée « *sur le seul fondement de l'orientation sexuelle de la mère* »³³¹⁵. C'est ainsi que Monsieur le Professeur Sylvain Bollée, afin de défendre l'idée que le mode de conception de l'enfant est indifférent, a affirmé que « *lorsque se pose la question de l'adoption par le conjoint [...], il ne s'agit pas de donner effet à des normes du pays où l'enfant a été conçu, mais bien d'appliquer le droit français qui est seul compétent pour se prononcer sur la possibilité de l'adoption* »³³¹⁶.

1131. Même s'il n'était pas question d'adoption, une comparaison peut être effectuée avec les arrêts rendus en matière de délégation-partage d'autorité parentale³³¹⁷. Il suffit de se rappeler qu'avant la loi du 17 mai 2013, la Cour de cassation admettait un tel mécanisme au

³³⁰⁸ C. Neirinck, « Epouses, fraude et adoption plénière », art. préc.

³³⁰⁹ S. Bollée, A.-M. Leroyer et E. Pataut, « L'État dans les chambres à coucher », *Le HuffPost*, 7 mars 2014.

³³¹⁰ *Ibid.*

³³¹¹ A.-M. Leroyer, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.*, 2014, p. 2031.

³³¹² A. Dionisi-Peyrusse, « Actualités de la bioéthique : refus de l'adoption d'un enfant conçu par PMA », *AJ fam.*, 2014, p. 267.

³³¹³ S. Bollée, A.-M. Leroyer et E. Pataut, « L'État dans les chambres à coucher », art. préc.

³³¹⁴ H. Fulchiron, « Fraus omnia corrumpit ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes », *D.*, 2014, p. 1162.

³³¹⁵ *Ibid.*

³³¹⁶ S. Bollée, « Nullité d'ordre public de la convention de mère porteuse », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 619.

³³¹⁷ Cf. *supra* n° 966 et s.

sein des couples de femmes dont l'une avait pourtant eu recours à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur anonyme à l'étranger³³¹⁸. Les conditions de conception de l'enfant n'étaient pas prises en compte par le juge afin d'écartier la demande des couples de femmes. Pourquoi seraient-elles alors prises en compte dans le cadre d'une demande d'adoption de l'enfant du conjoint alors que cette dernière est autorisée par la loi ? Les avis rendus postérieurement par la Cour de cassation semblent finalement confirmer l'idée selon laquelle le mode de conception de l'enfant n'a pas d'influence sur le prononcé de l'adoption, car si les juges prennent le soin de mentionner que l'enfant est né à la suite d'une assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme réalisée à l'étranger, ils ne se prononcent jamais expressément sur sa licéité³³¹⁹.

1132. Il a été vu que la diversité des solutions des juridictions du fond aux demandes d'adoption par la conjointe de la mère légale de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur anonyme réalisée à l'étranger dépend de la licéité du mode de conception de l'enfant. De la réponse à cette première question dépend la réponse à la seconde ; une telle pratique constitue-t-elle alors une fraude à la loi française ? Là encore, les juridictions du fond ont apporté des solutions différentes.

II. Une fraude à la loi française non caractérisée

1133. Tant les juges du fond que la doctrine ont été divisés quant à l'existence d'une fraude à la loi lorsqu'une femme se rend à l'étranger afin de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme. L'inexistante manipulation d'un élément de la règle de conflit de lois invite à penser que la fraude à la loi au sens du droit international privé ne peut être retenue (A). En outre, si celle-ci l'était, sa sanction se révélerait inadaptée à la situation en cause (B).

A. L'inexistante manipulation d'un élément de la règle de conflit de lois

1134. Certains auteurs, approuvant les décisions des juridictions du fond en ce sens³³²⁰, voient dans le fait pour une femme de se rendre à l'étranger afin de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme suivi d'une demande d'adoption de l'enfant du

³³¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, n° 09-12.623, préc.

³³¹⁹ V. infra.

³³²⁰ TGI Versailles, 29 avr. 2014, n°s 13/00113 et 13/00168, préc. ; TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, n° 14/01472, préc.

conjoint par son épouse une fraude à la loi³³²¹. Selon Monsieur le Professeur Jean Mouly, il est impossible de se fonder sur l'absence de manipulation d'un élément de la règle de conflit de lois afin d'exclure la fraude. En effet, « *l'application de la loi étrangère a été déclenchée par un "glissement délibéré de la situation" de l'empire de la loi française à celui d'une autre loi* ». Or, « *c'est ce glissement délibéré qui caractérise la fraude en droit international privé* ». Ainsi, « *par la manœuvre, ici une délocalisation factice, le fraudeur parvient à introduire artificiellement, dans une situation purement interne, un élément d'extranéité permettant d'exclure la loi française, normalement applicable, au profit d'une loi étrangère qui n'a aucun point de contact objectif avec la situation juridique des intéressés* »³³²². Madame Aude Mirkovic rejoint la position précédente en considérant que « *la fraude est bien caractérisée lorsque des femmes se rendent à l'étranger pour échapper à l'interdiction française de concevoir par insémination un enfant délibérément privé de père, puis demandent l'adoption de l'enfant ainsi conçu par la conjointe de la mère* »³³²³. Autrement dit, selon ces auteurs, la fraude résulte du contournement de l'interdiction pour deux femmes d'avoir recours à une insémination artificielle avec tiers donneur en France. Or, la violation de cette prohibition permettant de rendre l'enfant ainsi conçu adoptable, il s'agirait d'un détournement de l'adoption.

1135. Il est classiquement enseigné qu' « *il y a détournement lorsqu'une institution est utilisée pour parvenir à un autre objectif que celui pour lequel elle a été prévue. En particulier, l'adoption est détournée lorsqu'elle est utilisée dans un autre but que celui qui est sa raison d'être, à savoir donner une famille à un enfant privé de la sienne par les aléas de la vie* »³³²⁴. Autrement dit, il y a détournement de l'adoption lorsque « *celle-ci est sollicitée pour couronner un "processus de fabrication adoptable", c'est-à-dire d'un enfant délibérément privé de sa famille biologique ou d'une branche de celle-ci pour qu'il puisse être adopté* »³³²⁵. Cette position avait été retenue, en matière de gestation pour autrui, par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui avait affirmé que l' « *adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que [...]* ce processus

³³²¹ Cf. *supra* n° 286 et s.

³³²² J. Mouly, « La « délocalisation procréative » : fraude à la loi ou habileté permise ? », *D.*, 2014, p. 2419.

³³²³ A. Mirkovic, « L'impossible adoption des « bébés Thalys » », *RLDC*, 2014, n° 5501, p. 40. V. dans le même sens : C. Neirinck, « Epouses, fraude et adoption plénière », art. préc. ; T. Garé, « Refus de l'adoption de l'enfant conçu par PMA dans un couple de femmes », *RJPF*, 2014, p. 39.

³³²⁴ A. Mirkovic, « L'impossible adoption des « bébés Thalys » », art. préc.

³³²⁵ *Ibid.*

constituait un détournement de l'institution de l'adoption »³³²⁶. Comme le souligne Madame Aude Mirkovic, aux premiers abords, la position de la Cour de cassation laisse penser que ce n'est pas la présence d'un contrat de gestation pour autrui qui fait obstacle à l'adoption, mais « *le fait que l'enfant a été conçu de manière à ce qu'il soit adoptable, ce qui résulte [...] [de] l'engagement ab initio de la gestatrice de renoncer à l'enfant* »³³²⁷. Or, de la même manière, « *l'homme qui fournit son sperme [dans le cadre d'une insémination artificielle avec donneur anonyme] sait qu'il contribue à la naissance d'un enfant sur lequel il ne prétendra à aucune paternité* »³³²⁸ rendant ainsi délibérément l'enfant adoptable. Ainsi, l'adoption réalise le même détournement de l'adoption dans les deux situations.

1136. À l'inverse, les auteurs ont, majoritairement, contesté l'existence d'une fraude à la loi afin de refuser de prononcer l'adoption par l'épouse de la mère. Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron a critiqué la position du Tribunal de grande instance de Versailles³³²⁹ en ces termes : « *la fraude suppose un artifice (une société que l'on crée, une nationalité que l'on acquiert). En l'espèce, où est l'artifice, sinon, au sens littéral du terme, dans la technique médicale utilisée ? L'enfant n'est ni un mécanisme juridique, ni une situation que l'on a modifiée pour asservir le droit à ses desseins : c'est une personne dont on ne peut nier l'existence et les droits* »³³³⁰. De même, Monsieur le Professeur Philippe Reigné, approuvant la position du Tribunal de grande instance de Nanterre³³³¹, considère qu' « *il n'est pas possible d'établir une quelconque manipulation d'un élément de la règle de conflit, les mères s'étant bornées à se rendre à l'étranger afin de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation* »³³³². Il est vrai que dans les cas d'espèce, les couples de femmes n'ont manipulé aucune règle de conflit de lois, elles ont usé de leur liberté de circulation afin de se rendre à l'étranger et l'enfant est né sur le territoire français en toute légalité³³³³. Le même auteur, à propos de la fraude à la loi retenue par le tribunal de grande instance de Versailles, considère que le recours à celle-ci n'est pas justifié dans la mesure où l'adoption est demandée par la conjointe de la mère et non par celle-ci. Or, selon lui, il convient de ne pas punir la première

³³²⁶ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, préc.

³³²⁷ A. Mirkovic, « L'impossible adoption des « bébés Thalys » », art. préc.

³³²⁸ *Ibid.*

³³²⁹ TGI Versailles, 29 avr. 2014, n°s 13/00113 et 13/00168, préc.

³³³⁰ H. Fulchiron, « *Fraus omnia corrumpit ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes* », art. préc.

³³³¹ TGI Nanterre, 8 juill. 2014, n°s 13/14803 et 13/14804, préc.

³³³² P. Reigné, « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », *D.*, 2014, p. 1669.

³³³³ V. en ce sens : A. Lebel, « Adoption plénière de l'enfant du conjoint au sein d'un couple de femmes », *A.J. fam.*, 2014, p. 368.

pour une prétendue fraude à la loi commise par la seconde. « *Il aurait fallu, à tout le moins, établir un concert frauduleux entre les deux épouses* » ; or, les juges du fonds n'ont pas relevé « *l'existence d'une communauté de vie entre la requérante et sa conjointe à l'époque de la conception* »³³³⁴. En outre, selon l'auteur, « *la chronologie interdit de considérer que les enfants ont été conçus avec assistance médicale à la procréation dans la perspective de leur adoption sous l'empire du droit français issu de la loi du 17 mai 2013 ; ce qui rend bien peu vraisemblable le "procédé" frauduleux dénoncé par les juges* »³³³⁵. En effet, pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler que les enfants dont l'adoption était demandée étaient nés en 2005 et 2009, soit largement avant l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe.

1137. Monsieur le Professeur Philippe Reigné a tenté de justifier l'absence de fraude à la loi en soulignant l'absence d'interdiction générale de recourir à une assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme applicable aux personnes qui ne remplissent pas les conditions énumérées par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique³³³⁶. Selon cette analyse, à laquelle Madame Laurence Brunet s'est ralliée, la loi française n'édicte pas « *à l'intention des couples de femmes ou des femmes célibataires une interdiction formelle de recourir (ailleurs) à une insémination avec donneur* »³³³⁷. En outre, « *la méconnaissance du cadre légal français n'est assortie d'aucune sanction ou nullité d'ordre public, à la différence de ce qui concerne la gestation pour autrui* »³³³⁸. Il paraît peu probable que le législateur français ait entendu adopter une telle position ; ce serait « *confondre la norme et sa sanction* »³³³⁹. En posant des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation, il est clair que le législateur a souhaité, *a contrario*, si lesdites conditions ne sont pas remplies interdire l'accès à la technique considérée. La conception de l'assistance médicale à la procréation « *qu'impose la loi française comporte ainsi, implicitement mais nécessairement une règle prohibitive : il est interdit d'avoir recours à un procédé de procréation artificielle en dehors du périmètre fixé* »³³⁴⁰. Il convient de rejoindre l'opinion de Monsieur le Professeur

³³³⁴ P. Reigné, « L'assistance médicale à la procréation, l'adoption et la fraude à la loi », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2014, comm. 113.

³³³⁵ *Ibid.*

³³³⁶ P. Reigné, « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », art. préc.

³³³⁷ L. Brunet, « Les attermolements du droit français dans la reconnaissance des familles formées par des couples de femmes », art. préc., spéc. n° 29.

³³³⁸ *Ibid.*

³³³⁹ J. Mouly, « La « délocalisation procréative » : fraude à la loi ou habileté permise ? », art. préc.

³³⁴⁰ I. Barrière-Brousse, « Adoption. – Enfant du conjoint. – Époux de même sexe. – Enfant conçu par procréation médicalement assistée à l'étranger. – Violation de la loi française. – Fraude à la loi (non). – Obstacle à l'adoption (non) », art. préc.

David Sindres qui affirme que « *lorsque le législateur prend le soin de préciser les conditions auxquelles il subordonne une pratique, il interdit par là même le recours à ladite pratique en méconnaissance de ces conditions* » et ce peu importe que l'interdiction « *ne soit pas expressément rappelée dans le Code civil* »³³⁴¹.

1138. En réalité, la fraude à la loi a suscité tant de discussions, car « *dans le domaine du tourisme procréatif, les contours mêmes de la notion ne sont pas assurés. Ainsi, tandis que certains l'appréhendent, expressément ou implicitement, à l'aune du droit interne, d'autres l'analysent sous l'angle du droit international privé* »³³⁴². Il convient d'approuver l'opinion des auteurs considérant qu'il n'existe pas de fraude à la loi au sens strict du droit international privé, faute de manipulation d'un élément de la règle de conflit de lois. Un argument supplémentaire semble conforter cette idée. En effet, les règles françaises relatives à l'accès à l'assistance médicale à la procréation ont été qualifiées de lois de police³³⁴³. Ainsi, elles ont vocation à réglementer ces pratiques sur le territoire français. De là, « *considérer que ce dispositif législatif renferme une interdiction à caractère extraterritorial, opérant au niveau individuel, est une extrapolation qui ne va pas de soi* »³³⁴⁴.

1139. En outre, la sanction classiquement retenue en matière de fraude à la loi en droit international privé confirme l'idée selon laquelle celle-ci ne peut être retenue lorsqu'il s'agit de prononcer l'adoption par le conjoint de l'enfant conçu par insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger.

B. Une sanction de la fraude à la loi inadaptée

1140. Il est généralement enseigné qu'une fraude à la loi est sanctionnée par l'inopposabilité de l'acte frauduleux³³⁴⁵. Or, une telle sanction appliquée à une assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme réalisée à l'étranger s'avère totalement inadaptée, voire même impraticable. Retenir une fraude à la loi implique que celle-ci ait des conséquences « *non pas tant sur l'adoption de l'enfant, que sur l'établissement de la filiation maternelle. La femme qui a accouché ayant fraudé la loi n'aurait pas dû pouvoir être considérée comme la mère de l'enfant* »³³⁴⁶. En effet, pourquoi cantonner la sanction à l'adoption ? Si fraude à la loi il y a, « *elle ne se loge pas dans l'adoption elle-même, mais dans le processus*

³³⁴¹ D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », art. préc., spéc. n° 84.

³³⁴² *Ibid.*, spéc. n° 3.

³³⁴³ Cf. *supra* n° 765 et s.

³³⁴⁴ S. Bollée, « Nullité d'ordre public de la convention de mère porteuse », art. préc.

³³⁴⁵ Cf. *supra* n° 288.

³³⁴⁶ A.-M. Leroyer, « L'enfant d'un couple de femmes », art. préc.

d'assistance médicale à la procréation. La cohérence voudrait donc que le ministère public puisse agir en contestation de maternité, afin de défaire le lien de filiation unissant l'enfant à sa mère biologique »³³⁴⁷.

1141. Néanmoins, une telle solution est « *non seulement absurde, mais inhumaine* »³³⁴⁸ et conduit « *à faire un orphelin potentiel de l'enfant issu d'une insémination artificielle à l'étranger* »³³⁴⁹. Il « *semble inimaginable de remettre en cause la filiation maternelle résultant de l'accouchement et de la désignation à l'état civil* »³³⁵⁰. En outre, il est certain qu'une telle solution aurait reçu la censure de la Cour européenne des droits de l'homme qui attache une importance particulière à la filiation biologique de l'enfant en tant qu'élément de son identité protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il suffit de se rappeler que dans les affaires *Mennesson* et *Labassée*³³⁵¹, la Cour européenne a condamné l'État français pour ne pas avoir reconnu le lien de filiation biologique existant entre les enfants nés à la suite d'une gestation et leurs pères biologiques. Remettre en cause le lien de filiation maternelle découlant de l'accouchement à la seule raison que les enfants sont nés d'une insémination artificielle avec tiers donneur réalisée à l'étranger aurait nécessairement reçu la censure de la Cour européenne. En définitive, la filiation de la mère biologique ne peut être contestée « *parce qu'elle est celle que l'accouchement désigne comme mère, et que le refus de le constater juridiquement porterait une atteinte excessive, indubitablement, au droit de l'enfant à son identité* »³³⁵².

1142. En réalité, les partisans de la fraude à la loi n'ont jamais revendiqué une telle sanction « *aussi inhumaine que contraire aux droits de l'homme* »³³⁵³. Il s'agissait alors d'autoriser seulement l'établissement de lien de filiation entre l'enfant et sa mère biologique afin de faire respecter l'interdiction de l'assistance médicale à la procréation au sein d'un couple de femmes fondée sur le fait de ne pas vouloir faire « *naître un enfant sans père* »³³⁵⁴. Ainsi, « *prononcer une telle adoption serait un encouragement à multiplier le nombre d'enfants délibérément amputés de leur lignée paternelle pour pouvoir être adoptés. En effet, s'il est*

³³⁴⁷ S. Bollée, A.-M. Leroyer et E. Pataut, « L'État dans les chambres à coucher », art. préc.

³³⁴⁸ A.-M. Leroyer, « L'enfant d'un couple de femmes », art. préc.

³³⁴⁹ S. Bollée, A.-M. Leroyer et E. Pataut, « L'État dans les chambres à coucher », art. préc.

³³⁵⁰ M.-C. Le Boursicot, « Le principe de l'intérêt de l'enfant à être adopté après la promulgation de la loi mariage pour tous », *RLDC*, déc. 2013, n° 110, p. 47.

³³⁵¹ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc. ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c./ France*, req. n° 65941/11, préc.

³³⁵² I. Barrière-Brousse, « Adoption. – Enfant du conjoint. – Époux de même sexe. – Enfant conçu par procréation médicalement assistée à l'étranger. – Violation de la loi française. – Fraude à la loi (non). – Obstacle à l'adoption (non) », art. préc.

³³⁵³ J. Mouly, « La « délocalisation procréative » : fraude à la loi ou habileté permise ? », art. préc.

³³⁵⁴ C. Neirinck, « Epouses, fraude et adoption plénière », art. préc.

*possible de concevoir à l'étranger un enfant par insémination par donneur en contournement de la loi française, et d'obtenir en toute impunité l'adoption demandée, la loi française sera privée d'efficacité »*³³⁵⁵. Afin de ne pas écarter toute sanction à la fraude à la loi retenue, Monsieur le Professeur Jean Mouly considère que « *la solution qui consiste à admettre l'établissement de la filiation biologique tout en refusant l'adoption peut paraître plus équilibrée* »³³⁵⁶. Une telle position est critiquable étant donné que la loi du 17 mai 2013 a autorisé l'adoption par un couple de femmes, l'argument ne saurait donc prospérer³³⁵⁷. En effet, selon Madame le Professeur Anne-Marie Leroyer, dans la mesure où la loi française admet que deux femmes puissent adopter, elle reconnaît qu'un double lien de filiation maternelle puisse être établi. Cela empêchant, juridiquement, l'établissement d'une filiation paternelle, « *l'exigence selon laquelle un enfant devrait pouvoir, conformément au modèle de la procréation charnelle, être rattaché à une mère et à un père relève donc de la conviction personnelle et non du droit* »³³⁵⁸.

1143. L'interprétation divisée des juridictions du fond, certaines admettant l'adoption, d'autres la refusant, entraînait une réelle insécurité juridique pour les intéressés. Face à une telle division, la Cour de cassation a été saisie pour avis sur le fondement de l'article L 441-1 du Code de l'organisation judiciaire qui prévoit qu' « *avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation* ». C'est ainsi que sur le fondement de l'article 1031-1 du Code de procédure civile³³⁵⁹, les tribunaux de grande instance d'Avignon³³⁶⁰ et de Poitiers³³⁶¹ ont saisi la Cour de cassation. Le tribunal de grande instance d'Avignon interroge la Cour en ces termes : « *l'accès à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes, est-il de*

³³⁵⁵ A. Mirkovic, « L'impossible adoption des « bébés Thalys » », art. préc.

³³⁵⁶ J. Mouly, « La « délocalisation procréative » : fraude à la loi ou habileté permise ? », art. préc.

³³⁵⁷ A.-M. Leroyer, « L'enfant d'un couple de femmes », art. préc.

³³⁵⁸ *Ibid.*

³³⁵⁹ L'article 1031-1 du Code de procédure civile prévoit que « *lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point. Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3. La saisine pour avis ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires* ».

³³⁶⁰ TGI Avignon, 19 juin 2014, n° 14/00666, *D. actualité* 3 juill. 2014, obs. T. Coustet ; *AJ. fam.* 2014, p. 431, obs. F. Berdeaux-Cacogne.

³³⁶¹ TGI Poitiers, 23 juin 2014, *D. actualité* 3 juill. 2014, obs. T. Coustet.

*nature, dans la mesure où cette assistance ne lui est pas ouverte en France, en application de l'art. L. 2151-2 CSP, à constituer une fraude à la loi sur l'adoption et notamment aux art. 343 et 345-1 c. civ., et au code de la santé publique, empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère » ? Le tribunal de grande instance de Poitiers réitère la question en des termes très proches à la différence près qu'il ajoute une question complémentaire présentée en ces termes : « *L'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale exigent-ils au contraire de faire droit à la demande d'adoption formulée par l'épouse de la mère de l'enfant* » ? La Cour de cassation s'est prononcée à l'occasion de deux avis en date du 22 septembre 2014³³⁶² admettant le contournement de l'interdit français par l'adoption de l'enfant du conjoint.*

Paragraphe 2. Le contournement de l'interdit français par l'adoption de l'enfant du conjoint admise

1144. La Cour de cassation a rendu ses deux avis le 22 septembre 2014³³⁶³ mettant fin à l'instabilité jurisprudentielle des juges du fond en considérant que « *le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* ». La brièveté des propos de la Cour de cassation mérite que soient analysés les fondements sa position (I). Finalement, la Cour autorise l'adoption de l'enfant du conjoint même si celui-ci est conçu par assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger en respectant les seules conditions légales de l'adoption de l'enfant du conjoint (II).

I. Les fondements des avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014

1145. Les deux avis de la Cour méritent d'être lus en considération du communiqué les accompagnant, ainsi que du rapport de Madame Rachel Le Cotty, conseiller référendaire, et des conclusions de Monsieur Jean-Dominique Sarcelet, avocat général. En vertu du communiqué,

³³⁶² Cass., avis, 22 sept. 2014, n^{os} 14-70.006 et 14-70.007, *D.* 2014, p. 2031, note A. M. Leroyer ; *D.* 2015, p. 21, obs. H. Fulchiron ; *D.* 2015, p. 649, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2015, p. 1007, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2015, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2014, p. 523, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014, p. 872, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 3698, obs. C. Brunetti-Pons ; *Dr. fam.* 2014, n^o 160, obs. C. Neirinck ; *JCP G* 2014, 2015, n^o 1004, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2015, 982, n^o 8, obs. A. Gouttenoire ; *JDI* 2015, p. 101, note I. Barrière-Brousse.

³³⁶³ Cass., avis, 22 sept. 2014, n^{os} 14-70.006 et 14-70.007, préc.

deux considérations ont guidé la solution retenue : le rejet de la solution fondée sur la fraude à la loi (A) et la volonté implicite du législateur français (B).

A. Le rejet de la solution fondée sur la fraude à la loi

1146. Le communiqué indique que la Cour « *écarter la solution fondée sur la fraude à la loi en matière d'insémination artificielle avec donneur anonyme pratiquée à l'étranger. En effet, en France, certes sous conditions, cette pratique médicale est autorisée : dès lors, le fait que des femmes y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français* ». Concernant la débattue question de la fraude à la loi, selon Madame Rachel Le Cotty³³⁶⁴, plusieurs pistes étaient envisageables pour la Cour de cassation. En premier lieu, elle aurait pu décider que « *le fait, pour un couple de femmes, de recourir à l'étranger à une insémination artificielle avec donneur anonyme [...] constitue une fraude à la loi faisant obstacle au prononcé de l'adoption* ». Il s'agirait, alors, de faire respecter les interdits posés par la loi française. En deuxième lieu, il aurait été possible d' « *écarter toute fraude à la loi, dans une conception stricte de la fraude, en l'absence de modification d'un critère de rattachement de la règle de conflit de lois* ». Ainsi, en l'absence de fraude, rien ne pourrait faire obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère. En troisième lieu, la Cour de cassation aurait pu estimer que « *bien qu'une fraude à la loi soit constituée, celle-ci n'est pas d'une gravité telle qu'elle empêche le prononcé de l'adoption, en l'absence de violation de "principes essentiels" du droit français* ». L'avocat général, Monsieur Jean-Dominique Sarcelet³³⁶⁵ a rejoint la troisième proposition, qualifiée d'intermédiaire³³⁶⁶. Dans ses conclusions, il énonce que l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur qui n'est interdite par aucune disposition relative au respect du corps humain doit être distinguée de la gestation pour autrui atteinte d'une nullité d'ordre public. En outre, il affirme que l'examen d'un éventuel détournement de l'adoption devrait être tributaire des circonstances de la conception de l'enfant. Or, l'intimité de la vie du couple ne serait plus préservée.

1147. La Cour de cassation, dans ses deux avis, semble avoir retenu cette solution intermédiaire, soit l'existence d'une fraude à la loi d'une gravité insuffisante pour que celle-ci puisse faire échec à l'adoption. En effet, dans son communiqué, la Cour n'écarter pas la fraude, mais « *la solution fondée sur la fraude à la loi* ». Ainsi, elle semble adopter « *une conception*

³³⁶⁴ Rapport du rapporteur Madame Rachel Le Cotty, spéc. p. 72.

³³⁶⁵ Conclusions générales de Monsieur l'avocat général Jean-Dominique Sarcelet.

³³⁶⁶ F. Chénéde, « Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA », *AJ fam.*, 2014, p. 555.

nuancée de la fraude »³³⁶⁷ ce qui « incite à penser que l'atteinte portée à l'ordre public, par voie d'évitement des dispositions du droit français sur l'assistance médicale à la procréation et qui concernerait donc le mode de conception de l'enfant à naître, ne présenterait pas un degré de gravité tel qu'elle ferait obstacle au prononcé de l'adoption »³³⁶⁸. Autrement dit, « la gravité du contournement de la loi française opérée » par la gestation pour autrui et l'assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme réalisées à l'étranger ne pourrait « être appréhendée de la même manière dans l'un et l'autre cas. Seule la gestation pour autrui enfreindrait un principe essentiel du droit français, par différence avec l'insémination par don de gamètes »³³⁶⁹. Déjà, Monsieur le Professeur Philippe Reigné avait défendu l'idée que « l'ambiguïté de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique est suffisante pour que l'on considère qu'il ne s'en évince aucune interdiction générale applicable aux personnes qui ne remplissent pas les conditions qu'il énumère »³³⁷⁰. Comparant l'assistance médicale à la procréation au clonage strictement prohibé par l'article 16-4, alinéa 3 du Code civil³³⁷¹ et à la gestation pour autrui, interdite par l'article 16-7 dudit Code³³⁷², le cas de la première pratiquée en méconnaissance des conditions énoncées à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique n'est pas défendu par le Code civil.

1148. Néanmoins, il semble qu'une telle solution soit fondée sur une confusion entre fraude à la loi et ordre public international français. En effet, l'ordre public international a pour fonction d'évincer la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois lorsqu'elle est contraire aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique français, mais « il ne saurait en aucun cas conférer un titre d'application à cette loi étrangère au seul motif de sa compatibilité avec les principes essentiels du droit français »³³⁷³. En d'autres termes, « la fraude à la loi n'a jamais été effacée par l'absence de contrariété à l'ordre public international de la loi dont les fraudeurs ont recherché l'application »³³⁷⁴. Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation semble avoir opté pour

³³⁶⁷ A.-M. Leroyer, « L'enfant d'un couple de femmes », art. préc.

³³⁶⁸ F. Granet-Lambrechts, « Filiation de l'enfant conçu par procréation assistée avec don de gamètes : dispositions spéciales », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 217.13.

³³⁶⁹ L. Brunet, « Les attermolements du droit français dans la reconnaissance des familles formées par des couples de femmes », art. préc., spéc. n° 29.

³³⁷⁰ P. Reigné, « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », art. préc.

³³⁷¹ Selon l'article 16-4, alinéa 3 du Code civil, « est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée ».

³³⁷² Selon l'article 16-7 du Code civil, « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

³³⁷³ J. Mouly, « La « délocalisation procréative » : fraude à la loi ou habileté permise ? », art. préc.

³³⁷⁴ D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », art. préc., spéc. n° 95. L'auteur souligne néanmoins qu'« il est vrai que l'existence d'une fraude peut contribuer à la réactivation de l'exception d'ordre public international, en faisant échec à son effet atténué [...]. Mais si la fraude peut ainsi jouer un rôle dans le déclenchement de l'exception d'ordre public international, elle ne disparaît pas, en revanche, lorsque le résultat

une telle interprétation approuvée par certains auteurs. Selon Madame Marie-Christine Le Boursicot, si le recours à l'assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme est interdit en France, cette « *interdiction ne repose pas sur un principe essentiel du droit français, elle ne porte pas atteinte au principe d'indisponibilité du corps humain comme la gestation pour autrui* »³³⁷⁵. De même, Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron considère que pour que la sanction encourue soit aussi radicale, soit empêcher l'adoption de l'enfant par le conjoint du parent légal, « *encore faut-il que la règle contournée soit d'une force particulière [...]. Dans le cas de la GPA, sont invoqués les principes de l'indisponibilité de l'état, de la prohibition de la marchandisation du corps humain, de respect de la dignité de la femme ...* »³³⁷⁶. Le refus de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes tient quant à lui à « *la conception thérapeutique des PMA et à l'attachement de notre droit au modèle "biologique" de la filiation selon lequel un enfant est l'enfant d'un homme et d'une femme* »³³⁷⁷. Or, selon l'auteur, ces principes n'ont rien d'absolu en droit français, car d'une part, l'adoption par une personne célibataire est admise et d'autre part, la loi du 17 mai 2013 en ouvrant l'adoption aux époux de même sexe a consacré la filiation monosexuée³³⁷⁸. En définitive, la gestation pour autrui enfreindrait des principes essentiels du droit français contrairement à l'insémination artificielle avec tiers donneur qui ne ferait que contourner des règles impératives du droit français. C'est l'interprétation que la Cour de cassation a retenu dans ses avis du 22 septembre 2014 consacrant une « *hiérarchie dans les atteintes à l'ordre public familial français* »³³⁷⁹.

1149. Une telle interprétation était prévisible, car au cours des débats parlementaires sur la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, la question avait été évoquée à plusieurs reprises. Finalement, la volonté implicite du législateur français lors de l'adoption de la loi du 17 mai 2013 a aussi fondé les avis de la Cour de cassation.

obtenu par fraude n'est pas contraire à l'ordre public international : le fait que la fraude puisse parfois avoir une incidence sur le jeu de l'ordre public international n'implique en rien que l'ordre public international puisse conditionner l'existence d'une fraude ».

³³⁷⁵ M.-C. Le Boursicot, « Le principe de l'intérêt de l'enfant à être adopté après la promulgation de la loi mariage pour tous », art. préc.

³³⁷⁶ H. Fulchiron, « *Fraus omnia corrumpit ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes* », art. préc.

³³⁷⁷ *Ibid.*

³³⁷⁸ *Ibid.*

³³⁷⁹ L. Brunet, « Les attermoiements du droit français dans la reconnaissance des familles formées par des couples de femmes », art. préc., spéc. n° 29.

B. La volonté implicite du législateur français

1150. Le communiqué indique que la loi du 17 mai 2013 a eu pour effet de permettre l'établissement de la filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe par l'adoption « *sans aucune restriction relative au mode de conception de cet enfant* ». Critiquant une telle solution, Madame le Professeur Isabelle Barrière-Brousse souligne que la Cour de cassation ne pouvait affirmer que la loi du 17 mai 2013 a permis l'établissement du lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe sans aucune restriction quant au mode de conception de l'enfant dans la mesure où « *ces restrictions existent, de lege lata* ». En effet, l'auteur relève que « *quand bien même l'hypothèse d'une parenté homosexuelle apparaît admise aujourd'hui via l'adoption, le recours à la PMA demeure réservé à certains couples, nécessairement de sexe différent* »³³⁸⁰.

1151. En réalité, l'affirmation de la Cour de cassation ne surprend pas si elle est lue en considération des débats ayant précédé l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. Déjà, Monsieur le Député Erwann Binet avait pu énoncer à propos de l'assistance médicale à la procréation pour les couples de femmes que « *chacun sait qu'une forte proportion des enfants de conjoints qui seront adoptés au sein des couples de femmes sera en réalité issue d'une AMP réalisée à l'étranger [...]. Cette réalité de la possibilité, déjà largement utilisée, qu'ont les couples de femmes françaises de se rendre à l'étranger pour réaliser une AMP que la loi française leur interdit, ne peut être ignorée. En conséquence, en permettant aux femmes d'adopter l'enfant de leur conjointe, sans leur permettre de le concevoir en France dans le cadre légal de l'AMP, le projet de loi tolère, voire encourage, le contournement de la loi française* »³³⁸¹. De même, Madame Michelle Meunier, sénatrice, a énoncé qu' « *il y a [...] une forme d'hypocrisie à valider par l'adoption intrafamiliale, permise par le présent projet de loi, les projets parentaux réalisés par AMP à l'étranger, sans permettre que ceux-ci puissent être réalisés en France. En d'autres termes, en permettant aux femmes d'adopter l'enfant de leur conjointe conçu à l'étranger via l'AMP, le projet de loi encourage le contournement de l'interdiction française* »³³⁸². Conscients de cette réalité, plusieurs

³³⁸⁰ I. Barrière-Brousse, « Adoption. – Enfant du conjoint. – Époux de même sexe. – Enfant conçu par procréation médicalement assistée à l'étranger. – Violation de la loi française. – Fraude à la loi (non). – Obstacle à l'adoption (non) », art. préc.

³³⁸¹ AN, Rapport n° 628 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, par E. Binet, 17 janv. 2013, p. 94.

³³⁸² Sénat, Avis n° 435 présenté au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, par M. Meunier, 20 mars 2013, p. 51.

parlementaires ont déposé des amendements visant à interdire l'adoption de l'enfant du conjoint lorsque celui-ci a été conçu dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation ne respectant pas les conditions posées par la législation française. L'intégralité de ces amendements présentés devant l'Assemblée nationale et le Sénat a été rejetée³³⁸³. À l'inverse, des amendements ont été proposés devant le Sénat afin de permettre explicitement l'adoption de l'enfant du conjoint en tenant compte uniquement de l'intérêt supérieur de l'enfant, et ce quel que soit son mode de conception. Ces amendements ont finalement été retirés³³⁸⁴. Comme le relève Monsieur le Professeur François Chénéde, « *la solution ne faisait guère de doutes dans l'esprit des députés et sénateurs : l'adoption de l'enfant né d'une PMA réalisée à l'étranger allait être rendue possible par la loi* »³³⁸⁵. En définitive, comme l'exprime Monsieur l'avocat général Jean-Dominique Sarcelet dans ses conclusions, « *la critique ne porte en aucun cas sur l'absence de clarté du message délivré au travers de la loi* » qui en ouvrant l'adoption aux couples de même sexe, n'a institué aucun contrôle sur la conception de l'enfant. En réalité, « *la solution s'impose, la communauté juridique cherche seulement une institution qui ait le courage de l'énoncer* »³³⁸⁶. Le législateur en ouvrant l'adoption aux couples de personnes de même sexe avait conscience que par la même l'adoption de l'enfant du conjoint conçu par insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger serait possible.

1152. Du point de vue de la méthode de droit international privé, les avis rendus par la Cour de cassation confirment la « *rupture pure et simple avec le raisonnement enchaînant la question principale de l'adoption à celle, préalable, du mode de conception* »³³⁸⁷. En définitive, « *si [...] la transgression, sciemment entreprise, des conditions posées par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique n'est désormais sanctionnée ni à l'égard de la mère, ni à l'égard de l'épouse de celle-ci, cette disposition du Code de la santé publique est vouée à devenir un chiffon de papier* »³³⁸⁸. Il appartient, désormais, au législateur de tirer les conséquences de sa propre loi.

³³⁸³ Amendements n^{os} 3281, 4223, 4241, 4343, 4568, 4606, 4688, 5354 (rejetés) et 4236, 4335, 4562, 4644, 4656, 4750, 4755, 4776, 4778, 4810, 5120 (non soutenus) déposés sur le texte n^o 628. V. Débats AN 3^{ème} séance du 3 févr. 2013.

Amendements n^{os} 121 rect. bis, n^o 164 rect, n^o 166 rect, n^o 202, n^o 251, n^o 231 rect. (rejetés) déposés sur le texte de la commission n^o 438. V. Débats Sénat séance du 10 avr. 2013.

Amendements n^{os} 30, 3891, 2012, 2245 (rejetés) et 932, 3269, 438, 743, 1082, 1219, 1239, 1586, 1626, 1858, 1932, 2559, 2753, 2801, 2846, 3125 et 3321 (non soutenus) déposés sur le texte n^o 922. V. Débats AN 2^{ème} séance du 18 avr. 2013.

³³⁸⁴ Amendements n^o 238 et 239 (retirés) déposés sur le texte de la commission n^o 438. V. Débats Sénat, séance du 10 avr. 2013.

³³⁸⁵ F. Chénéde, « Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA », art. préc.

³³⁸⁶ Conclusions générales de Monsieur l'avocat général Jean-Dominique Sarcelet, p. 17.

³³⁸⁷ D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », art. préc., spéc. n^o 97.

³³⁸⁸ *Ibid.*

1153. Si la Cour de cassation consacre le contournement de l'interdit français en considérant que le recours à une assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme réalisée à l'étranger ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption par la conjointe de la mère de l'enfant né ainsi, c'est tout de même sous réserve que les conditions légales de l'adoption de l'enfant du conjoint soient réunies.

II. Le seul respect des conditions légales de l'adoption de l'enfant du conjoint

1154. La Cour de cassation rappelle que l'adoption ne peut être prononcée que si « *les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* ». Il s'agit d'un rappel de l'article 353, alinéa 1^{er} du Code civil qui prévoit que « *l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal judiciaire qui vérifie [...] si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant* ». La particularité de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est qu'« *elle ne s'adresse pas à un enfant que sa famille de naissance ne veut pas élever. Au contraire, elle concerne un enfant qui a une famille dans laquelle il reste et demeure pris en charge* »³³⁸⁹. Par l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, une « *filiation hybride* » est créée : « *l'un des parents l'est par procréation et l'autre par fiction* »³³⁹⁰.

1155. L'article 345-1 du Code civil prévoit que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise dans trois hypothèses : l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ou lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard, l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale et, enfin, l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. Les conditions de l'adoption plénière prévues par le Code civil sont, ensuite, assouplies. Ainsi, la condition d'âge minimum pour adopter prévue par l'article 343-1 du Code civil³³⁹¹ n'est pas requise, la différence d'âge de quinze ans entre adoptant et adopté est réduite à dix ans avec la possibilité pour le Tribunal de passer outre s'il y a justes motifs³³⁹². Enfin,

³³⁸⁹ C. Neirinck, « Enfance », préc., n° 158.

³³⁹⁰ *Ibid.*, n° 159.

³³⁹¹ Selon l'article 343-1 du Code civil, « *l'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans* ». L'article 343-2 du même Code vient préciser que « *la condition d'âge prévue à l'article précédent n'est pas exigée en cas d'adoption de l'enfant du conjoint* ».

³³⁹² Selon l'article 344 du Code civil, « *les adoptants doivent avoir quinze ans de plus que les enfants qu'ils se proposent d'adopter. Si ces derniers sont les enfants de leur conjoint, la différence d'âge exigée n'est que de dix ans. Toutefois, le tribunal peut, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption lorsque la différence d'âge est inférieure à celles que prévoit l'alinéa précédent* ».

l'obtention d'un agrément est supprimée et il n'est pas nécessaire que l'enfant de moins de deux ans ait été recueilli par l'aide sociale à l'enfance ou par un organisme autorisé pour l'adoption³³⁹³. De manière générale, les juges du fond prennent le soin de vérifier que des liens affectifs existent entre le conjoint du parent biologique et l'enfant et que le premier participe à son éducation tant d'un point de vue moral que matériel³³⁹⁴.

1156. Comme le prévoit l'article 353, alinéa 1^{er} du Code civil et tel que le rappelle la Cour de cassation dans ses avis du 22 septembre 2014, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est pas de droit à la seule réunion des conditions précitées. En effet, celle-ci doit, en outre, être conforme à l'intérêt de l'enfant. En d'autres termes, « *ni l'intérêt supérieur de l'enfant ni le droit à la vie privée et familiale ne peuvent, de manière abstraite, imposer qu'il soit fait droit à la demande d'adoption formulée par l'épouse de la mère de l'enfant* »³³⁹⁵. Il appartient aux juges de se livrer à une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant. Afin de se prononcer, ils se fondent, par exemple, sur le fait que l'adoption plénière de l'enfant par le conjoint de son parent biologique conserve le lien avec la famille maternelle de l'enfant qui est sa seule famille, qu'elle permet la reconnaissance d'une cellule familiale solide et unie dans laquelle les deux parents se trouvent sur un pied d'égalité et qu'elle confère à l'enfant un statut conforme à la situation de fait qui est la sienne depuis sa naissance dans la mesure où il a été élevé par les deux intéressés depuis plusieurs années et considéré par la société comme faisant partie intégrante de la famille³³⁹⁶.

1157. Comme l'indique l'article L 441-3 du Code de l'organisation judiciaire, l'avis rendu par la Cour de cassation ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande, « *ni d'ailleurs les autres juridictions et probablement pas la Cour de cassation puisque le revirement de jurisprudence est un phénomène connu* »³³⁹⁷. Néanmoins, les juridictions ont, majoritairement, suivi les avis rendus par la Cour de cassation le 22 septembre 2014 comme en témoignent les

³³⁹³ L'article 348-5 du Code civil prévoit que « *sauf le cas où il existe un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté, le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption* ».

³³⁹⁴ V. pour une critique de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant : C. Neirinck, « L'adoption plénière par l'épouse de la mère : la marée noire de l'appel », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2015, étude 12. L'auteur considère que l'intérêt de l'enfant « *n'est jamais apprécié concrètement* » mais est seulement « *assimilé à la validation de sa situation de fait* ».

³³⁹⁵ A. Leclère, *L'homosexualité et la constitution de la famille : situations française et européenne*, op. cit., p. 362, n° 568.

³³⁹⁶ CA Toulouse, 10 févr. 2015, n°s 14/02830, *AJ fam.* 2015, p. 220, obs. P. Salvage-Gerest.

³³⁹⁷ J. Hauser, « L'externalisation de la fabrique des enfants ? », *JCP N*, n° 41, oct. 2014, p. 1004.

arrêts rendus par les Cours d'appel de Toulouse³³⁹⁸, de Limoges³³⁹⁹, d'Aix-en-Provence³⁴⁰⁰, de Versailles³⁴⁰¹ et de Chambéry³⁴⁰². En revanche, le tribunal de grande instance de Cahors dans une décision du 12 juin 2015³⁴⁰³ a résisté aux avis de la Cour de cassation en affirmant que « *le procédé qui consiste à recourir, à l'étranger, au bénéfice d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci et fait obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant illégalement conçu* ». La Cour d'appel d'Agen a mis un terme au débat en infirmant ce jugement dans un arrêt en date du 18 janvier 2016³⁴⁰⁴. Les juges soulignent que « *la démarche choisie par la requérante de participer à l'étranger à un processus de procréation tarifé et interdit en France n'est plus constitutif d'une fraude* ». Constatant qu'en l'espèce, les conditions de l'adoption sont réunies et que cette dernière est conforme à l'intérêt de l'enfant, les juges du fond l'ont accordée.

1158. Si les deux femmes ne sont pas mariées, la filiation à l'égard de la femme qui n'a pas accouché ne peut être établie ni par la possession d'état³⁴⁰⁵, ni par l'adoption³⁴⁰⁶. En revanche, la première chambre civile de la Cour de cassation a récemment autorisé la transcription d'un lien de filiation établi à l'étranger à l'égard de deux femmes³⁴⁰⁷. En l'espèce, un couple de femmes de nationalité française a eu recours à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur au Royaume-Uni. Deux enfants ainsi conçus sont nés à Londres dont les actes de naissance, conformément à la loi anglaise, désignent les deux femmes, l'une en tant que mère et l'autre en tant que parent. Le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes s'est opposé à la demande de transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil consulaire, au motif que ceux-ci n'étaient pas conformes à l'article

³³⁹⁸ CA Toulouse, 10 févr. 2015, n^{os} 14/02830, 14/01643, 14/01644, 14/01642, 14/02898, 14/02845 et 14/01645, *AJ fam.* 2015, p. 220, obs. P. Salvage-Gerest.

³³⁹⁹ CA Limoges, 2 mars 2015, n^o 14/01060.

³⁴⁰⁰ CA Aix-en-Provence, 14 avr. 2015, n^{os} 14/13137 et 14/13183, *AJ fam.* 2015, p. 280, obs. F. Berdeaux-Gacogne.

³⁴⁰¹ CA Versailles, 16 avr. 2015, n^{os} 14/04253, 14/05360, 14/05368, 14/05363, 14/04245, 14/04243 et 14/04244.

³⁴⁰² CA Chambéry, 28 avr. 2015, n^o 14/02523, *JCP* 2015, p. 708, zoom G. Kessler.

³⁴⁰³ TGI Cahors, 12 juin 2015, n^o 15/00122, *AJ fam.* 2015, p. 486, obs. F. Berdeaux-Gacogne.

³⁴⁰⁴ CA Agen, 18 janv. 2016, n^o 15/00850, *AJ fam.* 2016, p. 102, obs. F. Berdeaux-Gacogne.

³⁴⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., avis, 7 mars 2018, n^o 17-70.039, *D.* 2018, p. 983, note H. Fulchiron ; *D.* 2019, p. 505, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2019, p. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2018, p. 233, obs. P. Salvage-Gerest.

³⁴⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 févr. 2018, n^o 17-11.069, *Dr. fam.* 2018, n^o 131, note A. Molière ; *AJ fam.* 2018, p. 226, obs. M. Saulier ; *D.* 2018, p. 1083, point de vue H. Fulchiron ; *D.* 2019, p. 505, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2019, p. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2018, p. 373, obs. A.-M. Leroyer.

³⁴⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n^{os} 18-14.751 et 18-50.007, *D.* 2020, p. 426, note S. Paricard ; *D.* 2020, p. 506, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2020, p. 133, obs. J. Houssier ; *AJ fam.* 2020, p. 9, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2020, p. 81, note A.-M. Leroyer.

47 du Code civil. Dans un arrêt en date du 20 mars 2019³⁴⁰⁸, la Cour de cassation a sursis à statuer dans l'attente de l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme³⁴⁰⁹ et de l'arrêt d'Assemblée plénière devant être rendu dans le cadre de l'affaire *Mennesson*³⁴¹⁰. Il convient de rappeler que la Cour européenne a jugé que la transcription partielle admise par la jurisprudence française n'était pas contraire à l'article 8 de la Convention, sous réserve que la filiation de l'enfant puisse être établie avec célérité et effectivité à l'égard de l'autre parent. En octobre 2019, l'assemblée plénière a ordonné la transcription totale des actes de naissance dans l'affaire *Mennesson*. Cependant, cette solution était, semble-t-il, justifiée par le cas d'espèce et notamment la longueur de la procédure sans pouvoir en dégager une solution de principe³⁴¹¹. Pour autant, dans l'arrêt rendu le 18 décembre 2019³⁴¹², la première chambre civile de la Cour de cassation adopte une solution surprenante. Elle énonce qu' « *en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger d'un enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né d'une assistance médicale à la procréation ni celle que cet acte désigne la mère ayant accouché et une autre femme en qualité de mère ou de parent ne constituent un obstacle à sa transcription sur les registres français de l'état civil, lorsque l'acte est probant au sens de l'article 47 du Code civil* ». Or, en l'espèce, dans la mesure où « *les actes de l'état civil étrangers étaient réguliers, exempts de fraude et avaient été établis conformément au droit en vigueur en Angleterre* », la transcription intégrale est possible. Désormais, la réalité au sens de l'article 47 du Code civil est celle prévue par le droit étranger³⁴¹³.

1159. L'adoption plénière de l'enfant conçu par assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme réalisée à l'étranger par le conjoint du parent biologique est, désormais, acquise malgré le contournement de l'interdit posé le droit français. En réalité, le maintien de l'interdiction française n'a plus vocation à perdurer dans la mesure où il suffit de se rendre à l'étranger, qui plus est dans des États très proches de la France, afin de concrétiser un projet parental que le droit français refuse. À cet égard, et malgré les considérations éthiques, la réforme de l'accès à l'assistance médicale à la procréation³⁴¹⁴ est la bienvenue pour mettre fin

³⁴⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n^{os} 18-14.751 et 18-50.007, *AJ fam.* 2019, p. 175, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2019, n^o 105, note H. Fulchiron ; *JCP N* 2019, actu. 315, note C. Brunetti-Pons ; *D.* 2019, p. 1084, note H. Fulchiron.

³⁴⁰⁹ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n^o P16-2018-001, préc. Cf. *supra* n^o 934.

³⁴¹⁰ Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n^o 10-19.053, préc. Cf. *supra* n^o 936.

³⁴¹¹ Cf. *infra* n^o 937.

³⁴¹² Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n^{os} 18-14.751 et 18-50.007, préc.

³⁴¹³ Cf. *infra* n^o 1188.

³⁴¹⁴ Cf. *supra* n^o 706 et s.

à une certaine hypocrisie. *Quid* de l'établissement de la filiation des enfants issus de gestations pour autrui pratiquées à l'étranger ?

Section 2. L'établissement du lien de filiation des enfants issus de gestations pour autrui pratiquées à l'étranger

1160. L'établissement du lien de filiation entre un enfant issu d'une gestation pour autrui et le parent d'intention non biologique (Sous-section 1) que ce dernier soit une femme dans le cadre d'un couple hétérosexuel ou un homme dans le cadre d'un couple homosexuel a fait l'objet d'une importante avancée jurisprudentielle influencée par les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'Homme. Cependant, si la jurisprudence a tenté de trouver une solution préservant au maximum les intérêts en présence, celle-ci ne parvient pas à assurer un équilibre entre l'interdit français et la stabilité juridique de l'enfant (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'établissement du lien de filiation à l'égard du parent d'intention non biologique

1161. L'épineuse question de l'établissement du lien de filiation entre le parent d'intention non biologique et l'enfant né à la suite d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger peut être illustrée comme « *un bras de fer entre l'ordre public français, qui cherche à dissuader de recourir où que ce soit à une gestation pour autrui, et l'intérêt des enfants, nés d'un tel procédé à l'étranger et élevés ensuite en France, de voir leurs liens de filiation publiquement reconnus par l'ordre juridique français* »³⁴¹⁵. Ainsi, la Cour de cassation a, dans un premier temps, adopté une solution indirecte ; faute d'autoriser la transcription totale de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français en se fondant sur l'article 47 du Code civil, elle a, néanmoins, permis l'adoption de l'enfant du conjoint (Paragraphe 1). Dans un second temps, elle a, finalement, consacré une voie directe en permettant la transcription totale de l'acte de naissance étranger (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'admission initiale d'une voie indirecte : l'adoption de l'enfant du conjoint

1162. La Cour de cassation refusait de reconnaître la filiation établie à l'étranger en n'autorisant pas la transcription intégrale de l'acte de naissance dès lors que celui-ci désigne la mère d'intention comme mère de l'enfant ou le père d'intention non biologique. En effet, la

³⁴¹⁵ L. Brunet, « Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui : trop... ou pas assez ? », *AJ fam.*, 2018, p. 572.

réalité au sens de l'article 47 du Code est la réalité de l'accouchement. Ces actes de naissance ne désignant pas la femme ayant accouché comme mère, ils ne pouvaient de ce fait être transcrits sur les registres français de l'état civil s'agissant de cette désignation³⁴¹⁶. Or, dans la mesure où le recours à la gestation pour autrui « *s'inscrit dans un projet parental de couple et que la reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard du parent d'intention qui n'en est pas le parent biologique était exclue* », il convenait de « *se tourner vers une solution alternative pour permettre le rattachement de l'enfant à ce dernier* »³⁴¹⁷. Les arrêts du 5 juillet 2017³⁴¹⁸ ont en commun d'admettre, pour la première fois, l'adoption de l'enfant né à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger par le parent d'intention non biologique de l'enfant que celui-ci soit l'épouse ou l'époux du père de l'enfant (I). Admise en son principe, l'adoption de l'enfant du conjoint mérite, néanmoins, des précisions quant à ses modalités de mise en œuvre (II).

I. L'adoption par le parent d'intention non biologique de l'enfant

1163. L'adoption de l'enfant du conjoint a été ouverte au parent d'intention non biologique de l'enfant - mère dans le cadre d'un couple hétérosexuel et père dans le cadre d'un couple homosexuel - à l'occasion de plusieurs arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 5 juillet 2017 (A). Si le principe de l'adoption est acquis, les modalités de sa mise en œuvre nécessitent des développements spécifiques à la situation en cause (B).

A. Une possibilité offerte par les arrêts du 5 juillet 2017 de la Cour de cassation

1164. Au sein de la série des trois arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 5 juillet 2017, deux concernaient des couples hétérosexuels³⁴¹⁹ (1) alors que le troisième concernait un couple homosexuel³⁴²⁰ (2). Une étude globale de la jurisprudence française implique de s'intéresser à ces deux hypothèses.

³⁴¹⁶ Cf. *supra* n° 921 et s.

³⁴¹⁷ A. Gouttenoire, « Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l'étranger », *JCP G*, n° 39, 2017, p. 984.

³⁴¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n°s 15-28.597, 16-16.901, 16-16.455, *D.* 2017, p. 1737, note H. Fulchiron ; *D.* 2017, p. 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2018, p. 641, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2018, p. 765, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *D.* 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017, p. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.* 2017, p. 375, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2017, p. 431, obs. P. Salvage-Gerest ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 143, note S. Bollée ; *JDI* 2017, p. 1291, note J. Guillaumé ; *JCP G* 2017, p. 984, note A. Gouttenoire.

³⁴¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n° 15-28.597, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16.901, préc.

³⁴²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16.455, préc.

1. Une jurisprudence applicable aux couples hétérosexuels

1165. La possibilité de l'adoption par la mère d'intention non biologique reconnue par la Cour de cassation à l'occasion des arrêts rendus le 5 juillet 2017 constitue un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991³⁴²¹. En effet, dans ce dernier la Cour avait considéré que l'« *adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère [...] ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* ». Autrement dit, l'enfant ayant été conçu « *en vue d'être abandonné pour être ensuite adopté, la Cour de cassation analysait l'opération comme une fraude au droit de l'adoption* »³⁴²². En 2017, la Cour de cassation rompt avec la logique retenue en 1991 en considérant que « *le recours à la GPA est [...] neutre, la seule question qu'il faille désormais se poser porte sur l'adoption dont les conditions légales doivent être réunies et qui doit être conforme à l'intérêt de l'enfant* »³⁴²³.

1166. Les faits des deux premiers arrêts rendus le 5 juillet 2017 sont similaires. Des enfants sont nés d'une part, en Californie³⁴²⁴ et d'autre part, en Ukraine³⁴²⁵ à la suite d'une gestation pour autrui. Dans les deux espèces, les commanditaires, un couple marié composé d'une femme et d'un homme, tous deux de nationalité française, étaient désignés comme père et mère sur les actes de naissance. Les deux couples se sont heurtés à un refus de transcription de ces actes de naissance sur les registres français de l'état civil et ont saisi la Cour de cassation. En l'état de la jurisprudence au moment du prononcé de la décision, la Cour de cassation confirme l'impossible transcription sur les registres français de l'état civil en ce qu'il désigne la mère d'intention comme mère. En effet, dans la mesure où celle-ci n'a pas accouché, cette désignation n'est pas conforme à la réalité au sens de l'article 47 du Code civil. Ainsi, un acte de naissance étranger mentionnant la mère d'intention ou le père d'intention non biologique au côté du père biologique ne pouvait être transcrit que partiellement sur les registres de l'état civil français. En revanche, dans ces arrêts, la Cour de cassation atténue sa position en affirmant que « *l'adoption, permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père* ».

³⁴²¹ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, préc.

³⁴²² J.-R. Binet, « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », *Dr. fam.*, n° 9, 2017, étude 13, spéc. n° 10.

³⁴²³ *Ibid.*, spéc. n° 13.

³⁴²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n° 15-28.597, préc.

³⁴²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16.901, préc.

1167. Une partie de la doctrine avait déjà préconisé une telle solution qui permettait de donner un statut à l'enfant né à la suite d'une gestation pour autrui tout en préservant le droit de la filiation et notamment l'adage « *mater semper certa est* ». Ainsi, Madame Marie-Christine Le Boursicot considérait que « *le prononcé d'une adoption qui correspond à la nature de la filiation reliant l'enfant au parent d'intention apparaît [...] comme la solution qui ne bouleverserait pas notre droit de la filiation* »³⁴²⁶. Dans les deux arrêts précités, la question de l'adoption est abordée sous forme d'*obiter dictum*³⁴²⁷. À cet égard, le troisième arrêt³⁴²⁸ rendu par la Cour de cassation le 5 juillet 2017 est intéressant à plusieurs égards dans la mesure où il étend cette jurisprudence aux couples homosexuels.

2. Une jurisprudence étendue aux couples homosexuels

1168. Le troisième arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 5 juillet 2017³⁴²⁹ concernait un enfant né en Californie, en 2006, d'une femme de nationalité américaine qui avait conclu avec un homme de nationalité française une convention de gestation pour autrui. L'acte de naissance de l'enfant mentionnait l'homme et la femme qui avaient par ailleurs tous deux reconnu l'enfant. En 2013, le père s'est marié avec un homme de nationalité française avec lequel il avait déjà conclu un pacte civil de solidarité en 2004. En 2014, le conjoint du père biologique a saisi les juridictions françaises d'une demande d'adoption simple de l'enfant. Le tribunal de grande instance a rejeté cette demande aux motifs de l'insuffisance d'éléments susceptibles de caractériser l'existence de liens affectifs entre l'époux du père biologique et l'enfant, de l'imprécision du certificat de non-rétractation du consentement de la mère porteuse à l'adoption et de la possibilité d'une éventuelle fraude à la loi à l'origine de cette demande d'adoption simple.

1169. Un appel a été interjeté devant la Cour d'appel de Dijon qui s'est prononcée le 26 mars 2014³⁴³⁰. Afin de rejeter la demande d'adoption simple, la Cour d'appel se fonde sur deux éléments principaux. Elle retient, d'une part, que « *la naissance de l'enfant résulte d'une violation des dispositions de l'article 16-7 du Code civil* » selon lesquelles toute convention portant sur la gestation ou la procréation pour le compte d'autrui est nulle. Cette nullité est

³⁴²⁶ M.-C. Le Boursicot, « La filiation de l'enfant né en exécution d'un contrat de gestation pour le compte d'autrui », *RLDC*, 2015, p. 129.

³⁴²⁷ J. Guillaumé, « Transcription d'un acte de naissance étranger. – Gestation pour le compte d'autrui. – Filiation. – Acte de naissance étranger. – Transcription. – Acte de naissance français. – Annulation. – Mater semper certa est. – Adoption. – Intérêt de l'enfant. – Droit au respect de la vie privée et familiale », *JDI*, n° 4, 2017, p. 14.

³⁴²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16.455, préc.

³⁴²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16.455, préc.

³⁴³⁰ CA Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057, *Dr. fam.* 2016, p. 137, comm. H. Fulchiron ; *JCP G* 2016, p. 423, note A. Mirkovic ; *RTD civ.* 2016, p. 335, note J. Hauser ; *D.* 2016, p. 783, obs. I. Gallmeister.

d'ordre public comme prévu par l'article 16-9 dudit Code. La Cour d'appel exclut une fraude à la loi par le père biologique même s'il y a eu violation de l'interdiction française³⁴³¹. En revanche, elle rappelle que l'interdiction posée par l'article 16-7 du Code civil a vocation à protéger deux principes essentiels du droit français : celui de l'indisponibilité du corps humain et celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. Dès lors, elle se livre à un contrôle de l'incidence de la violation de la prohibition française de la gestation pour autrui au regard de l'intérêt de l'enfant sur les plans factuel³⁴³², symbolique³⁴³³ et juridique³⁴³⁴. De ce contrôle, la Cour d'appel relève deux difficultés : l'absence de vocation successorale à l'égard du père d'intention et l'absence d'autorité parentale du père d'intention. Tempérant immédiatement ces deux inconvénients³⁴³⁵, la Cour en conclut que « *le refus de faire droit à la demande d'adoption [...], en raison de la violation [...] de la prohibition en droit français de la gestation pour autrui, ne porterait atteinte que dans une mesure relativement virtuelle aux droits et à l'intérêt de l'enfant, et en tout cas pas de façon disproportionnée* ». En d'autres termes, la Cour d'appel s'enferme « *dans un sophisme qui [...] [la] conduit à dire que puisque tout va bien, puisque tout le monde considère déjà l'enfant comme celui du couple, il n'est pas besoin de prononcer l'adoption* »³⁴³⁶. Elle retient, d'autre part, que « *le consentement initial de la mère porteuse, dépourvu de toute dimension maternelle subjective ou psychique, prive de toute portée juridique son consentement ultérieur à l'adoption de l'enfant dont elle a accouché, un tel consentement ne pouvant s'entendre que comme celui d'une mère à renoncer symboliquement et juridiquement à sa maternité dans toutes ses composantes* ». En d'autres termes, selon la Cour d'appel de Dijon « *la femme qui porte l'enfant dans le cadre d'un contrat de GPA ne peut "consentir" à l'adoption car elle n'a jamais voulu être mère ...* »³⁴³⁷. Comme le relève Monsieur

³⁴³¹ À cette fin, la Cour d'appel relève d'une part, que les déclarations ont été conformes à la réalité biologique de la naissance, tant du côté du père biologique que du côté maternel et d'autre part, que le père biologique n'a pas fait mystère de son recours à une gestation pour autrui et que son époux ne l'a pas non plus caché dans le cadre de la requête en adoption et n'a pas dissimulé y avoir été associé dès l'origine.

³⁴³² Sur le plan factuel, la Cour d'appel relève que l'absence de lien de filiation élective ou encore de lien juridique entre le père d'intention et l'enfant ne lui est aujourd'hui aucunement préjudiciable.

³⁴³³ Sur le plan symbolique, selon la Cour d'appel, « *priver l'enfant d'une filiation élective paternelle alors qu'il bénéficie d'une filiation paternelle biologique aujourd'hui active et opérante à tous égards ne porte pas sérieusement atteinte ni à son intérêt entendu de façon générale ni à ses droits protégés au respect de sa vie familiale et de sa vie privée* ».

³⁴³⁴ Sur le plan juridique, la Cour d'appel souligne que l'hypothèse d'un décès du père biologique de l'enfant n'est qu'éventuelle. Si un tel risque se réalisait, dans la mesure où la mère biologique compte tenu de son statut de mère porteuse serait défaillante pour exercer l'autorité parentale, le père d'intention pourrait être nommé tuteur de l'enfant.

³⁴³⁵ Sur le premier, la Cour d'appel relève que l'enfant peut venir à la succession en qualité de légataire, avec un surcoût de droits de succession. Sur le second, elle souligne que la situation de l'enfant n'est pas différente de celles de nombreux enfants qui n'ont de filiation qu'à l'égard d'un seul parent.

³⁴³⁶ H. Fulchiron, « Refus de l'adoption par le mari de son père d'un enfant né grâce à une mère porteuse », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2016, comm. 137.

³⁴³⁷ H. Fulchiron, « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », art. préc.

le Professeur Hugues Fulchiron, « *l'inanité d'un tel raisonnement apparaît dans ses conséquences : alors que la femme qui accouche a assumé sa démarche, et qu'elle a reconnu l'enfant, établissant ainsi sa filiation à son égard, son consentement à l'adoption ne pourrait pas être pris en compte car elle ne l'aurait pas donné en tant que "mère" ... ce qui, de façon générale, rendrait l'enfant inadoptable* »³⁴³⁸.

1170. Sur le premier point, soit l'opération de gestation pour autrui en elle-même, la Cour de cassation affirme que « *le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* ». À l'image de la solution retenue en matière d'adoption au sein d'un couple de femmes à la suite d'une assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme à l'étranger³⁴³⁹, le mode de conception de l'enfant, bien qu'interdit par le droit français, ne constitue pas un obstacle à l'adoption. Désormais, « *malgré la nullité d'ordre public, les conventions conclues à l'étranger produiront en France leurs effets essentiels [et] aucune considération juridique ne devrait donc à l'avenir dissuader d'avoir recours à la pratique des mères porteuses* »³⁴⁴⁰. Sur le second point, soit la question du consentement de la mère porteuse, la Cour de cassation rappelle que l'article 348 du Code civil impose que lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ils doivent tous deux consentir à l'adoption. En l'espèce, tel est le cas dans la mesure où la Cour d'appel a constaté « *l'existence, la sincérité et l'absence de rétractation du consentement à l'adoption donné par la mère de l'enfant* ». Autrement dit, le consentement de la mère porteuse s'apprécie strictement au regard des conditions de l'adoption.

1171. Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron et Madame Christine Bidaud-Garon invitaient déjà les magistrats à adopter une telle position en énonçant que « *l'adoption semble [...] tout à fait envisageable, d'autant qu'elle traduit la réalité : celle d'un lien de filiation voulu par les intéressés, hors de toute référence biologique. En France, une telle adoption est possible depuis la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013. Dès lors que les parents sont mariés, l'un des époux peut adopter l'enfant de son conjoint* »³⁴⁴¹. Si l'adoption est admise en son principe par la Cour

³⁴³⁸ H. Fulchiron, « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », art. préc. V. dans le même sens : J. Guillaumé, « Transcription d'un acte de naissance étranger. – Gestation pour le compte d'autrui. – Filiation. – Acte de naissance étranger. – Transcription. – Acte de naissance français. – Annulation. – Mater semper certa est. – Adoption. – Intérêt de l'enfant. – Droit au respect de la vie privée et familiale », art. préc.

³⁴³⁹ Cf. *supra* n° 1121 et s.

³⁴⁴⁰ J.-R. Binet, « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », art. préc.

³⁴⁴¹ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », art. préc. V. aussi : H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 1.

de cassation, elle laisse persister de nombreuses interrogations quant aux modalités de sa mise en œuvre, notamment quant à la forme d'adoption - simple ou plénière - envisagée.

B. Les modalités de mise en œuvre de l'adoption

1172. À l'instar de ce que la Cour de cassation a décidé en matière d'adoption par l'épouse de la mère biologique de l'enfant conçu par assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme à l'étranger³⁴⁴², l'adoption ne peut être prononcée que si les conditions en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. De ce fait, la Cour de cassation rappelle que l'adoption n'est pas un droit. D'une part, celle-ci doit être conforme à l'intérêt de l'enfant. Implicitement, la Cour de cassation admet que « *l'intérêt de l'enfant né d'une GPA peut être d'être rattaché juridiquement à la femme [ou l'homme] qui a été à l'origine du projet parental avec son parent biologique et qui est affectivement et socialement sa mère [ou son père], même si elle exige logiquement que cette conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant soit vérifiée* »³⁴⁴³. D'autre part, les conditions légales de l'adoption doivent être réunies. De là, l'adoption - simple ou plénière - à laquelle pourra prétendre le parent d'intention non biologique de l'enfant dépendra de la teneur de l'acte de naissance dressé à l'étranger. Lorsque la mère porteuse est inscrite sur l'acte de naissance de l'enfant, seule une adoption simple peut être demandée dans la mesure où l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est permise que lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint³⁴⁴⁴. Une exacte illustration de cette situation se retrouve dans l'affaire rendue par la Cour de cassation le 5 juillet 2017³⁴⁴⁵. Une adoption plénière de l'enfant du conjoint est-elle envisageable en cas d'absence de filiation maternelle sur l'acte de naissance étranger ? Cette interrogation mérite une réponse positive³⁴⁴⁶. Pour s'en convaincre, il convient de noter que la Cour de cassation a rendu sa décision aux vises des articles 353 et 361 du Code civil, respectivement relatifs à l'adoption plénière et à l'adoption simple. De plus, dans son attendu de principe, la Cour de cassation vise « *l'adoption* » sans précision sur la forme de celle-ci. Ainsi, si l'acte de naissance de l'enfant ne mentionne que le père, laissant la seconde branche de la filiation vacante, une adoption plénière sera envisageable. De ce fait, lorsque la législation étrangère impose de faire figurer sur l'acte de naissance la mère porteuse, le parent d'intention non biologique de l'enfant pourra se tourner uniquement vers une adoption simple. Au contraire, lorsque la législation

³⁴⁴² Cass., avis, 22 sept. 2014, n^{os} 14-70.006 et 14-70.007, préc.

³⁴⁴³ A. Gouttenoire, « Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l'étranger », art. préc.

³⁴⁴⁴ Article 345-1 du Code civil.

³⁴⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n^o 16-16.455, préc.

³⁴⁴⁶ V. dans le même sens : F. Berdeaux, « Requête en adoption plénière de l'enfant du conjoint », *AJ. fam.*, 2018, p. 593.

étrangère impose que les deux parents d'intention figurent sur l'acte de naissance de l'enfant, le parent d'intention non biologique aura la possibilité de former une requête en adoption plénière après transcription partielle de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français. Enfin, comme le souligne Monsieur Florent Berdeaux, dans l'hypothèse où la législation étrangère laisse aux parents le choix de la mention figurant sur l'acte de naissance - le père légal, le père légal et la mère porteuse ou les deux parents d'intention - « *il est important de vérifier ce que recherchent les clients, entre pragmatisme (ne mettre que le père légal, pour ensuite demander l'adoption), ou respect de l'histoire de l'enfant (faire apparaître les parents d'intention, quitte à devoir passer par une transcription partielle avant l'adoption ; voire faire apparaître la mère porteuse, mais rares sont les parents qui le souhaitent)* »³⁴⁴⁷. Dans l'hypothèse d'une adoption simple, la question du consentement de la mère biologique de l'enfant prend un relief particulier dans ces affaires dans la mesure où celle-ci est alors la mère porteuse de l'enfant. C'est ainsi que la Cour de cassation exige que soit vérifiées « *l'existence, la sincérité et l'absence de rétractation du consentement à l'adoption donné par la mère de l'enfant* ». Cette « *précision n'est pas anodine, car elle signifie que la mère biologique, si elle souhaite s'opposer à l'adoption, ne sera pas liée par le consentement qu'elle aura pu donner en amont du processus de gestation pour autrui* »³⁴⁴⁸.

1173. La possibilité offerte par la Cour de cassation le 5 juillet 2017 a suscité des discordances quant à son application par les juges du fond, notamment quant au prononcé d'une adoption plénière. Certaines juridictions n'ont pas suivi la jurisprudence de la Cour de cassation et ont refusé de prononcer l'adoption plénière de l'enfant par l'époux de son père légal. À titre d'illustration, le Tribunal de grande instance d'Évry, dans une décision du 4 septembre 2017³⁴⁴⁹, a rejeté la demande d'adoption plénière de l'enfant formée par le mari du père en se fondant sur deux éléments. D'une part, le tribunal a relevé que la naissance de l'enfant ait procédé d'une violation des dispositions de l'article 16-7 du Code civil. D'autre part, les juges ont affirmé que le rejet de la demande d'adoption n'apporte pas une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant, notamment à son droit au respect de sa vie familiale et de sa vie privée, dans la mesure où l'enfant a une filiation paternelle établie à l'égard de son père biologique et que le conjoint de celui-ci s'occupe également de l'enfant depuis sa naissance et est reconnu comme un second père par l'entourage. Prenant le soin de citer l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 2017, le

³⁴⁴⁷ F. Berdeaux, « Requête en adoption plénière de l'enfant du conjoint », art. préc.

³⁴⁴⁸ S. Bollée, « L'ouverture de l'adoption à la mère d'intention d'un enfant issu d'une gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 143, spéc. n° 7.

³⁴⁴⁹ TGI Évry, 4 sept. 2017, n° 16/06684, *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2017, p. 588, obs. F. Berdeaux. V. aussi : TGI Évry, 9 sept. 2017, n° 16/06684 ; TGI Évry, 2 oct. 2017, n° 17/01775.

Tribunal de grande instance d'Evry note que cette affaire concernait une adoption simple et non une adoption plénière contrairement à la requête qui lui était présentée. Il s'agit là d'une confusion certaine dans la mesure où la Cour de cassation n'avait nullement exclu l'hypothèse d'une adoption plénière par le conjoint du père légal de l'enfant lorsque les conditions de celle-ci, et notamment le fait que le lien de filiation ne soit établi qu'à l'égard du père, sont remplies. À l'inverse, d'autres juridictions du fond ont prononcé l'adoption plénière de l'enfant du conjoint en vérifiant que les conditions de celle-ci étaient réunies et qu'elle était conforme à l'intérêt de l'enfant³⁴⁵⁰.

1174. Deux arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris méritent une attention particulière en ce qu'ils apportent des indications intéressantes quant à l'éventuelle exigence du consentement de la mère porteuse ne figurant pas sur l'acte de naissance de l'enfant. Dans un arrêt du 30 janvier 2018³⁴⁵¹, la Cour d'appel de Paris a exigé une renonciation expresse de la femme porteuse à sa filiation. En l'espèce, un homme a eu recours à une mère porteuse en Inde. L'acte de naissance de l'enfant dressé en Inde ne comportait pas d'indication du nom de la mère et mentionnait seulement l'homme comme père de l'enfant. Cet acte de naissance a été transcrit sur les registres français de l'état civil. En 2014, le père de l'enfant s'est marié avec un homme avec lequel il était lié par un pacte civil de solidarité depuis plusieurs années. En 2015, l'époux du père de l'enfant a saisi le tribunal de grande instance d'une requête en adoption plénière de l'enfant de son conjoint, requête que les juges ont accueillie. La Cour d'appel de Paris rappelle que le recours à la gestation pour autrui ne fait pas obstacle, en lui-même, à l'adoption par l'époux du père de l'enfant né de cette procréation. Néanmoins, elle refuse de prononcer l'adoption en considérant qu'il n'est pas prouvé que celle-ci serait conforme à l'intérêt de l'enfant. À cette fin, les juges soulignent que rien ne permet d'appréhender les modalités selon lesquelles la mère ayant accouché aurait renoncé à l'établissement de la filiation maternelle de manière définitive, ni dans quelles conditions et dans quelle intention l'enfant a été remis à son père. Dès lors, il ne serait pas de l'intérêt de l'enfant de créer un lien de filiation à l'égard du mari de son père par adoption plénière. Cette appréciation est critiquable, car la loi française exige que le seul parent à l'égard duquel la filiation est établie donne son consentement à

³⁴⁵⁰ TGI Grasse, 11 avr. 2017, n° 16/04706 ; TGI Paris, 13 sept. 2017, n° 16/15066 ; TGI Paris, 4 avr. 2018, n° 18/32366 ; TGI Carcassonne, 26 juin 2018, n° 18/00176 ; CA Pau, 12 juill. 2017, n° 17/2960.

³⁴⁵¹ CA Paris, 30 janv. 2018, n° 16/20118, *Dr. fam.* 2018, n° 92, note H. Fulchiron ; *JCP* 2018, p. 345, note L. Lambert-Garrel et F. Vialla.

l'adoption et non de rechercher les intentions du parent biologique, en l'occurrence la mère porteuse, ayant abandonné l'enfant³⁴⁵².

Cette faiblesse dans l'interprétation des juges du fond semble se confirmer dans la mesure où quelques mois plus tard, dans deux décisions en date du 18 septembre 2018³⁴⁵³, la Cour d'appel de Paris a estimé qu'il n'y avait pas lieu de recueillir le consentement de la mère porteuse. À cette fin, elle relève, à juste titre, que celle-ci a renoncé à tout droit de filiation avec les enfants et qu'elle ne figure pas sur les actes de naissance de ces derniers sur lesquels seul le père biologique est mentionné. En l'espèce, un enfant est né au Canada à la suite d'une gestation pour autrui. L'acte de naissance canadien mentionnait uniquement son père de nationalité française laissant de fait la seconde branche de la filiation de l'enfant vacante. Le père de l'enfant a épousé un homme en 2013. Ce dernier a déposé une requête en adoption plénière de l'enfant de son conjoint en 2015 à laquelle le tribunal de grande instance a fait droit. Le ministère public a interjeté appel de cette décision en invoquant l'absence de certitude quant aux intentions de la mère porteuse qui ne permettrait pas d'affirmer que l'adoption sollicitée soit dans l'intérêt de l'enfant. Contrairement à ce qu'elle avait décidé quelques mois plus tôt, la Cour d'appel de Paris ne retient pas ces arguments. Elle se borne à vérifier que les conditions de l'adoption sont réunies et que celle-ci est conforme à l'intérêt de l'enfant. Or, l'enfant n'ayant de filiation légalement établie qu'à l'égard de son père, son seul consentement est requis. Au demeurant, elle relève qu'il résulte des documents produits, dont l'acte de l'état civil de l'enfant et la décision rendue par la juridiction canadienne, que la mère porteuse a consenti à la cession du lien de filiation sans ambiguïté. Constatant, enfin, au vu des liens affectifs existant entre l'enfant et le mari du père et la capacité éducative de ce dernier, que l'adoption demandée est conforme à l'intérêt de l'enfant, la Cour d'appel de Paris prononce l'adoption plénière.

1175. En définitive, « *malgré la différence de traitement entre la filiation paternelle et la filiation maternelle qu'elle implique, la solution globale qui ressort des arrêts de 2017 permet d'accorder à l'enfant né de GPA un statut sécurisant* »³⁴⁵⁴. À l'instar de ce qu'a décidé la Cour de cassation à propos de la filiation à l'égard de la conjointe de la mère d'un enfant conçu par assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger dans ses deux avis du 22 septembre 2014, le mode de conception de l'enfant, bien qu'interdit par le droit français, ne constitue pas

³⁴⁵² V. en ce sens : H. Fulchiron, « Résistance ou cas d'espèce ? Pas d'adoption plénière pour le père d'intention », *Dr. fam.*, n° 4, avr. 2018, comm. 92.

³⁴⁵³ CA Paris, 18 sept. 2018, n°s 16/23402 et 16/23399, *AJ fam.* 2018, p. 616, note A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2018, n° 260, note H. Fulchiron.

³⁴⁵⁴ P. Bonfils et A. Gouttenoire, « Droit des mineurs », art. préc.

un obstacle à l'adoption. La solution adoptée par la Cour de cassation le 5 juillet 2017 est bienvenue dans la mesure où quelques années plus tard, la Cour européenne des droits de l'Homme s'est prononcée imposant l'obligation aux États parties de reconnaître un lien de filiation entre l'enfant issu d'une gestation pour autrui et le parent d'intention non biologique.

II. L'obligation de reconnaître un lien de filiation entre enfant et parent d'intention non biologique imposée par la Cour européenne

1176. L'avis du 10 avril 2019 rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme à la suite de la demande adressée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 5 octobre 2018 est significatif en ce qu'il recommande aux États parties de reconnaître un lien de filiation entre parent d'intention non biologique et enfant tout en leur laissant le choix quant aux modes de reconnaissance de ce lien (A). Si cet avis concernait spécifiquement une gestation pour autrui demandée par un couple hétérosexuel, les enseignements apportés par la Cour européenne paraissent indispensables afin d'avoir une vision globale sur l'établissement du lien de filiation entre le père d'intention non biologique et l'enfant au sein d'un couple de personnes de même sexe. La solution adoptée par la jurisprudence française par ses arrêts du 5 juillet 2017 semble, *a priori*, conforme aux exigences européennes (B).

A. Une obligation dictée par l'avis du 10 avril 2019 de la Cour européenne des droits de l'Homme

1177. Il convient de revenir sur la demande d'avis consultatif³⁴⁵⁵ adressée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à la Cour européenne des droits de l'Homme le 5 octobre 2018³⁴⁵⁶. Pour rappel, la Cour de cassation s'est tournée vers la Cour européenne afin de savoir si la transcription partielle de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français en ce qu'il désigne le père d'intention biologique de l'enfant était conforme aux exigences posées par l'article 8 de la Convention européenne. Dans la positive, il s'agissait de savoir si « *la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet [...] de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention* ». Dans son avis, rendu le 10 avril 2019³⁴⁵⁷, la Grande chambre de la Cour européenne a relevé que « *le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un*

³⁴⁵⁵ Cf. *supra* n° 927 et s.

³⁴⁵⁶ Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 12-30.138, préc.

³⁴⁵⁷ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc.

lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale" ». En revanche, elle a souligné que « le droit au respect de la vie privée de l'enfant [...] ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

1178. La Cour européenne consacre pour les États parties l'obligation positive³⁴⁵⁸ de reconnaître le lien de filiation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme mère légale. Afin d'imposer cette reconnaissance, la Cour se fonde sur deux éléments : la réduction de la marge d'appréciation des États et l'intérêt supérieur de l'enfant. Sur le premier aspect, il ressort de l'étude de droit comparé³⁴⁵⁹ menée par la Cour que malgré une certaine évolution vers la possibilité d'une reconnaissance juridique du lien de filiation entre les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et les parents d'intention, il n'y a pas consensus sur cette question. Cependant, étant donné qu'un aspect particulièrement important de l'identité d'un individu - la filiation - est en jeu, la marge laissée à l'État est restreinte³⁴⁶⁰. Sur le second aspect, la Cour européenne se réfère au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer³⁴⁶¹. Notant que l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention a des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l'enfant au respect de la vie privée³⁴⁶², la Cour considère que l'impossibilité générale et absolue

³⁴⁵⁸ Cf. *supra* n° 164 et s.

³⁴⁵⁹ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., §§ 22, 23 et 24. La Cour a procédé à une étude de droit comparé couvrant quarante-trois États parties à la Convention autres que la France. Il en ressort que la gestation pour autrui est autorisée dans neuf de ces États, qu'elle paraît tolérée dans dix et qu'elle est explicitement ou implicitement interdite dans les vingt-quatre autres. Par ailleurs, dans trente-et-un de ces quarante-trois États, dont douze États dans lesquels la gestation pour autrui est interdite, il est possible pour le père d'intention, père biologique, d'établir sa paternité à l'égard d'un enfant né d'une gestation pour autrui. Dans dix-neuf de ces quarante-trois États, dont sept États dans lesquels la gestation pour autrui est interdite, il est possible pour la mère d'intention d'établir sa maternité à l'égard d'un enfant né d'une gestation pour autrui avec lequel elle n'a pas de lien génétique.

³⁴⁶⁰ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., §§ 43, 44 et 45.

³⁴⁶¹ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 38.

³⁴⁶² Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 40. La Cour européenne évoque, notamment, l'incertitude juridique de l'enfant quant à son identité dans la société et le risque pour l'enfant qu'il n'ait pas l'accès à la nationalité de la mère d'intention dans les conditions que garantit la filiation. Cela peut compliquer son maintien sur le territoire du pays de résidence de la mère d'intention (même si ce risque n'existe pas dans le cas soumis à l'examen de la Cour de cassation, le père d'intention, qui est aussi le père biologique, ayant la nationalité française), ses droits successoraux à l'égard de celle-ci peuvent être amoindris, il se trouve fragilisé dans le maintien de sa relation avec la mère d'intention en cas de séparation des parents d'intention ou de décès du père

d'obtenir la reconnaissance ce lien n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise³⁴⁶³. En définitive, l'avis du 10 avril 2019 constitue une avancée majeure dans « *l'extension de la protection conventionnelle à la pratique de la GPA à l'étranger puisque, malgré l'illégalité de cette pratique dans le droit interne de l'État partie, la Cour estime que le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la convention, impose à l'État non seulement la reconnaissance en droit interne du lien de filiation entre l'enfant né d'une GPA à l'étranger et son père d'intention-père biologique³⁴⁶⁴ mais également du lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention* »³⁴⁶⁵.

1179. Néanmoins, les États disposent d'une liberté quant au choix du mode de reconnaissance permettant de consacrer ce lien de filiation à condition que les garanties offertes par celui-ci soient conformes aux exigences européennes. En n'imposant pas aux États la transcription de l'acte de naissance étranger, faute de consensus européen en la matière³⁴⁶⁶, la Cour européenne ne consacre pas une obligation générale de reconnaître un lien de filiation entre l'enfant la mère d'intention *ab initio*³⁴⁶⁷, « *c'est-à-dire de manière automatique dès la naissance* »³⁴⁶⁸. En retenant l'idée que « *l'identité de l'individu est moins directement en jeu lorsqu'il s'agit non du principe même de l'établissement ou de la reconnaissance de sa filiation mais des moyens à mettre en œuvre à cette fin* »³⁴⁶⁹, la Cour estime que le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention non biologiques relève de la marge d'appréciation des États. Cependant, la Cour européenne exige que « *les modalités [de reconnaissance du lien de filiation] prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant* »³⁴⁷⁰. Quant à l'effectivité, elle « *s'entend d'un accès certain et réel au mode de reconnaissance* »³⁴⁷¹. Quant à la célérité, il s'agit d' « *une appréciation in concreto de l'intérêt*

d'intention, et il n'est pas protégé contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge.

³⁴⁶³ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 42.

³⁴⁶⁴ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc.

³⁴⁶⁵ F. Sudre et A. Gouttenoire, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », *JCP G*, n° 20, mai 2019, p. 551.

³⁴⁶⁶ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 51.

³⁴⁶⁷ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 52.

³⁴⁶⁸ F. Sudre et A. Gouttenoire, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », art. préc.

³⁴⁶⁹ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 51.

³⁴⁷⁰ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 55.

³⁴⁷¹ F. Sudre et A. Gouttenoire, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », art. préc.

de l'enfant »³⁴⁷² consistant dans une reconnaissance du lien légalement établi à l'étranger « au plus tard lorsque [...] le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé » afin d' « éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien »³⁴⁷³. Il appartient dès lors « aux autorités nationales d'évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, si et quand ce lien s'est concrétisé »³⁴⁷⁴.

1180. En imposant aux États parties la reconnaissance du lien de filiation entre parent d'intention non biologique et enfant issu d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger tout en les laissant libres quant au mode de reconnaissance remplissant cet objectif, la Cour européenne semble, *a priori*, valider la solution de la jurisprudence française issue des arrêts du 5 juillet 2017.

B. La solution de la jurisprudence française a priori conforme aux exigences européennes

1181. Au premier abord, la solution d'équilibre adoptée par la Cour de cassation en 2017 semble satisfaire les exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence française retient certes une transcription partielle de l'acte de naissance étranger uniquement en ce qu'il désigne le père d'intention biologique de l'enfant, mais assure la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et son parent d'intention non biologique en autorisant l'adoption de l'enfant du conjoint. L'étude du Conseil d'État réalisée en 2018, à la demande du Premier ministre, se prononce d'ailleurs en ce sens : « le fait de devoir recourir à l'adoption pour le parent dépourvu de lien biologique, certes contraignant, n'est pas inadapté [...], en outre les contrôles que cette procédure implique apparaissent nécessaires pour éviter de faire produire des effets aux pratiques de GPA les plus inacceptables. Aussi, la solution actuelle semble respecter un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et le souci du maintien de l'interdiction de la GPA »³⁴⁷⁵. L'effectivité du mode de reconnaissance semble remplie dans la mesure où le lien de filiation avec le parent d'intention non biologique de l'enfant peut être établi par la voie de l'adoption simple ou même plénière lorsque la mère porteuse n'a pas établi la filiation de l'enfant à son égard. Cependant, comme le relève la Cour européenne des droits de l'Homme, deux interrogations subsistent. D'une part, la procédure de l'adoption de l'enfant du conjoint est réservée aux seuls couples mariés et d'autre part, des incertitudes persistent notamment

³⁴⁷² F. Sudre et A. Gouttenoire, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », art. préc.

³⁴⁷³ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 54.

³⁴⁷⁴ Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 52.

³⁴⁷⁵ CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018, p. 87. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/>.

quant à la nécessité d'obtenir le consentement préalable de la mère porteuse³⁴⁷⁶ lorsque la filiation a été établie à son égard. L'exigence tenant à la célérité de la reconnaissance du lien de filiation paraît plus contestable dans la mesure où si la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint « s'inscrit dans une procédure judiciaire certes simplifiée »³⁴⁷⁷, elle « peut être longue et engendrer des frais »³⁴⁷⁸. En outre, comme le souligne Madame Amélie Dionisi-Peyrusse, l'adoption pourrait ne pas remplir les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment, dans l'hypothèse d' « un refus d'y consentir de la part du parent désigné dans l'acte transcrit, ou encore à l'absence de mariage entre ce parent et l'adoptant »³⁴⁷⁹. Dans ce dernier cas, l'adoption est impraticable, car une adoption plénière aurait pour effet de rompre le lien de filiation entre l'enfant et le père biologique³⁴⁸⁰ et une adoption simple entraînerait un retrait de l'autorité parentale³⁴⁸¹. De même, ce mode d'établissement de la filiation pourrait ne pas être adapté en cas de décès du parent d'intention biologique ou lorsque les deux membres du couple divorcent³⁴⁸². En réalité, la Cour européenne reconnaît une liberté aux États parties quant aux moyens permettant de reconnaître le lien de filiation entre parent d'intention non biologique et enfant tout en « marquant à plusieurs reprises l'urgence qu'il y aurait pour lesdits États »³⁴⁸³ à établir ce lien. Dès lors « n'y aurait-il pas en filigrane, formulée de façon quelque peu subliminale, la suggestion que la voie effectivement à suivre pour les États serait la transcription de l'acte de naissance ou du jugement étranger, soit la voie la plus rapide et la plus efficace pour atteindre l'objectif de "reconnaissance" du lien de filiation ? Ou s'agit-il plutôt d'envisager la refonte du système national d'adoption, lequel devrait s'adapter à la réalité des situations nées à la suite d'une gestation pour autrui »³⁴⁸⁴ ?

³⁴⁷⁶ CEDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 57.

³⁴⁷⁷ F. Sudre et A. Gouttenoire, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », art. préc.

³⁴⁷⁸ L. Brunet, « Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui : trop... ou pas assez ? », art. préc.

³⁴⁷⁹ A. Dionisi-Peyrusse, « Gestation pour autrui : l'acte de naissance n'a pas à être transcrit en ce qu'il désigne la mère d'intention mais l'adoption par le parent d'intention peut être envisagée ! », *AJ fam.*, 2017, p. 482.

³⁴⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 28 févr. 2018, n° 17-11.069, préc.

³⁴⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, n°s 04-15.676 et 06-15.647, préc.

³⁴⁸² V. Cass. 1^{ère} civ., 28 févr. 2018, n° 17-11.069, préc. Par cette décision, la Cour de cassation a affirmé que l'adoption plénière ne peut être un instrument juridique permettant de consacrer les liens d'affection existants entre un enfant et l'ex-compagne de sa mère, le législateur français ayant réservé l'adoption aux couples mariés. Une telle adoption mettrait fin au lien de filiation de l'enfant avec sa mère, qui n'y a pas renoncé, ce qui serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel réside dans le maintien des liens avec sa mère biologique.

³⁴⁸³ J. Heymann et F. Marchadier, « La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (à propos de l'avis consultatif de la CEDH, grande chambre du 10 avril 2019) », *JDI*, n° 4, oct. 2019, var. 8.

³⁴⁸⁴ *Ibid.*

1182. Dans une décision en date du 19 novembre 2019³⁴⁸⁵ concernant deux requêtes examinées conjointement au vu de la similitude des faits et des questions juridiques posées, la Cour européenne des droits de l'Homme valide la comptabilité de la solution adoptée par la jurisprudence française aux exigences européennes. Les faits des espèces concernaient des enfants conçus avec les gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, nés à l'étranger de gestation pour autrui et dont l'acte de naissance mentionnait le nom des père et mère d'intention comme parents légaux. Le lien de filiation entre ces enfants et leur père d'intention était reconnu en droit interne, mais les juridictions françaises ont refusé la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger en ce qui concerne la mention de la mère d'intention considérant que le lien de filiation entre celle-ci et les enfants pouvait être établi par une procédure d'adoption. Devant la Cour européenne, les requérants se plaignaient d'une part, d'une violation de la privée de leurs enfants sur le fondement de l'article 8 et d'autre part, d'une atteinte discriminatoire au droit au respect de la vie privée de leurs enfants sur le fondement de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention. Sur le premier grief, se référant à son avis consultatif du 10 avril 2019, la Cour européenne constate que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien de filiation entre les enfants et leur mère d'intention par la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 2017³⁴⁸⁶. Rappelant qu'un mécanisme effectif permettant la reconnaissance du lien de filiation doit exister au plus tard lorsque, selon l'appréciation des circonstances de chaque cas, le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé, la Cour européenne constate que la possibilité d'adopter l'enfant de son conjoint n'est possible que depuis 2018 alors que les enfants en cause avaient sept et trois ans, soit « *bien après la concrétisation du lien entre eux et la mère d'intention* »³⁴⁸⁷. Pour autant, selon la Cour européenne, « *ce n'est pas imposer aux enfants concernés un fardeau excessif que d'attendre des requérants qu'ils engagent maintenant une procédure d'adoption* » dans la mesure où « *la durée moyenne d'obtention d'une décision n'est que de 4,1 mois en cas d'adoption plénière et de 4,7 mois en cas d'adoption simple* »³⁴⁸⁸. Sur le second grief, la Cour européenne considère qu'« *à supposer qu'on puisse considérer que les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger et les autres enfants nés à l'étranger se trouvent dans des situations analogues ou comparables quant au lien de filiation maternelle* », la différence de traitement ne tient pas en l'impossibilité, pour les premiers, d'obtenir la reconnaissance en droit interne

³⁴⁸⁵ Cour EDH, 19 nov. 2019, *C. c./ France et E. c./ France*, req. n^{os} 1462/18 et 17348/18, *AJ fam.* 2020, p. 9, note A. Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.* 2020, p. 131, note F. Berdeaux.

³⁴⁸⁶ Cour EDH, 19 nov. 2019, *C. c./ France et E. c./ France*, req. n^{os} 1462/18 et 17348/18, préc., § 41.

³⁴⁸⁷ Cour EDH, 19 nov. 2019, *C. c./ France et E. c./ France*, req. n^{os} 1462/18 et 17348/18, préc., § 42.

³⁴⁸⁸ Cour EDH, 19 nov. 2019, *C. c./ France et E. c./ France*, req. n^{os} 1462/18 et 17348/18, préc., § 43.

d'un lien de filiation maternelle. Elle consiste uniquement en ce que, « *contrairement aux seconds, ils ne peuvent à cette fin obtenir la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger et doivent passer par la voie de l'adoption* »³⁴⁸⁹. Il est intéressant de noter que la Cour utilise « *une formule ambiguë [...] [qui] laisse à penser que le juge européen ne considère pas le recours à la GPA comme un mode de procréation ordinaire et que même s'il n'en fait pas état, il n'est pas totalement indifférent au fait que le recours à la gestation pour autrui reste illégal dans certains États* »³⁴⁹⁰. Néanmoins, la Cour européenne estime que cette différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable dans la mesure où l'adoption, induisant un contrôle juridictionnel, permet de s'assurer qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une gestation pour autrui qu'un lien de filiation soit établi entre celui-ci et sa mère d'intention. À cet égard, la Cour rappelle d'ailleurs que, conformément à son avis consultatif, le choix des moyens de reconnaissance du lien de filiation entre enfant et parent d'intention relève de la marge d'appréciation des États ne mettant pas sur ces derniers une obligation générale de reconnaître *ab initio* ledit lien³⁴⁹¹.

1183. Malgré la conventionnalité de sa jurisprudence, la Cour de cassation a souhaité aller plus loin en consacrant finalement une voie directe. À cette fin, elle a autorisé la transcription totale de l'acte de naissance étranger sur les registres français de l'état civil.

Paragraphe 2. La consécration actuelle d'une voie directe : la transcription totale de l'acte de naissance étranger

1184. En autorisant la transcription totale de l'acte de naissance étranger, la Cour de cassation a pu surprendre. Cependant, cette solution s'est, dans un premier temps, expliquée au vu des circonstances exceptionnelles de l'affaire, qui concernait un couple hétérosexuel, dans laquelle elle a été possible (I). Pour autant, elle semble, finalement, avoir été érigée au rang de principe sans considération des circonstances particulières des faits de l'espèce que celle-ci concerne un couple de personnes de sexe différent ou de même sexe (II).

I. La transcription totale envisagée comme exceptionnelle

1185. L'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 4 octobre 2019³⁴⁹² clôt la célèbre affaire *Mennesson*. Afin de respecter les prescriptions posées la Cour

³⁴⁸⁹ Cour EDH, 19 nov. 2019, *C. c./ France et E. c./ France*, req. n^{os} 1462/18 et 17348/18, préc., § 52.

³⁴⁹⁰ A. Gouttenoire et F. Sudre, « GPA et maternité d'intention : fin de partie ... à Strasbourg », *JCP G*, n^o 4, janv. 2020, p. 107.

³⁴⁹¹ Cour EDH, 19 nov. 2019, *C. c./ France et E. c./ France*, req. n^{os} 1462/18 et 17348/18, préc., §§ 53 et 54.

³⁴⁹² Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n^o 10-19.053, préc.

européenne dans son avis consultatif du 10 avril 2019, la Cour de cassation confronte les modalités envisageables de reconnaissance du lien de filiation - possession d'état et adoption - entre les enfants et la mère d'intention non biologique aux exigences européennes. En effet, ces dernières doivent assurer l'effectivité et la célérité conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour de cassation exclut la possession d'état qui, selon l'article 311-1 du Code civil, s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir en considérant que celle-ci « ne présente pas les garanties suffisantes dès lors qu'un tel lien de filiation peut être contestée en application de l'article 335 du Code civil³⁴⁹³ »³⁴⁹⁴. De même, la Cour de cassation considère que ces exigences ne seraient pas remplies, en l'espèce, en ayant recours à une adoption. Elle relève, notamment, que le prononcé d'une adoption supposerait l'introduction d'une nouvelle instance et que celle-ci aurait, « au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre les enfants et la mère d'intention, des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée »³⁴⁹⁵ des enfants. En outre, les intéressées étant désormais majeures, il aurait été, *a priori*, impossible d'envisager une adoption plénière dans la mesure où l'article 345, alinéa 1^{er} réserve celle-ci aux enfants âgés de moins de quinze ans. Or, l'adoption simple n'aurait pas permis d'obtenir des effets équivalents à la transcription tels qu'imposés par la jurisprudence européenne et n'aurait impliqué que des droits réduits pour les enfants dans la mesure où elle n'est plus irrévocable et peut conduire à des différences en matière de succession³⁴⁹⁶. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 345 du Code civil apporte un tempérament à la réserve posée par le premier lorsque l'enfant a plus de quinze ans et a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter. L'adoption plénière peut être demandée, si les conditions en sont remplies, pendant la minorité de l'enfant et dans les deux ans suivant sa majorité. Il est possible de penser que l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014³⁴⁹⁷ et les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 5 juillet 2017³⁴⁹⁸ ont créé les conditions légales permettant l'adoption qui n'existaient pas lorsque les jumelles *Menesson* ont été accueillies. Une telle interprétation de l'article 345, alinéa 2 du Code civil aurait alors laissé un délai d'une

³⁴⁹³ Selon l'article 335 du Code civil, « la filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété peut être contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte ».

³⁴⁹⁴ Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, préc., § 18.

³⁴⁹⁵ Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, préc., § 17.

³⁴⁹⁶ Rapport de la Conseillère Agnès Martinel, p. 25 ; Avis écrit du Procureur général François Molins, p. 25.

³⁴⁹⁷ Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c./ France*, req. n° 65192/11, préc.

³⁴⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, nos 15-28.597, 16-16.901, 16-50.052, 16-16.455 et 16-16.495, préc.

année à la mère d'intention pour présenter sa requête en adoption plénière dans la mesure où à la date à laquelle s'est prononcée l'Assemblée plénière, les jumelles étaient âgées de 19 ans³⁴⁹⁹. En définitive, la Cour de cassation semble écarter de manière générale l'établissement du lien de filiation par possession d'état et affirmer que la filiation à l'égard du parent d'intention non biologique doit s'établir par le biais de l'adoption si sa mise en œuvre garantit l'effectivité et la célérité conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant. De là, la Cour de cassation arrive à la conclusion que « *s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans* » et « *en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants* », la transcription totale des actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil français est le seul moyen de mettre fin à cette atteinte. Par sa formulation, la Cour de cassation semble limiter cette solution au cas d'espèce particulier que constitue l'affaire *Menesson*. En affirmant qu'au vu de la nullité des conventions de gestation pour autrui, il « *convient de privilégier tout mode d'établissement de la filiation permettant au juge de contrôler notamment la validité de l'acte ou du jugement d'état civil étranger au regard de la loi du lieu d'établissement, et d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l'enfant* »³⁵⁰⁰, la Cour de cassation « *sous-entend que la transcription automatique, sans contrôle, de l'acte étranger sur les registres de l'état civil n'est pas la solution de principe* »³⁵⁰¹. Autrement dit, il s'agirait d'une solution subsidiaire n'intervenant que lorsqu'elle est la seule à même de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant et de remplir les exigences posées par la Cour européenne.

1186. Néanmoins, seulement un mois plus tard et malgré la conventionnalité de la position française aux exigences européennes affirmée par la Cour européenne des droits de l'Homme le 19 novembre 2019³⁵⁰², la première chambre civile de la Cour de cassation a étendu la solution adoptée dans l'arrêt concernant l'affaire *Menesson* du 4 octobre 2019.

II. La transcription totale érigée au rang de principe

1187. La première chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée à l'occasion de deux arrêts en date du 18 décembre 2019³⁵⁰³. Dans les deux cas, des couples d'hommes ont

³⁴⁹⁹ V. en ce sens : M.-C. Le Boursicot, « GPA : Un arrêt de l'Assemblée plénière ne peut pas rester un arrêt d'espèce ! », *RJPF*, janv. 2020, n° 1.

³⁵⁰⁰ Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, préc., § 16.

³⁵⁰¹ F. Sudre et A. Gouttenoire, « La réception par la Cour de cassation du standard européen en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA », *JCP G*, n° 47, nov. 2019, p. 1184.

³⁵⁰² Cour EDH, 19 nov. 2019, *C. c./ France et E. c./ France*, req. n°s 1462/18 et 17348/18, préc.

³⁵⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n°s 18-11.815 et 18-12.327, *Dr. fam.* 2020, n° 39, comm. J.-R. Binet ; *AJ. fam.* 2020, p. 62, note P. Salvage-Gerest et M.-C. Le Boursicot ; *AJ. fam.* 2020, p. 9, note A. Dionisi-Peyrusse. V. déjà

eu recours à une gestation pour autrui aux États-Unis. Dans l'une des affaires, le couple d'hommes était marié, dans l'autre non. Les actes de naissance américains désignent comme « père » l'un des membres du couple et comme « parent » le second. Le procureur de la République s'est opposé aux demandes de transcription des actes de naissance sur les registres français de l'état civil. Le 20 mars 2019³⁵⁰⁴, la Cour de cassation a sursis à statuer dans l'attente de l'avis de la Cour européenne des droits de l'Homme et de l'arrêt d'Assemblée plénière subséquent. Il appartenait à la première chambre civile de se prononcer sur la question de savoir si l'acte de naissance étranger d'un enfant désignant un homme en qualité de père et un autre homme en qualité de parent peut être transcrit sur les registres de l'état civil français. La Cour de cassation se prononce au visa des articles 3, § 1 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant³⁵⁰⁵, 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 47 du Code civil. Elle considère que le raisonnement retenu par la Cour européenne dans son avis consultatif du 10 avril 2019 « *n'a pas lieu d'être différent lorsque c'est un homme qui est désigné dans l'acte de naissance étranger comme "parent d'intention"* »³⁵⁰⁶. Elle rappelle, ensuite, que la jurisprudence de la Cour de cassation issue des arrêts du 5 juillet 2017 qui « *en présence d'un vide juridique et dans une recherche d'équilibre entre l'interdit d'ordre public de la gestation pour autrui et l'intérêt supérieur de l'enfant a refusé [...] la transcription totale des actes de naissance étrangers des enfants [...] ne peut trouver application lorsque l'introduction d'une procédure d'adoption s'avère impossible ou inadaptée à la situation des intéressés* »³⁵⁰⁷. Selon les magistrats, c'est la raison pour laquelle dans son arrêt d'assemblée plénière du 4 octobre 2019, la Cour de cassation a admis, au regard des impératifs précités, la transcription totale d'actes de naissance étrangers qui désignaient le père biologique et la mère d'intention non biologique. Or, « *afin d'unifier le traitement des situations* », la première chambre civile de la Cour de cassation en conclut qu'« *il convient de faire évoluer la jurisprudence en retenant qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme*

en ce sens : CA Rennes, 18 nov. 2019, n° 18/04404, préc. ; CA Rennes, 25 nov. 2019, n°s 18/01155, 18/01497 et 18/01936, *AJ. fam.* 2020, p. 71, note A. Dionisi-Peyrusse.

³⁵⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n°s 18-11.815 et 18-50.006, préc. Cf. *supra* n° 938.

³⁵⁰⁵ Selon cet article, « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

³⁵⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n°s 18-11.815 et 18-12.327, préc., § 9.

³⁵⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n°s 18-11.815 et 18-12.327, préc., § 10.

comme père ne constituent des obstacles à la transcription sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du Code civil »³⁵⁰⁸. Constatant qu'en l'espèce, les actes de naissance étrangers sont réguliers, exempts de fraude et établis conformément au droit de l'État dans lequel il a été établi, la Cour de cassation ordonne la transcription totale des actes de naissance en cause.

1188. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation « *abandonne la logique de l'Assemblée plénière (adoption par principe/transcription dans des circonstances exceptionnelles) pour autonomiser l'action aux fins de transcription de l'acte de naissance* »³⁵⁰⁹. Autrement dit, « *la transcription de l'acte de naissance étranger devient donc la voie normale de reconnaissance de cette filiation, voire le mode unique au moins lorsque la GPA est reconnue légalement dans le pays de naissance de l'enfant* »³⁵¹⁰. Les juges se livrent à une nouvelle interprétation de l'article 47 du Code civil. Ils abandonnent l'exigence de conformité des énonciations de l'acte de naissance étranger à la réalité des faits au profit de l'affirmation selon laquelle l'acte doit être transcrit dès lors qu'il est conforme au droit de l'État dans lequel il a été établi. Dans son arrêt d'Assemblée plénière du 4 octobre 2019, la Cour de cassation avait usé d'une appréciation *in concreto* laissant penser que « *sa décision ne s'expliquait pas par une modification de l'interprétation donnée à l'article 47 [du Code civil] mais par une éviction ponctuelle de celui-ci* »³⁵¹¹. En effet, « *en raison des circonstances particulières de l'affaire, ce texte était de nature à produire des conséquences excessives, qui seraient incompatibles avec le droit des enfants au respect de leur vie privée* »³⁵¹². Ainsi, à titre exceptionnel, sa mise en œuvre était exclue afin d'admettre la transcription totale. À l'inverse, dans ses arrêts du 18 décembre 2019, la première chambre civile de la Cour de cassation se fonde justement sur l'article 47 du Code civil en lui donnant une nouvelle signification. Il s'agit, désormais, de prendre en compte la réalité juridique et non plus la réalité biologique. Autrement dit, « *les actes dont la transcription est demandée ne peuvent plus être considérés comme inexacts au seul motif qu'ils trahissent la chair et le sang* »³⁵¹³ ; il suffit qu'ils soient conformes au droit local afin de faire foi. Finalement, « *la "réalité" est désormais synonyme du fait accompli, qu'il convient de constater et d'enregistrer* »³⁵¹⁴.

³⁵⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n^{os} 18-11.815 et 18-12.327, préc., § 12.

³⁵⁰⁹ J.-R. Binet, « GPA : les digues cèdent en France », *Dr. fam.*, n^o 2, févr. 2020, comm. 39.

³⁵¹⁰ A. Gouttenoire, « Droit de la famille », *JCP G*, n^o 9, mars 2020, doct. 250.

³⁵¹¹ J. Garrigue, « Feu vert pour la transcription des filiations établies à l'étranger à l'égard de simples « parents d'intention », *RJPF*, févr. 2020, n^o 2.

³⁵¹² *Ibid.*

³⁵¹³ *Ibid.*

³⁵¹⁴ L. de Saint-Pern, « Gestation pour autrui : validation de la transcription des actes de naissance », *D.*, 2019, p. 2351.

1189. Dans ses arrêts du 18 décembre 2019, la première chambre civile de la Cour de la Cour de cassation relève explicitement la « *présence d'un vide juridique* »³⁵¹⁵. Cette affirmation « *peut être lue comme une dénonciation du silence législatif et une invitation pour le législateur à exercer la compétence qui lui est donnée par l'article 34 de la Constitution de "fixer les règles" à l'égard de l'état des personnes* »³⁵¹⁶. Comme le souligne Madame le Professeur Sophie Paricard, « *si la loi du 29 juillet 1994 a prohibé [...] toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui [...], le législateur n'a pourtant jamais voulu s'emparer, au sein des différentes lois bioéthique qui se sont succédé, de la filiation des enfants nés d'une GPA à l'étranger, qui a pourtant suscité de nombreux contentieux, ni pour interdire la transcription de leur filiation établie à l'étranger ni pour l'aménager* »³⁵¹⁷. À ce propos, l'article 4 bis de la version du projet de loi relatif à la bioéthique³⁵¹⁸ adoptée par le Sénat en février 2020 propose d'insérer dans le Code civil un article 47-1, qui serait rédigé de la façon suivante. L'alinéa premier disposerait que « *tout acte de l'état civil ou jugement étranger, à l'exception des jugements d'adoption, établissant la filiation d'un enfant né à l'issue d'une convention de gestation pour le compte d'autrui ne peut être transcrit sur les registres en ce qu'il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu'il mentionne deux pères* ». L'alinéa suivant viendrait apporter une précision complémentaire en affirmant que « *les dispositions du premier alinéa ne font pas obstacle à la transcription partielle de cet acte ou de ce jugement, ni à l'établissement d'un second lien de filiation dans les conditions du titre VIII du présent livre si celles-ci sont réunies* ».

1190. La solution adoptée par la Cour de cassation est inédite dans la mesure où l'enfant issu d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger aura « *deux hommes comme parents en dehors de toute filiation adoptive* » alors que « *le titre VII du Code civil régissant la filiation charnelle ne permet pas l'établissement d'une filiation monosexuée* »³⁵¹⁹. Ainsi, les limites d'une telle position jurisprudentielle apparaissent. Cette dernière ne peut à elle seule régler le sort de la filiation des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui. Un nécessaire équilibre doit être recherché entre l'interdit français et la stabilité du statut juridique de l'enfant.

³⁵¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n^{os} 18-11.815 et 18-12.327, préc., § 10.

³⁵¹⁶ S. Paricard, « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », *D.*, 2020, p. 426.

³⁵¹⁷ *Ibid.*

³⁵¹⁸ Sénat, *Projet de loi n° 55 relatif à la bioéthique*, 4 févr. 2020. Disponible sur : <http://www.senat.fr/leg/tas19-055.pdf>.

³⁵¹⁹ S. Paricard, « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », préc.

Sous-section 2. La nécessaire recherche d'un équilibre entre l'interdit français et la stabilité du statut juridique de l'enfant

1191. Les solutions jurisprudentielles françaises « *parcellaires et inadaptées* » ne permettent pas de parvenir à un système « *cohérent et protecteur des intérêts de l'enfant et des mères porteuses* »³⁵²⁰. Ainsi, la première solution envisageable serait l'intervention du législateur français afin de s'adapter à la réalité des nouvelles techniques de procréation (Paragraphe 1). Cependant, la principale difficulté réside dans le caractère transfrontalier des gestations pour autrui impliquant alors l'intervention du droit international privé. Ainsi, en réalité, « *la conclusion inévitable est que le système de conflit des lois d'un État, considéré isolément, ne parvient pas à assurer la coordination des solutions dont les enfants ont besoin* »³⁵²¹. Par conséquent, la solution la plus à même d'assurer l'équilibre souhaité entre respect de l'interdit français et stabilité du statut juridique de l'enfant se trouve dans l'élaboration d'un instrument à vocation internationale (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une intervention législative interne préconisée face aux nouvelles techniques de procréation

1192. La jurisprudence a choisi la voie du compromis : la méthode conflictuelle « *se trouve refoulée au profit des règles relatives à la transcription des actes étrangers et de l'article 47 du Code civil* »³⁵²². Or, si la voie instrumentaire permet à l'enfant de bénéficier de la continuité de sa filiation, elle n'offre pas la possibilité que la filiation soit établie ou reconnue au fond en France. Les insuffisances de l'opération de transcription de l'acte de l'état civil étranger sur les registres de l'état civil français méritent d'être envisagées (I). En outre, « *depuis le développement des techniques de procréation médicalement assistée, de nouvelles interrogations surgissent et il faut trouver une articulation juridique entre des aspirations nouvelles à la parentalité et la préservation de l'ordre public* »³⁵²³. Ainsi, il est question de s'interroger sur l'inadaptation du droit français de la filiation (II).

³⁵²⁰ S. Paricard, « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », préc.

³⁵²¹ M.-S. Najurieta, « L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant », *RCADI*, Tome 376, 2015, p. 354, n° 129.

³⁵²² D. Porcheron, « Le droit international privé à l'épreuve de la gestation pour autrui », in M.-X. Catto et K. Martin-Chenut (dir.), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, op. cit., p. 47 et s., spéc. p. 55.

³⁵²³ K. Fiorentino et A. Fiorentino (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, op. cit., p. 7.

I. Les insuffisances de l'opération de transcription

1193. La transcription est l'acte matériel qui consiste à inscrire les éléments figurant sur l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil des Français nés à l'étranger. Autrement dit, il s'agit de la « *copie sur les registres de l'état civil de certains actes dressés en un autre lieu* »³⁵²⁴. La transcription est une mesure de publicité qui ne signifie pas que la filiation entre l'enfant et ses parents d'intention est établie dans l'ordre juridique français. Elle « *ne crée pas un droit, elle permet simplement d'avoir un acte de naissance français, ce qui facilite la vie des enfants* »³⁵²⁵. La transcription de l'acte de naissance étranger n'est, d'ailleurs, pas obligatoire. En effet, selon l'article 509 de l'Instruction générale relative à l'état civil, « *en l'absence de texte prévoyant l'obligation de transcription, les officiers de l'état civil et les administrations ne peuvent exiger des Français dont les actes de l'état civil ont été dressés par des autorités étrangères qu'ils fassent procéder à la transcription de ces actes sur les registres consulaires français ; en effet, en application de l'article 47 du Code civil, la copie d'un acte de l'état civil étranger, traduite, et légalisée*³⁵²⁶ *fait foi en France au même titre qu'une copie d'acte délivrée par une autorité française* ». Lorsqu'un enfant est né à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui, la transcription est facultative³⁵²⁷, car d'une part, les juridictions administratives imposent aux autorités françaises de délivrer des documents de voyage pour permettre aux enfants de suivre leurs parents en France³⁵²⁸ et d'autre part, la circulaire du 25 janvier 2013³⁵²⁹ invite les tribunaux à délivrer un certificat de nationalité aux enfants nés à l'étranger dès lors que le lien de filiation avec un parent français est établi dans un acte de naissance probant. La transcription est réalisée par le service central de l'état civil situé à Nantes pour les Français nés à l'étranger, sous le contrôle du parquet de Nantes. Même si la transcription n'est pas obligatoire, elle « *permet de faciliter la preuve de l'état de la personne au quotidien, puisqu'elle permet au Français de présenter un acte de l'état civil français à la*

³⁵²⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Transcription.

³⁵²⁵ C. Mécarry, « Les fondements juridiques de la filiation en cas de naissance de l'enfant dans le cadre d'une gestation pour autrui », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 115 et s., spéc. p. 122.

³⁵²⁶ IGREC, n^{os} 586-1 et 587.

³⁵²⁷ V. cependant : C. Mécarry, « Les fondements juridiques de la filiation en cas de naissance de l'enfant dans le cadre d'une gestation pour autrui », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation, op. cit.*, p. 115 et s., spéc. p. 122. L'auteur a constaté qu'en pratique, les administrations demandent la transcription pour pouvoir délivrer le passeport ou la carte d'identité.

³⁵²⁸ CE, 4 mai 2011, *Ministre des affaires étrangères et européennes c./ M. Morin*, n^o 348778, D. 2011, p. 1347, D. 2011, p. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2011, p. 328, obs. F. Miloudi ; *AJCT* 2011, p. 414, obs. C. Siffrein-Blanc ; *Dr. fam.* 2011, comm. 99, pbs. C. Neirinck.

³⁵²⁹ Circ. du 25 janv. 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – Convention de mère porteuse – Etat civil étranger, préc.

place d'un acte de l'état civil étranger »³⁵³⁰. Néanmoins, la transcription « *ne préjuge en rien de la validité de l'état de la personne concernée dans l'ordre juridique français* » dans la mesure où « *les conditions contrôlées lors de l'opération de transcription diffèrent totalement des conditions contrôlées pour permettre à une situation régulièrement acquise à l'étranger de produire effet en France* »³⁵³¹. Par conséquent, la filiation de l'enfant résultant de l'acte de naissance étranger transcrit sur les registres de l'état civil français peut être contestée ce qui confère « *aux enfants issus d'une convention de gestation pour autrui un état incertain* »³⁵³². La Cour de cassation n'a pas hésité à rappeler dans ses arrêts en date 18 décembre 2019³⁵³³ que « *l'action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant [...] n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation* ». Ainsi, transcrire un acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français « *ne signifie pas que le droit français intègre les règles de droit ayant permis leur existence* »³⁵³⁴. Il ne s'agit que d'une mesure de publicité donc « *l'acte français qui en découle n'est qu'un instrument de preuve qui n'exclut pas une remise en cause de la validité de la situation sur le fond* »³⁵³⁵.

1194. Deux hypothèses sont à distinguer : d'une part, celle où la filiation a été établie à l'étranger par une décision de justice et d'autre part, celle où la filiation a été établie sans qu'aucune décision de justice ait été rendue. Dans la première hypothèse, un jugement rendu en matière d'état des personnes à l'étranger bénéficie d'une reconnaissance de plein droit en France. Autrement dit, ces décisions produisent, sans aucune procédure préalable d'exequatur, leurs effets substantiels sur le territoire français. La reconnaissance *de plano* a été, pour la première fois, énoncée par la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt *Bulkley*³⁵³⁶ en date du 28 février 1860 en matière de divorce. L'arrêt *De Wrede*³⁵³⁷ du 9 mai 1900 a étendu cette solution aux jugements déclaratifs en matière d'état et de capacité des personnes. Enfin, le principe a été généralisé aux jugements relatifs à l'état et à la capacité des personnes par l'arrêt *Hainard*³⁵³⁸

³⁵³⁰ J. Guillaumé, « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, op. cit., p. 239 et s., spéc. p. 246.

³⁵³¹ *Ibid.*, p. 250.

³⁵³² *Ibid.*, p. 253.

³⁵³³ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n^{os} 18-11.815 et 18-12.327, préc., § 12.

³⁵³⁴ S. Paricard, « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », préc.

³⁵³⁵ A. Dionisi-Peyrusse, « Transcription complète des actes de naissance des enfants issus d'une GPA indiquant leurs deux parents d'intention », *AJ fam.*, 2020, p. 171. V. dans le même sens : J. Guillaumé, « La saga Mennesson : les premières fois ... », art. préc. ; H. Fulchiron et C. Bidaud, « Transcription dans l'affaire Mennesson aujourd'hui. Et demain ? », *D.*, 2019, p. 2228.

³⁵³⁶ Cass. civ., 28 févr. 1860, *Bulkley c./Defresne*, préc.

³⁵³⁷ Cass. civ., 9 mai 1900, *Prince de Wrède c./ Dame Maldaner*, préc.

³⁵³⁸ Cass. req., 3 mars 1930, *Hainard*, S. 1930, I, p. 377 note J.-P. Niboyet, *Rev. dr. int.* 1931, p. 329, note J.-P. Niboyet.

de la Cour de cassation du 3 mars 1930. Cependant, « *le fait que l'efficacité substantielle d'un jugement étranger relatif au statut personnel soit immédiate ne signifie pas que la reconnaissance en France d'un tel jugement soit définitive et échappe systématiquement au contrôle du juge français* »³⁵³⁹. La régularité du jugement étranger est seulement présumée. La Cour de cassation l'a nettement affirmé en considérant que « *si les jugements étrangers qui statuent sur l'état et la capacité des personnes produisent leur effet en France indépendamment de tout exequatur [...], les tribunaux français ne peuvent retenir cet effet lorsqu'il est invoqué devant eux sans contrôler leur régularité* »³⁵⁴⁰. Le juge français peut être amené à contrôler la régularité de la décision étrangère dans deux cas : lors d'un contrôle à titre incident et lors d'un contrôle à titre principal. Le contrôle à titre incident est celui où le jugement étranger est invoqué à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction française. Il peut s'agir du demandeur à l'action principale qui invoque le jugement étranger à l'appui de ses prétentions ou du défendeur à l'action principale qui l'invoque en tant que moyen de défense. Le contrôle à titre principal intervient essentiellement dans le but de lever toute incertitude quant à la régularité de la décision étrangère ; il s'agit alors d'une action en reconnaissance ou opposabilité. Ce contrôle peut également être demandé dans le but de faire constater l'irrégularité du jugement étranger afin de le priver rétroactivement de l'efficacité substantielle de plein droit dont il jouissait. Il est, alors, question d'action en non-reconnaissance ou inopposabilité³⁵⁴¹. Dans les deux cas, le contrôle de la régularité de la décision étrangère fait l'objet d'une instance lui étant propre et sera soumis aux mêmes règles qu'une instance en exequatur. Les conditions de régularité contrôlées seront donc au nombre de trois comme énoncées par l'arrêt *Cornelissen*³⁵⁴² : la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, l'absence de fraude à la loi et la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure³⁵⁴³. Dans la deuxième hypothèse, le lien de filiation a été établi à l'étranger sans qu'une décision soit rendue³⁵⁴⁴. La situation produira effet en France si elle remplit les conditions du conflit de lois, autrement dit si elle respecte les conditions posées par la loi désignée par la règle de conflit de lois française. Ainsi, il s'agira, en cas de filiation établie par reconnaissance du respect des dispositions prévues par la loi personnelle de l'auteur

³⁵³⁹ A. Huet, « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale - Efficacité substantielle et autorité de chose jugée », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 584-35, 14 nov. 2015, n° 15.

³⁵⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 1972, n° 71-13982, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 83, note D. Holleaux. V. dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1994, n° 92-21821, préc.

³⁵⁴¹ Admise pour la première fois par : Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 1951, *Weiller*, *Rev. crit. DIP* 1951, p. 167, note Ph. Francescakis ; *RTD civ.* 1951, p. 279, obs. P. Hébraud.

³⁵⁴² Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082, préc.

³⁵⁴³ Cf. *supra* n° 1012.

³⁵⁴⁴ Cf. *infra* n° 1208 et s.

de la reconnaissance ou la loi personnelle de l'enfant³⁵⁴⁵ ou si la filiation est établie par un moyen autre de celles prévues par la loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant³⁵⁴⁶.

1195. Dans la mesure où « *les actes de l'état civil ne sont que des modes de preuve de l'état des personnes et non l'état lui-même* », « *prouver qu'un état de la personne a été créé à l'étranger ne signifie pas pour autant que cet état soit reconnu en France, c'est-à-dire produise ses effets dans l'ordre juridique français* »³⁵⁴⁷. À cette fin, il conviendrait de contrôler « *l'efficacité internationale de l'état de la personne, et, en l'occurrence, celle de la filiation* »³⁵⁴⁸, autrement dit « *la régularité de l'état d'un individu contenu dans un acte de l'état civil étranger* »³⁵⁴⁹. La difficulté est qu'il n'existe « *aucune action de droit commun visant au contrôle de l'état des personnes créé ou constitué à l'étranger hors décision judiciaire ou acte décisionnel* »³⁵⁵⁰. Or, un acte de l'état civil n'étant pas un acte décisionnel, il est impossible de saisir un juge afin de lui demander de vérifier l'efficacité de l'état de la personne constitué à l'étranger, autrement dit la procédure d'exequatur n'est pas ouverte. Cette lacune du droit français explique vraisemblablement que les affaires de gestation pour autrui « *ont toutes en commun d'avoir pour origine une demande de transcription d'acte de naissance étranger, même lorsqu'existait une décision étrangère ayant donné lieu à l'établissement de cet acte* »³⁵⁵¹.

1196. « *L'opération de transcription n'étant pas une procédure de reconnaissance de l'état des personnes, les vérifications effectuées ne sont pas censées s'apparenter à un contrôle de régularité internationale* »³⁵⁵². En théorie, « *la filiation de l'enfant telle qu'elle résulte de l'acte étranger transcrit sur les registres de l'état civil français pourra toujours être contestée* »³⁵⁵³ sur le fondement de l'ordre public international ou de la fraude à la loi. Cependant, en pratique, une telle contestation « *présenterait peu d'intérêt : même si la filiation étrangère était privée d'effet en France [...], les autorités françaises seraient contraintes*

³⁵⁴⁵ Art. 311-17 du Code civil selon lequel « *la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant* ».

³⁵⁴⁶ Art. 311-14 du Code civil. Cf. *supra* n° 1105.

³⁵⁴⁷ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », art. préc.

³⁵⁴⁸ *Ibid.*

³⁵⁴⁹ J. Guillaumé, « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, op. cit., p. 239 et s., spéc. p. 252.

³⁵⁵⁰ *Ibid.*

³⁵⁵¹ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », art. préc.

³⁵⁵² H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Transcription dans l'affaire Mennesson aujourd'hui. Et demain ? », art. préc.

³⁵⁵³ J. Guillaumé, « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, op. cit., p. 239 et s., spéc. p. 252.

d'établir la filiation biologique de l'enfant en application d'un des modes d'établissement du droit interne »³⁵⁵⁴ conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. En outre, la délivrance d'un acte de l'état civil français du fait de la transcription « *masque [...] la GPA pour l'avenir et il y a peu de chance que quiconque soupçonne postérieurement un problème quant à la filiation de l'enfant puisque c'est un acte de naissance français qui sera présenté* »³⁵⁵⁵. Ce constat explique les propos de Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron et Madame Christine Bidaud-Garon qui déjà, en 2015, énonçaient que si « *la Cour de cassation décidait d'ordonner, en toute connaissance de cause, la transcription des actes de naissance des enfants nés à l'étranger grâce à une mère porteuse, autrement dit si elle permettait que tant les filiations biologiques que les filiations qui ne seraient que d'intention, soient inscrites dans les registres de l'état civil français et donnent lieu par la suite à la délivrance d'actes français indiquant comme parents de l'enfant ceux qui ont recouru au contrat de mère porteuse, il est évident que cela équivaudrait à une reconnaissance de la filiation* »³⁵⁵⁶.

1197. Quoi qu'il en soit, « *restreindre les questions de circulation internationale de l'état des personnes à la preuve de cet état est source d'une insécurité juridique* »³⁵⁵⁷. Il est « *insatisfaisant de laisser se construire un régime juridique sur des règles de preuve et des mesures de publicité* »³⁵⁵⁸. Il semble donc « *urgent que le législateur [...] s'intéresse à la circulation internationale de l'état des personnes et qu'il prévoit un véritable système de réception en France de l'état des personnes créé à l'étranger et des actes de l'état civil étrangers* »³⁵⁵⁹. À cet égard, il a été proposé de mettre en place une « *action de droit commun permettant de contrôler en même temps l'acte de l'état civil étranger et l'état de la personne dont il atteste* »³⁵⁶⁰. Une telle action n'aurait pas pour objet de remettre en cause la filiation de l'enfant tiers à la convention de gestation pour autrui, mais pourrait permettre de sanctionner le comportement des parents. Madame le Professeur Johanna Guillaumé propose « *une sanction*

³⁵⁵⁴ J. Guillaumé, « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, op. cit., p. 239 et s., spéc. p. 253.

³⁵⁵⁵ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », art. préc.

³⁵⁵⁶ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? », art. préc.

³⁵⁵⁷ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », art. préc.

³⁵⁵⁸ D. Porcheron, « Le droit international privé à l'épreuve de la gestation pour autrui », in M.-X. Catto et K. Martin-Chenut (dir.), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, op. cit., p. 47 et s., spéc. p. 55.

³⁵⁵⁹ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », art. préc.

³⁵⁶⁰ *Ibid.* V. dans le même sens : J. Guillaumé, « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, op. cit., p. 239 et s., spéc. p. 252.

civile consistant à moduler les effets de la filiation »³⁵⁶¹. Selon l'auteur, à l'image du mariage putatif dont bénéficie le seul époux de bonne foi, « *la filiation pourrait bénéficier au seul enfant, sans qu'il s'agisse d'une filiation putative, puisque le lien de filiation serait valablement établi* »³⁵⁶². Autrement dit, l'enfant bénéficierait de tous les droits dépendant de la filiation alors que les parents ne devraient supporter que les charges et obligations liées au statut de parents.

1198. Dans la mesure où la transcription n'est pas une réelle reconnaissance du lien de filiation tel qu'établi à l'étranger, il convient de rechercher « *une solution plus solide et satisfaisante* »³⁵⁶³. À cette fin, il est envisageable de se pencher sur l'inadaptation du droit français de la filiation.

II. L'inadaptation du droit français de la filiation

1199. Le droit français de la filiation est fondé sur des principes qui montrent leur limite avec les progrès scientifiques en matière de procréation, notamment avec l'opération de gestation pour autrui. Ainsi, il convient d'envisager d'une part, l'inadéquation de *l'adage mater semper certa est* (A) et d'autre part, l'inaptitude de la seule volonté comme fondement de la filiation (B).

A. L'inadéquation de l'adage mater semper certa est à la gestation pour autrui

1200. En droit français, la mère de l'enfant est celle qui a accouché. Ainsi, il existe « *un lien direct [...] tissé entre le fait physique de l'accouchement et la maternité juridique, lequel se traduit par la maxime "mater semper certa est"* »³⁵⁶⁴. En réalité, « *l'assimilation de la maternité à la gestation n'est à l'origine qu'une facilité de preuve héritée d'une époque où l'accouchement était censé révéler non seulement la femme ayant porté l'enfant, mais aussi celle l'ayant engendré, ne pouvant s'agir que d'une seule et même femme* »³⁵⁶⁵. Or, si naguère, la femme qui accouchait d'un enfant était nécessairement sa mère biologique, cette affirmation n'est plus vraie à l'heure actuelle. En effet, aujourd'hui, « *la maîtrise croissante de la procréation ébranle inexorablement les dernières certitudes de notre droit positif de la filiation*

³⁵⁶¹ J. Guillaumé, « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, op. cit., p. 239 et s., spéc. p. 253.

³⁵⁶² *Ibid.* V. déjà en ce sens : P. Lagarde, « Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 320.

³⁵⁶³ A. Dionisi-Peyrusse, « Transcription complète des actes de naissance des enfants issus d'une GPA indiquant leurs deux parents d'intention », art. préc.

³⁵⁶⁴ P. Hilt, « Repenser la maternité », *D.*, 2019, p. 2190.

³⁵⁶⁵ A. Mirkovic, « La maternité à l'épreuve de la PMA et de la GPA », in K. Fiorentino et A. Fiorentino (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, op. cit., p. 121 et s., spéc. p. 222.

et démontre de fait que le postulat *mater semper certa est* est, depuis longtemps, faux »³⁵⁶⁶. Désormais, « affirmer que la mère juridique d'un enfant ne peut être que celle qui en a accouché relève presque de l'anachronisme [...], l'accouchement ne désigne plus la mère avec certitude »³⁵⁶⁷. De plus, en matière de gestation pour autrui, l'« éclatement de la maternité entre la femme qui a fourni l'ovocyte, celle qui a porté l'enfant et celle qui l'a commandé, la mère d'intention, qui peut parfois avoir aussi fourni l'ovocyte [...] est source d'incertitudes au moment d'identifier la mère »³⁵⁶⁸. Finalement, dans le cadre d'une gestation pour autrui, l'application de l'adage *mater semper certa est* est remis en cause dans la mesure où la femme qui a porté l'enfant renonce à sa maternité au profit de la mère d'intention dans le cas où le couple commanditaire est hétérosexuel et au profit d'un homme s'il est homosexuel³⁵⁶⁹.

1201. Le Comité consultatif national d'éthique, conscient de la remise en cause de l'adage *mater semper certa est* par les progrès scientifiques, insiste sur « la rupture de l'enchaînement jusqu'alors indissociable de la conception et de la gestation [...] à l'origine d'une nouvelle forme de dissociation de la maternité impensable jusque naguère, la dissociation biologique en une maternité génétique ou ovulaire et une maternité gestationnelle ou utérine »³⁵⁷⁰. Le Comité envisage, ainsi, trois parentalités distinctes : la parenté génétique, la parenté de gestation et la parenté de l'éducation et de l'affection³⁵⁷¹. Dès lors, « l'idée que la filiation est un fait de nature et qu'elle est exclusive, dans la mesure où chaque enfant n'a qu'un seul père et qu'une seule mère, est remise en cause »³⁵⁷². La représentation de la mère certaine d'autrefois est passée à celle de la mère incertaine³⁵⁷³. Envisager une réforme du droit de la filiation en ce qu'il tiendrait compte de la vérité biologique dans l'établissement de la filiation maternelle serait le moyen pour le droit français de s'adapter aux évolutions de la science. À

³⁵⁶⁶ P. Le Maigat, « Gestation pour autrui : la fin de l'interdit ? », *Gaz. Pal.*, n° 1, 2020, p. 20

³⁵⁶⁷ P. Hilt, « Repenser la maternité », art. préc.

³⁵⁶⁸ A. Mirkovic, « La maternité à l'épreuve de la PMA et de la GPA », in K. Fiorentino et A. Fiorentino (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, op. cit., p. 121 et s., spéc. p. 224.

³⁵⁶⁹ V. cependant pour une position contraire : A. Fautre-Robin, « L'adage « Mater semper certa est » dans la jurisprudence », in K. Fiorentino et A. Fiorentino (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, op. cit., p. 70 et s. L'auteur préconise que l'adage peut résister face à la gestation pour autrui. Selon elle, « il paraît nécessaire de consolider la résistance actuelle de l'adage tant l'affaiblissement de la portée de la prohibition des maternités de substitution est de nature à favoriser le recours à ces pratiques dont la multiplication pourrait finir par faire tomber les dernières barrières ».

³⁵⁷⁰ CCNE, Avis n° 42 sur l'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation, 30 mars 1994. Disponible sur : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis042.pdf>.

³⁵⁷¹ CCNE, Avis n° 3 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle, 23 oct. 1984. Disponible sur : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis003.pdf>.

³⁵⁷² S. Monnier, « Le devenir de l'adage « mater semper certa est » appréhendé par la Comité consultatif national d'éthique », in K. Fiorentino et A. Fiorentino (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, op. cit., p. 191 et s., spéc. p. 194.

³⁵⁷³ CCNE, Avis n° 126 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation, préc., p. 5.

cet égard, Monsieur Patrick Hilt propose de créer une présomption de maternité³⁵⁷⁴. Selon cet auteur, l'accouchement ferait présumer le lien biologique entre l'enfant et la femme ayant accouché. Ainsi, « *l'accouchement garderait un rôle central dans l'établissement de la maternité* », mais « *sa réalité ne désignerait plus irréfragablement la mère de l'enfant mais ne ferait que la réputer comme telle* »³⁵⁷⁵. Dans les hypothèses où la gestation d'un enfant est dissociée de sa conception, comme la gestation pour autrui, la présomption de maternité permettrait de déclarer mère la femme qui a conçu l'enfant sans pour autant le mettre au monde. La solution proposée par l'auteur présente l'avantage de maintenir l'interdiction posée par le droit de la gestation pour autrui tout en permettant à la mère d'intention, dont l'ovule a été fécondé, de devenir la mère légale de l'enfant dont a accouché une autre femme, et ce en vertu de dispositions adoptées par le législateur permettant d'éviter toute imprévisibilité dans la solution retenue.

1202. Madame Aude Mirkovic, relevant que la gestation pour autrui prive l'enfant de la certitude quant à sa mère, va plus loin lorsqu'une telle pratique est réalisée au sein d'un couple d'hommes évoquant « *l'effacement de la maternité* »³⁵⁷⁶. En effet, dans cette situation, la gestation pour autrui « *prive [...] l'enfant non seulement de mère certaine, mais de mère, de lignée maternelle* »³⁵⁷⁷ dans la mesure où l'objectif est de remplacer la mère par un second père. Même si la mère porteuse est inscrite dans l'acte de naissance de l'enfant, celle-ci ne sera jamais une mère pour l'enfant dans la mesure où cela est justement le principe et le but de la gestation pour autrui. Ainsi, la maternité « *devient relative au point de demeurer ou disparaître en fonction des accords passés entre les différents protagonistes* »³⁵⁷⁸. Or, la seule volonté semble inapte à fonder la filiation.

B. L'inaptitude de la seule volonté comme fondement de la filiation

1203. Face au déclin du modèle procréatif, Monsieur Guillaume Kessler propose de distinguer le statut de parent de la qualité de géniteur³⁵⁷⁹. À cette fin, il part d'un constat issu d'un rapport intitulé « *Filiation, origines, parentalité* » dirigé par Madame Irène Théry : « *depuis que des enfants adoptés plénièrement peuvent avoir juridiquement "deux pères" ou*

³⁵⁷⁴ P. Hilt, « Repenser la maternité », art. préc.

³⁵⁷⁵ *Ibid.*

³⁵⁷⁶ A. Mirkovic, « La maternité à l'épreuve de la PMA et de la GPA », in K. Fiorentino et A. Fiorentino (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, op. cit., p. 227.

³⁵⁷⁷ *Ibid.*

³⁵⁷⁸ *Ibid.*

³⁵⁷⁹ G. Kessler, « La distinction du parent et du géniteur : proposition pour une nouvelle approche de la filiation », *RTD civ.*, 2019, p. 519.

"deux mères", *on est de moins en moins tenté de confondre deux notions juridiques aussi différentes que celle de parent et celle de géniteur* »³⁵⁸⁰. Il s'agirait de scinder le lien de filiation en deux éléments : d'une part, le lien génétique et d'autre part, le lien social résultant du projet parental. Relevant que « *la parenté consciente, voulue et réfléchie est devenue la norme* », l'auteur considère que la volonté, et non la biologie, est à l'origine du lien de filiation. Ce constat est la conséquence du développement des technologies reproductives, « *quelle que soit la technique utilisée, la procréation médicalement assistée est une démarche réfléchie, complexe, qui implique un investissement et une détermination qui excluent toute décision hâtive* »³⁵⁸¹. De même, Madame Martine Gross considère que « *ce qui fait un parent, c'est l'engagement institué, au travers d'une parole donnée, soit devant l'officier d'état civil à la mairie, soit au travers d'un jugement d'adoption, soit par anticipation avec la présomption de paternité dans le mariage. C'est cette parole d'engagement qui permet d'établir la filiation. Le lien biologique n'est ni nécessaire, ni suffisant pour cela. Procréation et filiation ne sont pas synonymes* »³⁵⁸².

1204. Néanmoins, si la proposition peut séduire dans la mesure où elle est apte à s'adapter aux nouvelles techniques de procréation médicalement assistée, la volonté à elle seule ne peut fonder le droit de la filiation. Pourtant, « *il est traditionnel de considérer la volonté comme l'un des fondements de la filiation* »³⁵⁸³. Cependant, dans la majorité des cas, « *la volonté coïncide avec la vérité biologique comme la vérité sociologique avec laquelle pourtant elle ne se confond pas* »³⁵⁸⁴. Cela explique que la volonté soit rarement évoquée mise à part dans le cadre de la filiation adoptive qui constituerait « *la filiation volontaire par excellence puisqu'elle est fondée sur une seule manifestation de volonté(s)* »³⁵⁸⁵. Cette affirmation peut être nuancée en considérant que « *l'adoption n'est pas un concept mais une fiction subordonnée au concept sur lequel elle se greffe* »³⁵⁸⁶. En effet, selon Monsieur le Professeur Frédéric Rouvière, en droit, il n'existerait qu'un seul concept de la filiation fondée sur le sang³⁵⁸⁷.

³⁵⁸⁰ I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 65.

³⁵⁸¹ G. Kessler, « La distinction du parent et du géniteur : proposition pour une nouvelle approche de la filiation », art. préc.

³⁵⁸² M. Gross, « Ouvrir l'accès à l'AMP pour les couples de femmes ? », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, op. cit., p. 103 et s., spéc. p. 111.

³⁵⁸³ V. Mikalef-Toudic, « La place de la volonté comme fondement de la filiation », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, op. cit., p. 61 et s., spéc. p. 61.

³⁵⁸⁴ L. Mauger-Vielpeau, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau (A propos de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA*, 2007, n° 128, p. 3.

³⁵⁸⁵ *Ibid.*

³⁵⁸⁶ F. Rouvière, « Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique », *LPA*, 2013, n° 66, p. 5.

³⁵⁸⁷ F. Rouvière, « Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique », art. préc. À titre d'illustration, l'auteur relève l'impossibilité d'établir une filiation incestueuse. Celle-ci ne pouvant être contournée par une

Néanmoins, dans le cadre de la filiation charnelle, « *comment soutenir qu'on a égard à l'intérêt de l'enfant [...], alors que son sort dépendra uniquement du point de savoir qui veut de lui* »³⁵⁸⁸ ? Madame le Professeur Méлина Douchy-Oudot relève, à juste titre, qu' « *en généralisant l'élection comme fondement de la filiation, le droit va dissoudre la nature même du lien qu'il prétend protéger et lui enlever toute légitimité* »³⁵⁸⁹. Or, « *l'enfant a besoin de durée et de stabilité, et la filiation ne peut reposer sur des bases aussi fragiles que la volonté* »³⁵⁹⁰. Le constat dressé par Madame le Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez qui affirme que « *rien n'est plus changeant que la volonté humaine, rien n'est plus fragile que les engagements familiaux* »³⁵⁹¹ incite à rejoindre la position de Madame Florence Millet selon laquelle « *la filiation juridique doit rester ancrée dans une représentation biologique du lien pour remplir sa fonction* »³⁵⁹².

1205. La difficulté est que « *le concept d'homoparentalité est difficilement compatible avec une filiation fondée sur le sang pour la simple raison que deux personnes de sexe identique ne peuvent procréer [...]. L'admission d'une parenté qui ne distingue plus selon le sexe des parents conduit ainsi à consacrer un mode de filiation fondé prioritairement sur la volonté et non sur le sang* »³⁵⁹³. Or, dans un souci de justice et d'égalité, cela impliquerait de modifier tout autant le concept de filiation pour les couples hétérosexuels. Monsieur le Professeur Frédéric Rouvière en déduit que « *la déclaration de l'enfant à l'état civil serait [...] la seule preuve constitutive de la filiation que ce soit pour le père ou la mère* »³⁵⁹⁴. Néanmoins, il propose de réintroduire le critère du sang comme mode de preuve, autrement dit comme présomption. Il s'agirait d'ajouter à la classique présomption de paternité, une présomption de maternité fondée sur l'accouchement ; ce dernier ferait « *ainsi présumer la volonté de la mère d'être juridiquement le parent de l'enfant* »³⁵⁹⁵. Néanmoins, afin de respecter « *l'indifférenciation des sexes* », ces deux présomptions devraient être fondues dans une seule et même « *présomption de parenté* »³⁵⁹⁶.

adoption, cela démontre indirectement son caractère fictif puisqu'elle demeure dépendante du modèle fondé sur le sang.

³⁵⁸⁸ M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *D.*, 2015, p. 224.

³⁵⁸⁹ M. Douchy-Oudot, « Les filiations électives à l'épreuve du droit, vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Lexisnexis, 2015, p. 503 et s., spéc. p. 505.

³⁵⁹⁰ M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », art. préc.

³⁵⁹¹ F. Dekeuwer-Défossez, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC*, nov. 2012, n° 98.

³⁵⁹² F. Millet, « La voie d'une homoparentalité bien ordonnée : retour aux fondamentaux de la filiation », *D.*, 2012, p. 1975.

³⁵⁹³ F. Rouvière, « Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique », art. préc.

³⁵⁹⁴ *Ibid.*

³⁵⁹⁵ *Ibid.*

³⁵⁹⁶ *Ibid.*

1206. Les pistes d'intervention du législateur français sont nombreuses. Néanmoins, aucune n'est réellement suffisante afin de trouver un équilibre entre la prohibition française de la gestation pour autrui et la stabilité juridique du statut de l'enfant. En réalité, la solution permettant d'aboutir à un tel objectif semble se trouver dans l'élaboration d'un instrument à vocation internationale.

Paragraphe 2. L'indispensable élaboration d'un instrument à vocation internationale

1207. « *L'opération de GPA à l'étranger est marquée par une incapacité des acteurs institutionnels ou privés à prétendre pouvoir empêcher le fait de pratiques à l'étranger. Le désir d'enfant est tel, les processus pratiques pour y parvenir sont si nombreux et organisés, qu'il est impossible d'enfermer cette réalité dans le jeu de règles juridiques, de politiques publiques ou même privées qui viendraient interdire leur accomplissement à l'étranger avec une véritable efficacité* »³⁵⁹⁷. Monsieur le Professeur Jean-Sylvestre Bergé s'est alors demandé « *ce que traduit cet état des choses* »³⁵⁹⁸. Parmi les explications données, « *il en est une qui occupe ici une place tout à fait importante : le fait de circulation de l'enfant né sous GPA* »³⁵⁹⁹. En effet, « *la délocalisation de la GPA prend une tournure particulièrement grave, compte tenu de la présence de l'enfant né sous GPA sur un territoire autre que celui de ses parents commanditaires ou de son déplacement vers territoire autre que celui de la mère porteuse* »³⁶⁰⁰. Afin d'assurer la stabilité du statut juridique de l'enfant, il a été proposé d'utiliser la méthode de la reconnaissance des situations juridiques. Cependant, cette méthode mérite d'être rejetée pour plusieurs raisons (I). En réalité, l'élaboration d'une Convention de coopération internationale semble la solution à adopter (II).

I. Le rejet de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques

1208. L'idée d'utiliser la méthode de la reconnaissance des situations juridiques en matière de lien de filiation établi à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui a été défendue par de nombreux auteurs³⁶⁰¹. En effet, dans la mesure où la gestation pour autrui aboutit,

³⁵⁹⁷ J.-S. Bergé, « Contextualisation et circulation des situations : approche modale des phénomènes de gestation pour autrui à l'étranger », *JDI*, n° 1, janv. 2018, doct. 1, spéc. n° 15.

³⁵⁹⁸ *Ibid.*

³⁵⁹⁹ *Ibid.*

³⁶⁰⁰ *Ibid.*

³⁶⁰¹ V. notamment : P. Lagarde, « Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui », art. préc. ; P. Lagarde, « La gestation pour autrui : problèmes de droit interne et de droit international privé », *Rev. hellénique de droit international*, 2009, p. 511 ; S. Bollée, « Conflits de lois. – État civil. – Gestation pour autrui. – Actes d'état civil dressés à l'étranger. – Ministère public. – Action en nullité

souvent, à la délivrance d'un acte de l'état civil étranger, il ne s'agit plus de rechercher la loi applicable à l'établissement de filiation, mais de traiter la question « *sous l'angle de la circulation des actes publics étrangers* »³⁶⁰². La méthode de la reconnaissance des situations « *consiste en que l'État dans lequel une situation est invoquée renonce à l'application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de cette situation, au profit de la loi qui a fait surgir ou tout au moins qui a donné corps à la situation* »³⁶⁰³. Ainsi, « *lorsque l'on raisonne en termes de reconnaissance des situations, il ne s'agit donc pas de reconnaître ou de ne pas reconnaître un acte de l'état civil étranger, mais la filiation qu'il atteste* »³⁶⁰⁴. Cette méthode est, principalement, fondée sur « *le besoin de permanence de l'état des personnes* »³⁶⁰⁵, autrement dit « *le besoin social de continuité et de stabilité de l'état des personnes* »³⁶⁰⁶. Comme le souligne Monsieur le Professeur Paul Lagarde, face à la grande mobilité des personnes, il peut paraître « *choquant que la situation juridique d'une personne, constituée dans un État, soit remise en question dans un autre État où la même personne viendrait à s'établir ou tout simplement dans lequel elle aurait à se prévaloir de son statut, pour la seule raison que cette situation n'aurait pas été créée selon la loi désignée par le système de droit international privé de l'État de reconnaissance* »³⁶⁰⁷. De même, cette méthode est justifiée par le développement des droits fondamentaux, notamment le droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et par la liberté de circulation dans l'Union européenne invoquée par la Cour de justice de l'Union européenne afin d'imposer la reconnaissance de situations créées dans un État membre³⁶⁰⁸. Cependant, si « *tous les fondements proposés sont probablement de nature à justifier la reconnaissance [...], il n'est pas suffisant de découvrir de potentiels fondements de la méthode de la reconnaissance pour dire que celle-ci est adaptée et justifiée* »³⁶⁰⁹.

des transcriptions. – Intérêt à agir », *JDI*, n° 2, 2009, comm. 9 ; S. Bollée, « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, Pedone ; B. Ancel, « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 1 et s., spéc. p. 8 ; H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », art. préc. *Contra* : L. d'Avout, « La « reconnaissance » de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée », *D.*, 2014, p. 1806 ; D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », art. préc.

³⁶⁰² C. Pons, « La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé », *Revue québécoise de droit international*, vol. 31, n° 1, 2018, p. 119, n° 13. V. aussi : S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, op. cit. ; S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Thèse, Université Paris II, 2017.

³⁶⁰³ P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », préc., p. 25.

³⁶⁰⁴ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? », art. préc.

³⁶⁰⁵ P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », préc., p. 26.

³⁶⁰⁶ R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », préc.

³⁶⁰⁷ P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », préc., p. 26.

³⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 27 et s.

³⁶⁰⁹ L. Rass-Masson, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, op. cit., p. 489, n° 604.

1209. La méthode de la reconnaissance des situations est soumise à plusieurs conditions³⁶¹⁰, dont le fait qu'elle ne s'applique qu'aux situations « *crystallisées* » par l'intervention d'une autorité publique d'un État étranger. Il est généralement considéré que cette dernière peut jouer « *un rôle actif, par exemple la célébration d'un mariage, constatée dans un acte de l'état civil, ou même simplement réceptif, comme un acte de naissance ou la mention d'une reconnaissance d'enfant en marge de l'acte de naissance* »³⁶¹¹. À l'inverse, pour Monsieur le Professeur David Sindres, la délivrance d'actes de naissance ne peut pas « *être érigée au rang d'une forme de cristallisation de la situation, faisant naître chez les parties à la convention de gestation pour autrui une croyance légitime en la validité de celle-ci* »³⁶¹². Selon lui, « *non seulement sont-ils intrinsèquement dépourvus de force normative, mais ces actes sont de surcroît, contrairement à l'acte de mariage dressé par l'officier d'état civil, sans incidence sur la situation qu'ils constatent : l'intervention d'un officier public étranger n'apparaît en effet pas comme une condition de validité du processus ayant présidé à la conception* »³⁶¹³. Autrement dit, « *la délivrance des actes d'état civil n'intervient qu'a posteriori et ne fait qu'inscrire dans des registres une situation préalablement créée sans le concours de l'officier d'état civil* »³⁶¹⁴. Ainsi, selon l'auteur, faute de cristallisation, le recours à la méthode de la reconnaissance serait « *illégitime* »³⁶¹⁵. Néanmoins, « *le plus souvent, une situation est cristallisée parce qu'elle a donné lieu à l'intervention d'une autorité publique, même simple réceptrice de l'acte de volonté d'une personne ou d'un couple* »³⁶¹⁶. En effet, « *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* »³⁶¹⁷.

1210. Quoi qu'il en soit, au titre des conditions de la reconnaissance des situations, figure l'ordre public international. Ainsi, cette méthode ne semble pas apte à résoudre les problématiques posées de façon satisfaisante. En effet, si la stabilité du statut de l'enfant est

³⁶¹⁰ Cf. *supra* n° 634 et s.

³⁶¹¹ P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », préc., p. 38. V. sur la distinction entre actes publics décisionnels et non décisionnels : Ch. Pamboukis, « Les actes publics et la méthode de la reconnaissance », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, *op. cit.*, p. 133 et s.

³⁶¹² D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », art. préc., spéc. n° 67.

³⁶¹³ *Ibid.*

³⁶¹⁴ *Ibid.*

³⁶¹⁵ *Ibid.*, spéc. n° 76.

³⁶¹⁶ M. Farge, « Détermination du droit applicable », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 512.121.

³⁶¹⁷ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I, *op. cit.*, p. 692, n° 579.

recherchée, celle-ci doit l'être en respectant les valeurs fondamentales du for. Comme le soulignent Monsieur le Professeur Dominique Bureau et Madame le Professeur Horatia Muir Watt, l'ordre public international « demeure ; l'interposition délibérée d'un acte public étranger [...] ne permet pas d'éviter de se poser la question des conditions de l'assouplissement voulu de l'ordre public du for, qui est bien la racine du problème car c'est en vue de la circonvenir que les parents d'intention ont recherché une mère gestatrice étrangère »³⁶¹⁸. En définitive, « la conformité à l'ordre public international est, par excellence, la condition dont on ne peut pas faire l'économie »³⁶¹⁹. Il est nécessaire d'assurer la continuité du statut juridique de l'enfant au-delà des frontières tout en prenant en compte la diversité des différentes approches nationales. Afin que la méthode de la reconnaissance des situations prospère, il conviendrait qu'existe « une communauté de valeurs entre les ordres juridiques concernés ou la mise en place en amont d'une coopération entre eux »³⁶²⁰ ce qui est loin d'être le cas en matière de gestation pour autrui.

1211. En outre, la méthode de reconnaissance des situations coïncide avec « une extension de l'autonomie de la volonté des individus et un certain affaiblissement de l'autorité de la loi »³⁶²¹. Comme le souligne Monsieur le Professeur Sylvain Bollée, « le recours à cette méthode [...] n'est pas neutre : il y a une logique du fait accompli, qui conduit à favoriser le respect d'une situation pour la simple raison qu'elle existe et que les personnes privées ont légitimement pu avoir confiance en sa validité »³⁶²². Or, dans le cadre d'un recours à une gestation pour autrui à l'étranger, dans la mesure où « les parties ont constitué une situation sous l'empire d'un ordre juridique avec lequel elles n'ont pas ou presque pas d'attaches », il est difficile de « soutenir qu'elles pouvaient légitimement s'attendre à voir le point de vue des ordres juridiques rayonner urbi et orbi, le cas échéant contre le point de vue des ordres juridiques avec lesquels elles ont véritablement des liens »³⁶²³. Au contraire, en matière de gestation pour autrui, le recours à la méthode de la reconnaissance « ne peut qu'inciter les

³⁶¹⁸ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome II, *op. cit.*, p. 229, n° 795-1.

³⁶¹⁹ S. 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*, *op. cit.*, p. 113 et s, spéc. p. 114.

³⁶²⁰ C. Brière, « Réflexions sur l'influence de la Conférence de La Haye », *D.*, 2018, p. 1656.

³⁶²¹ 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*, *op. cit.*, p. 19 et s, spéc. p. 24. V. dans le même sens : G.-P. Romano, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », art. préc.

³⁶²² S. 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*, *op. cit.*, p. 113 et s, spéc. p. 115.

³⁶²³ *Ibid.*, p. 116.

parents d'intention à aller chercher à l'étranger ce que la loi française [...] leur refuse et à se prévaloir ensuite d'une situation valablement créée en vertu d'une loi étrangère »³⁶²⁴.

1212. La méthode de la reconnaissance des situations n'est pas apte à remplir le double objectif recherché : le respect de la position prohibitive du droit interne quant à la gestation pour autrui et la continuité du statut juridique de l'enfant. Utiliser une telle méthode risquerait, en définitive, de réguler l'illicite³⁶²⁵. Afin d'« éviter de prêter main-forte à une marchandisation de l'enfant et d'encourager le développement du tourisme procréatif, c'est en amont qu'il faut intervenir pour limiter cette pratique, faute de pouvoir l'éradiquer »³⁶²⁶. La solution la plus propice à remplir l'objectif poursuivi, soit la recherche d'un équilibre entre l'interdit législatif français et la stabilité du statut juridique de l'enfant semble être l'élaboration d'une Convention de coopération internationale.

II. L'adoption d'une Convention de coopération internationale

1213. En réalité, « la difficulté principale réside dans l'application territoriale des lois bioéthiques des différents États, qui appliquant chacun leur propre législation sans s'interroger sur la conformité de la situation créée avec le droit de l'État d'origine des personnes concernées, ni sur les possibilités de reconnaissance à l'étranger »³⁶²⁷. La recherche de l'instrument adéquat (A) précèdera une étude approfondie de l'éventuelle adoption d'un instrument de coopération internationale (B).

A. La recherche de l'instrument adéquat

1214. « La pratique de la gestation pour autrui a pris une telle ampleur dans le monde que nombre de pays opposés à la légalisation d'une telle pratique sont, malgré eux, aujourd'hui concernés par l'épineuse question de la régularisation sur leur territoire de la situation des enfants nés à l'étranger par le truchement d'une femme porteuse »³⁶²⁸. Dans la mesure où les gestations pour autrui présentent un caractère international, « il est difficile, voire impossible, d'envisager que l'action individuelle d'un État puisse parfaitement les résoudre »³⁶²⁹. En outre,

³⁶²⁴ C. Brière, « Réflexions sur l'influence de la Conférence de La Haye », art. préc.

³⁶²⁵ M.-A. Frison-Roche, « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.*, 2014, p. 2184.

³⁶²⁶ C. Brière, « Réflexions sur l'influence de la Conférence de La Haye », art. préc.

³⁶²⁷ E. Bonifay, « Les conflits en droit international privé », in A.-C. Réglier et C. Siffrein-Blanc (dir.), *L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 205 et s., spéc. p. 215.

³⁶²⁸ L. Brunet, « La globalisation internationale de la gestation pour autrui », *Travail, genre et sociétés*, vol. 28, n° 2, 2012, p. 199.

³⁶²⁹ HCCH, *Rapport préliminaire n° 10 sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, note établie par le bureau permanent, mars 2012, p. 25. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/b4114840-8e21-4f34-b054-43fe4c01ab32.pdf>.

dans la mesure où il s'agit de traiter un phénomène mondial, « *un instrument à dimension régionale, dans le cadre, par exemple, du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne, ou encore de l'Organisation des États américains, manquerait une partie de son objectif* »³⁶³⁰. Ainsi, il s'agit d'élaborer une convention internationale qui a fait l'objet de propositions variées.

1215. La première est l'élaboration d'une convention internationale ayant pour objectif d'interdire la gestation pour autrui. Une proposition de loi enregistrée à l'Assemblée nationale le 8 avril 2015³⁶³¹ prévoyait en son article 4 que « *le Gouvernement remet un rapport au Parlement avant le 1^{er} mai 2015 relatif aux propositions qu'il pourrait soumettre pour proposer l'adoption d'une convention internationale spécifique sur l'interdiction de la gestation et de la procréation par autrui* ». Néanmoins, l'élaboration d'un tel instrument est inconcevable en l'absence de consensus international des différents législateurs nationaux. Ainsi, les propositions suivantes n'ont pas pour objet de prohiber la gestation pour autrui, mais plutôt de l'encadrer.

1216. Il pourrait s'agir d'une convention de droit international comportant des règles de conflit de lois relatives à la filiation, plus particulièrement à celle de l'enfant issu d'une gestation pour autrui. Cependant, les droits nationaux en la matière sont divers. Comme le souligne, Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, « *il est d'ailleurs significatif que dans ce domaine, il n'existe pas de grands instruments internationaux (et la Convention de La Haye sur l'adoption ne comporte pas de règles de conflit), alors que la quasi-totalité du droit de la famille est aujourd'hui couvert par des conventions internationales ou par des règlements de l'Union européenne* »³⁶³². Ainsi, un consensus en la matière semble, à nouveau, difficilement envisageable.

1217. Un tel instrument pourrait être une convention internationale de droit matériel consistant pour les États à imposer des conditions, de nationalité ou de résidence par exemple, aux individus afin de bénéficier d'une gestation pour autrui sur leur territoire. Autrement dit, selon la Convention, « *les États s'engageraient à n'offrir de procédé de procréation à des étrangers que si dans leur État de nationalité et/ou de résidence, la filiation de l'enfant a vocation à y être reconnue* »³⁶³³. Déjà, en 2010, les Consuls généraux de huit États

³⁶³⁰ H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », art. préc.

³⁶³¹ AN, *Proposition de loi n° 2706 visant à lutter contre le recours à une mère porteuse*, 8 avr. 2015.

³⁶³² H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », art. préc.

³⁶³³ E. Bonifay, « Les conflits en droit international privé », in A.-C. Réglie et C. Siffrein-Blanc (dir.), *L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 205 et s., spéc. p. 215.

européens³⁶³⁴ avaient adressé un courrier commun à plusieurs cliniques pratiquant la fécondation in vitro en Inde pour leur demander de cesser d'offrir des possibilités de maternité de substitution aux ressortissants de leurs pays s'ils n'avaient pas préalablement consulté leur ambassade³⁶³⁵. Le rapport d'information remis au Sénat le 17 février 2016 se prononce en ce sens : « *le moyen le plus efficace pour éviter que des Français échappent à la prohibition de la GPA est d'obtenir des pays où cette pratique est légale, qu'ils leur interdisent d'y recourir* »³⁶³⁶. Cette solution présente l'avantage d'éviter en amont les filiations boiteuses et de préserver, ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, il est évident que certains États « *pourraient [...] vouloir développer ou laisser se développer le marché de la maternité externalisée* »³⁶³⁷. Comme l'a écrit Monsieur le Professeur Jean Hauser, « *la ratification par des États étrangers (notamment les USA) d'un tel accord on en rêve ... !* »³⁶³⁸. Ainsi, « *tout en défendant la promotion d'une telle convention internationale* », il est aussi envisagé « *la conclusion d'accords bilatéraux, négociés entre la France et chacun des pays qui autorisent les ressortissants français à recourir à la GPA* »³⁶³⁹. Cette solution est, certes, plus réaliste, mais des solutions isolées ne permettront pas de remplir l'objectif principal. En effet, « *le recours à des conventions bilatérales risque d'emporter un succès limité dans le gruyère législatif international* »³⁶⁴⁰. En outre, qu'en serait-il de l'enfant né en infraction de ladite convention sur le territoire de l'État concerné ? Qui plus est, rien n'empêchera les parents désireux d'enfant de se tourner vers des pays non signataires dans la mesure où pour bon nombre d'États, il est peu probable qu'ils « *acceptent de signer ce type de convention auxquelles ils n'ont pas intérêt* »³⁶⁴¹.

1218. Enfin, il serait possible d'adopter un instrument de coopération internationale³⁶⁴² ne comportant ni règles de conflit de lois, ni règles de conflit de juridictions. Il s'agirait d'aborder la question de la reconnaissance « *uniquement à travers quelques principes de*

³⁶³⁴ Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Pologne, République tchèque.

³⁶³⁵ HCCH, *Rapport préliminaire n° 10 sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, note établie par le bureau permanent*, préc., p. 25.

³⁶³⁶ Sénat, *Rapport d'information n° 409 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA)*, préc., p. 77.

³⁶³⁷ J. Térel, *Les figures de la maternité*, op. cit., p. 625, n° 696. V. dans le même sens : C. Thomale, « Apports et limites de l'encadrement de la gestation pour autrui en droit international privé allemand », *RDIA*, n° 1, 2018, p. 499.

³⁶³⁸ J. Hauser, « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », *RTD civ.*, 2014, p. 616.

³⁶³⁹ Sénat, *Rapport d'information n° 409 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA)*, préc., p. 80

³⁶⁴⁰ A. Chaigneau, « Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé », *RTD civ.*, 2016, p. 263.

³⁶⁴¹ *Ibid.*

³⁶⁴² Cf. *infra* n° 1219 et s.

*référence. Un tel instrument pourrait être construit sur le modèle de la Convention de 1993 sur l'adoption, avec un double objectif : la coopération entre États et la protection des enfants »*³⁶⁴³. La conférence de droit international privé de La Haye s'est penchée sur cette possibilité. Tout en relevant qu'« *il existe des différences évidentes et importantes entre la maternité de substitution internationale et l'adoption internationale* » et qu'« *il pourrait être difficile de ce fait de dégager des principes communs pour un système international* », le bureau permanent note, néanmoins, qu'« *il est opportun d'étudier dans quelle mesure certaines des techniques employées par la Convention de 1993 pourraient être adaptées pour la maternité de substitution internationale* »³⁶⁴⁴. Il convient de s'intéresser tout particulièrement à la mise en place d'un instrument de coopération internationale.

B. Vers un instrument de coopération internationale ?

1219. Les travaux de la Conférence de droit international privé de La Haye engagé en 2010 en matière de gestation pour autrui sont bienvenus, riches d'informations et méritent à ce titre d'être présentés (1). La mise en place d'un instrument de coopération internationale en matière de gestation pour autrui semble envisageable en tirant les enseignements de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (2).

1. Les travaux de la Conférence de droit international privé de La Haye

1220. La Conférence de droit international privé de La Haye a constitué un groupe d'experts afin d'étudier les questions de droit international privé liées à la filiation des enfants, y compris celle des conventions de maternité de substitution. Dès 2010, le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence a insisté sur « *la complexité des questions relatives au droit international privé et à la protection des enfants résultant du nombre croissant de contrats internationaux de maternité de substitution* » et a invité le Bureau permanent à s'intéresser aux « *questions de droit international privé concernant le statut des enfants (à l'exclusion de l'adoption) et, notamment concernant la reconnaissance de la*

³⁶⁴³ H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », art. préc.

³⁶⁴⁴ HCCH, *Rapport préliminaire n° 10 sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, note établie par le bureau permanent, préc., p. 29.

filiation »³⁶⁴⁵. Depuis, le groupe d'experts s'est réuni à plusieurs reprises : en février 2016³⁶⁴⁶, en février 2017³⁶⁴⁷, en février 2018³⁶⁴⁸, en septembre 2018³⁶⁴⁹, en février 2019³⁶⁵⁰ et en octobre 2019³⁶⁵¹. La Conférence de droit international privé de La Haye a tenté d'identifier les besoins de la mise en place d'un instrument à vocation internationale. Ces derniers sont doubles. Il s'agit, d'une part, de la protection des droits et intérêts fondamentaux des enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui et, notamment, « *éliminer la filiation juridique "boiteuse"* »³⁶⁵². Il s'agit, d'autre part, de s'intéresser à « *la vulnérabilité des mères porteuses, surtout celles de milieux défavorisés, et celles des parents d'intention, souvent prêts à tout pour avoir un enfant* »³⁶⁵³.

1221. Le projet vise à proposer d'une part, des dispositions à inclure dans un instrument général de droit international privé traitant de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères portant sur la filiation et d'autre part, des dispositions dans un protocole distinct traitant de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères en matière de filiation rendues à la suite de conventions de maternité de substitution à caractère international. Le choix du protocole « *souligne [...] le lien voulu entre les deux : le protocole compléterait la convention sur la filiation pour traiter des questions très spécifiques de gestation pour autrui* »³⁶⁵⁴. Le groupe d'experts précise que les travaux en ce domaine « *ne doivent pas être considérés comme*

³⁶⁴⁵ HCCH, *Conclusions et Recommandations adoptées le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence*, avr. 2010, p. 4. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/e1141a51-3574-455a-bf80-7feb675b6608.pdf>.

³⁶⁴⁶ HCCH, *Rapport préliminaire n° 3 de la réunion de février 2016 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (1^{ère} réunion)*, févr. 2016. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/abf15fe3-18dc-4155-867b-2aaefe5016ed.pdf>.

³⁶⁴⁷ HCCH, *Rapport préliminaire n° 2 de la réunion de janvier/février 2017 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (2^{ème} réunion)*, févr. 2017. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/ce13b60f-3f0d-4422-bdb6-c71a914e9793.pdf>.

³⁶⁴⁸ HCCH, *Rapport préliminaire n° 2 de la réunion de février 2018 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (3^{ème} réunion)*, févr. 2018. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/818e3e4c-7da0-4368-9e3d-b6a43c579aae.pdf>.

³⁶⁴⁹ HCCH, *Rapport de la réunion de septembre 2018 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (4^{ème} réunion)*, sept. 2018. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/11e0ad25-f242-45e7-9f58-db0d4ef0adf6.pdf>.

³⁶⁵⁰ HCCH, *Rapport de la réunion de janvier/février 2019 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (5^{ème} réunion)*, févr. 2019. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/e5e9932e-c4b3-4192-aff9-896430c5700b.pdf>.

³⁶⁵¹ HCCH, *Rapport de la réunion de octobre/novembre 2019 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (6^{ème} réunion)*, nov. 2019. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/9bd0fd0e-e78e-48fd-907f-a06bb011b992.pdf>.

³⁶⁵² HCCH, *Rapport préliminaire n° 10 sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, mars 2012, p. 26. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/b4114840-8e21-4f34-b054-43fe4c01ab32.pdf>.

³⁶⁵³ *Ibid.*

³⁶⁵⁴ D. Porcheron, « Le droit international privé à l'épreuve de la gestation pour autrui », in M.-X. Catto et K. Martin-Chenut (dir.), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, op. cit., p. 47 et s., spéc. p. 56.

étant un moyen visant à favoriser la maternité de substitution ou à s'y opposer », mais ont pour objectif « *d'assurer la prévisibilité, la sécurité et la continuité de la filiation dans les situations internationales* » évitant, ainsi, les filiations bancales³⁶⁵⁵. Le Protocole concernerait la reconnaissance de la filiation établie dans les cas de conventions de maternité de substitution uniquement lorsqu'elles revêtent un caractère international. Le groupe d'experts préconise la reconnaissance de plein droit dans tous les autres États contractants sous réserve que les conditions prévues par le Protocole soient remplies. Si ces dernières sont en cours de réflexion, l'objectif est de prévoir « *des normes ou des garanties minimales pour protéger les droits et le bien-être des parties concernées et, en particulier, l'intérêt supérieur de l'enfant* »³⁶⁵⁶. Il s'agirait, notamment, d'organiser la possibilité d'une certification, devant inclure la confirmation que les conventions de maternité de substitution à caractère international étaient autorisées par le droit de l'État d'origine au moment où la convention de maternité de substitution à caractère international a été conclue et exécutée, pour vérifier que les conditions prévues par le Protocole ont été remplies. Le groupe d'experts insiste sur « *l'importance centrale du consentement libre et éclairé de la mère porteuse tout au long du processus de la convention de maternité de substitution à caractère international comme condition de reconnaissance du jugement portant sur la filiation* » et sur « *l'importance de la conservation des informations sur les origines de l'enfant* »³⁶⁵⁷. Enfin, le Protocole serait fondé sur « *la volonté d'empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite des femmes et des enfants dans le cadre des conventions de maternité de substitution* ». De plus, le groupe d'experts note que dans de nombreux États d'origine, la détermination judiciaire de la filiation dans les cas de conventions de maternité de substitution à caractère international est établie par des moyens autres qu'un jugement. Ainsi, il est question de s'interroger sur la manière dont le Protocole pourrait également être appliqué à la filiation lorsqu'elle n'est pas établie par un jugement. À cette fin, la réflexion porte sur un mécanisme de certification pouvant fonctionner en l'absence d'un jugement.

1222. Les travaux de la Conférence de La Haye sont bienvenus afin d'assurer la continuité du statut juridique de l'enfant né à la suite d'une gestation pour autrui. Néanmoins, le Protocole ne doit pas s'arrêter aux seules filiations établies par décisions de justice à l'étranger, mais doit aussi s'intéresser à la question des filiations établies à l'étranger par l'effet

³⁶⁵⁵ HCCH, *Rapport de la réunion de octobre/novembre 2019 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (6^{ème} réunion)*, préc., p. 2.

³⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 7.

³⁶⁵⁷ *Ibid.*

de la loi ou par acte de reconnaissance. En restreignant son champ d'application, le Protocole « *créerait une disparité entre les enfants difficilement justifiable* »³⁶⁵⁸. En outre, le succès d'un tel instrument international dépend de la prise en considération de la diversité des approches nationales : le texte « *doit respecter les systèmes prohibitifs [...], tout en permettant leur coordination avec des systèmes tolérants ou permissifs sur les questions de filiation* »³⁶⁵⁹. Madame Delphine Porcheron conseille, ainsi, l'adoption de deux corps de règles : « *des dispositions restrictives quant aux conditions d'accès à la gestation pour autrui et des dispositions permettant la continuité du lien de filiation lorsque les premières ont été respectées* »³⁶⁶⁰. Néanmoins, comme le relève Madame Marion Meilhac-Perri, « *si la nécessité de ce projet ne fait aucun doute, la forme envisagée semble insuffisante* » dans la mesure où un tel texte serait réellement efficace s'il était contraignant et prévoyait une sanction lors d'une transgression de ses dispositions³⁶⁶¹.

1223. Face à un sujet aussi sensible que la gestation pour autrui qui divise, afin qu'un instrument international fonctionne, celui-ci doit être fondé sur un compromis. Or, le meilleur exemple en ce domaine est la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Le contexte dans lequel elle a été adoptée se rapproche à plusieurs égards de celui dans lequel se trouve la gestation pour autrui à ce jour. Ainsi, il convient de tirer les enseignements de ce texte afin d'envisager la mise en place d'une convention de coopération internationale en matière de gestation pour autrui.

2. *Les enseignements de la Convention de La Haye du 29 mai 1993*

1224. Il convient de revenir sur l'éventuelle adoption d'un instrument de coopération internationale à l'image de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. À cette fin, le contexte dans lequel celle-ci a été adoptée est riche d'enseignements. La nécessité de celle-ci est apparue face à deux besoins principaux. D'une part, « *l'augmentation spectaculaire du nombre des adoptions internationales intervenues dans de nombreux pays depuis la fin des années soixante* » a été constatée « *à tel point que l'adoption transnationale était désormais un phénomène mondial caractérisé par la migration d'enfants sur de grandes distances* »

³⁶⁵⁸ D. Porcheron, « Le droit international privé à l'épreuve de la gestation pour autrui », in M.-X. Catto et K. Martin-Chenut (dir.), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, op. cit., p. 47 et s., spéc. p. 57.

³⁶⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁶⁰ *Ibid.*

³⁶⁶¹ M. Meilhac-Perri, *L'autonomie de la volonté dans les filiations électives*, op. cit., p. 325.

géographiques et d'une société ou culture particulière à un autre environnement très différent »³⁶⁶². D'autre part, « *la demande structurelle d'enfants dans les pays industrialisés et la disponibilité également structurelle de nombreux enfants sans foyer dans les pays en voie de développement ont donné naissance non seulement aux adoptions régulières et légales à l'intérieur de chaque pays, mais à des trafics internationaux d'enfants, soit aux fins d'adoption à l'étranger, soit, sous le couvert de l'adoption, à d'autres fins habituellement illicites* »³⁶⁶³. Ces deux éléments ne sont pas sans rappeler les difficultés causées par le développement des gestations pour autrui transfrontalières actuellement. D'après les enquêtes menées par la Conférence de droit international privé de La Haye, face aux progrès scientifiques en matière d'assistance médicale à la procréation, le nombre d'enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui est en constante augmentation³⁶⁶⁴. De plus, les préoccupations entraînées par la gestation pour autrui sont multiples. Il s'agit de la protection des enfants afin que ces derniers ne soient pas apparentés à de simples marchandises en étant l'objet de vente ou de trafic, mais également que ceux-ci bénéficient d'un statut juridique stable au-delà des frontières. De même, les risques pour les mères porteuses sont certains. Souvent en état de pauvreté, il convient que celles-ci ne soient pas contraintes ou forcées de conclure des contrats de gestation pour le compte d'autrui sans égard à leurs droits fondamentaux. Autrement dit, il convient de lutter contre l'exploitation des femmes. Si ces éléments sont similaires à ceux qui ont poussé à l'adoption d'une Convention en matière d'adoption internationale, il convient de noter que leur origine est différente. En effet, comme le note Monsieur Jimmy Messineo, « *si le recours à l'adoption internationale a trouvé son origine dans l'impossibilité pratique pour les adoptants d'adopter un enfant dans leur pays de résidence, c'est l'impossibilité légale de la pratiquer dans le pays de résidence qui motive l'internationalisation de la GPA* »³⁶⁶⁵.

1225. En matière de gestation pour autrui, l'absence de cadre international entraîne l'instabilité du statut de l'enfant né à la suite d'une gestation pour autrui. Il convient de régler de façon uniforme, dans les différents États impliqués, la filiation des enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui. Certes, la situation s'est améliorée ces dernières années sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁶⁶⁶, mais cela ne

³⁶⁶² HCCH, *Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger*, par J.H.A Van Loon, Document préliminaire n°1, avr. 1990, p. 16.

³⁶⁶³ *Ibid.*, p. 50.

³⁶⁶⁴ HCCH, *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, Document préliminaire n° 3 C, mars 2014, p. 60 et s.

³⁶⁶⁵ J. Messineo, « L'élaboration d'un traitement international des GPA transfrontalières », *RDIA*, n° 1, 2018, p. 537.

³⁶⁶⁶ Cf. *supra* Partie I – Titre I – Chapitre I.

semble pas suffisant. Dans certains états, la filiation établie à l'étranger n'est pas reconnue ou ne l'est que partiellement ce qui aboutit nécessairement à une filiation boiteuse³⁶⁶⁷. Un cadre international apporterait une stabilité au statut juridique de l'enfant au-delà des frontières. Dans la mesure où il est impossible d'adopter des règles unifiées tant les conceptions varient d'un État à l'autre, il semble opportun de se tourner vers un instrument de coopération à l'image de celui adopté en matière d'adoption internationale. En effet, en la matière, face à « *l'insuffisance des instruments juridiques nationaux et internationaux* »³⁶⁶⁸, il était nécessaire d'adopter une approche multilatérale. L'idée était d'établir un instrument international qui « *définisse certains principes de fond et établisse un cadre juridique pour la coopération entre les autorités des pays d'origine des enfants et des pays adoptants, propre à assurer la protection effective desdits enfants* »³⁶⁶⁹. Comme le souligne Madame Nathalie Meyer-Fabre, dans la mesure où « *une tentative d'uniformisation des règles de compétence et de conflit de lois apparaissait à la fois excessivement ambitieuse et inadaptée à l'objectif poursuivi* », il s'agissait « *d'établir des mécanismes efficaces de protection des intérêts de l'enfant, tout en encourageant une ratification la plus large possible, de manière à étendre le domaine de cette protection* »³⁶⁷⁰. Face à ces similitudes et au succès de la Convention de La Haye de 1993, l'adoption d'un instrument de coopération en matière de gestation pour autrui paraît être une solution à même de régler les questions de droit international privé causées par l'extranéité d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et de garantir le respect des droits de l'Homme et de l'éthique. Au plan international, la coopération est utilisée afin de faire face à « *des difficultés que les règles de conflit de lois et des conflits de juridictions ne peuvent pas traiter seuls* »³⁶⁷¹. Or, au vu de jurisprudence abondante rendue en matière de filiations établies à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui, il est possible d'affirmer avec certitude que les règles de conflit de lois et de juridictions ne sont pas aptes à assurer la stabilité du statut juridique de l'enfant. En réalité, la mise en place d'une convention de coopération internationale semble être la seule solution permettant d'assurer une protection effective tant des enfants concernés que des mères porteuses. Il convient que les États coopèrent, y compris ceux ouvrant largement l'accès à la gestation pour autrui. Or, pour de nombreux pays, la gestation pour autrui est une activité très

³⁶⁶⁷ V. Boillet, M. Roca i Escodé et E. De Luze, « Les enjeux juridico-législatifs actuels de la pratique de la gestation pour autrui et ses conséquences sur la filiation », in V. Boillet, M. Roca i Escodé et E. De Luze (dir.), *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Anthemis, 2018, p. 7 et s., spéc. p. 10.

³⁶⁶⁸ HCCH, *Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger*, par J.H.A Van Loon, Document préliminaire n°1, avr. 1990, p. 16.

³⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 14.

³⁶⁷⁰ N. Meyer-Fabre, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », art. préc.

³⁶⁷¹ K. A. Rokas, *L'assistance médicale à la procréation en droit international comparé*, op. cit., p. 283.

lucrative. Pour ces derniers, « *il n'existe pas donc d'intérêt significatif qui pourrait les inciter* »³⁶⁷² à rejoindre un instrument de coopération internationale. En réalité, il s'agit là d'un effort collectif auquel il appartient à chacun de participer afin d'harmoniser les solutions.

1226. Faute de pouvoir harmoniser les règles de droit international en matière de gestation pour autrui, l'adoption d'un instrument de coopération permettrait d'instaurer des garanties minimales afin de prévenir les abus et de lutter contre la filiation boiteuse de l'enfant né à la suite d'une gestation pour autrui³⁶⁷³. Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, défendant l'idée d'un instrument de coopération internationale, a identifié sept principes généraux sur lesquels le texte pourrait se reposer : l'intérêt supérieur de l'enfant, le respect des droits et de la dignité des personnes impliquées dans le processus de gestation pour autrui, le refus de la commercialisation de la pratique, l'encadrement de la convention de gestation pour autrui, l'agrément des organismes pratiquant la gestation pour autrui, la coopération entre les autorités des États parties à la Convention et, enfin, le contrôle des effets de la gestation³⁶⁷⁴. Adopter de tels principes permettrait d'une part, de lutter contre la vente et le trafic d'enfants et d'autre part, de protéger les mères porteuses contre toute exploitation. Il s'agirait d'instaurer un dialogue entre l'État d'origine et l'État d'accueil qui auraient accepté l'intégralité de ces principes. Dès lors que ceux-ci auraient été respectés dans le processus de gestation pour autrui, le ou les liens de filiations de l'enfant légalement établis à l'étranger seraient reconnus dans l'État d'accueil. À défaut de respect, l'État pourrait s'opposer à la gestation pour autrui en amont afin de ne pas avoir à se prononcer sur la filiation de l'enfant après sa conception ou sa naissance. Enfin, il conviendrait d'instaurer une disposition limitant, par exemple par le biais du critère de la résidence habituelle³⁶⁷⁵, la possibilité pour les personnes désireuses de recourir à une gestation pour autrui d'en bénéficier uniquement au sein des États contractants, et ce pour deux raisons principales. D'une part, cela éviterait que les ressortissants des États contractants se tournent « *vers des États non-parties à la convention qui n'en respecteraient probablement pas les principes éthiques* » et d'autre part, cela « *pourrait encourager les États pratiquement*

³⁶⁷² K. A. Rokas, *L'assistance médicale à la procréation en droit international comparé*, op. cit., p. 290.

³⁶⁷³ En ce sens, V. notamment : I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 226 ; H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », art. préc. ; J. Messineo, « L'élaboration d'un traitement international des GPA transfrontalières », art. préc. ; C. Pons, « La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé », art. préc.

³⁶⁷⁴ H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », art. préc.

³⁶⁷⁵ J. Messineo, « L'élaboration d'un traitement international des GPA transfrontalières », art. préc. L'auteur propose que le texte indique que « *les personnes ayant leur résidence habituelle dans un État contractant ne peuvent procéder à une GPA que dans un autre État contractant sous réserve d'avoir obtenu l'autorisation des deux autorités centrales* ».

massivement la GPA à ratifier la convention pour pouvoir continuer à attirer des ressortissants étrangers »³⁶⁷⁶. Dans l'hypothèse où malgré les contrôles des autorités, les principes directeurs posés par la Convention n'auraient pas été respectés, le texte réserverait la contrariété à l'ordre public international qui devrait, néanmoins, intervenir dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

1227. La critique première face à l'élaboration d'un instrument de coopération internationale réside dans la crainte d'une acceptation de la gestation pour autrui en droit interne. Pour autant, les États restent libres de fixer leurs propres règles internes sous réserve de respecter les garanties minimales posées par la Convention. En tout état de cause, la gestation pour autrui, « pratique irrépressible »³⁶⁷⁷, est pratiquée et continuera de l'être. En définitive, comme le relève la Conférence de La Haye de droit international privé, « tous les États peuvent considérer qu'ils ont intérêt à réguler efficacement la maternité de substitution internationale pour protéger les droits et les intérêts des parties concernées et à veiller à ce que les situations de fait accompli, avec toutes les difficultés et préoccupations qui en découlent, soient réduites au minimum »³⁶⁷⁸. Il ne s'agit pas de normaliser la gestation pour autrui, mais d'encadrer, *a minima*, une pratique déjà bien ancrée afin de limiter au maximum les abus en découlant. Autrement dit, le texte pourrait servir de « référence » et de « garde-fou »³⁶⁷⁹. La seule manière d'aboutir à l'objectif recherché - la stabilité du statut juridique de l'enfant - est d'instaurer un compromis entre les États permissifs et les États prohibitifs. « *Le droit international privé français a longtemps été – et reste à certains égards – une matière de source nationale et jurisprudentielle* »³⁶⁸⁰. Or, « depuis plusieurs décennies [...], se développe un droit international privé de source supranationale et textuelle » afin de « garantir la sécurité juridique des justiciables » et de lutter contre « la diversité des ordres juridiques » créant une imprévisibilité pour les justiciables³⁶⁸¹. Ce constat dressé par Mesdames les Professeurs Sandrine Clavel et Estelle Gallant prend tout son sens en matière de gestation pour autrui et confirme la nécessité d'adopter un instrument international.

³⁶⁷⁶ J. Messineo, « L'élaboration d'un traitement international des GPA transfrontalières », art. préc., p. 561.

³⁶⁷⁷ M. Gross, L. Brunet et M. Giroux, « Les juges français et la gestation pour autrui », in I. Côté, K. Lavoie et J. Courdurières (dir.), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui*, PUQ, 2018, n^{os} 12 et s., spéc. n^o 12.3.7.

³⁶⁷⁸ HCCH, *Rapport préliminaire n^o 10 sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, préc., p. 59.

³⁶⁷⁹ H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », art. préc.

³⁶⁸⁰ S. Clavel et E. Gallant, *Les grands textes de droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2019, p. V.

³⁶⁸¹ *Ibid.*, p. VI.

CONCLUSION DU TITRE II

1229. En ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, le droit français a permis également qu'un enfant dispose d'une filiation monosexuée. En l'état de la loi du 17 mai 2013, cette option n'est possible que par le biais de l'adoption. Cependant, l'adoption conjointe d'un enfant par un couple homosexuel fait face à de nombreux obstacles à tel point qu'en réalité celle-ci est un cas d'école. En revanche, la qualité de conjoint confère au sein d'un couple de même sexe l'opportunité d'adopter l'enfant de son époux ou de son épouse. De là, plusieurs situations peuvent se présenter. Un enfant a pu naître d'une précédente relation hétérosexuelle laissant vacante la filiation paternelle. Dès lors, il est tout à fait possible pour le conjoint homosexuel d'introduire une requête en adoption dudit enfant. Néanmoins, souvent, les couples homosexuels ont l'envie de construire un projet parental commun. C'est la raison pour laquelle les couples de femmes se tournent vers une insémination artificielle avec donneur anonyme et que les couples d'hommes ont recourt aux services d'une mère porteuse. À ce jour, le droit français ne permet pas aux couples de personnes de même sexe de bénéficier de ces techniques procréatives. La première est réservée aux couples hétérosexuels avec une nécessité médicale et la seconde est tout simplement prohibée. C'est ainsi, que les couples se rendent dans des États tiers ayant adopté des législations permissives autorisant l'une ou l'autre de ces techniques. Il appartient alors au droit international privé de trancher la question de la filiation des enfants nés en France ou à l'étranger à la suite d'une assistance médicale à la procréation. En effet, le dépassement des frontières engendrera nécessairement la présence d'un élément d'extranéité. Contournant les interdits français, il est tentant de sanctionner ces couples en s'opposant à l'établissement du lien de filiation demandé en France. Néanmoins, cette solution ne peut prospérer dès lors que l'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'Homme, en considération du droit au respect de la vie privée de l'enfant, oblige les États parties à reconnaître le lien de filiation entre celui-ci et ses parents d'intention. Les juges français se sont alignés sur cette exigence, mais les interdits législatifs internes sont, de fait, vidés de sens. Des solutions internes isolées ne sont pas à même de garantir un équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et la position des législateurs nationaux. À partir du moment, où l'assistance médicale à la procréation est transfrontalière, celle-ci doit mériter d'être réglée à l'international. Il ne s'agit pas de combattre le phénomène qui existe et continuera de l'être, mais plutôt d'instaurer une coopération en amont afin de lutter a minima contre les filiations boiteuses et de respecter autant que possible la conception nationale de l'assistance médicale à la procréation.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

1230. La filiation au sein des couples de personnes de même sexe monopolise le droit international privé pour une raison principale : l'absence d'altérité sexuelle. C'est ainsi que les couples homosexuels se tournent vers l'adoption ou l'assistance médicale à la procréation afin de pallier cette impossibilité. À première vue, il ne semble pas nécessaire de faire intervenir le droit international privé dans de telles situations. En effet, le droit français autorise tant l'adoption conjointe que l'adoption de l'enfant du conjoint au sein d'un couple de même sexe depuis la loi du 17 mai 2013. De même, le droit de la bioéthique français est développé de sorte que la médecine prévoit des techniques d'assistance médicale à la procréation. En réalité, il s'agit d'un constat bien trop bref. L'adoption, sous ses différentes formes, est certes autorisée, mais une adoption implique nécessairement des enfants adoptables. Or, chacun sait qu'en France, leur nombre est très faible. De même, si le droit français autorise la procréation médicalement assistée, celle-ci l'est de manière plutôt restrictive. À ce jour, un couple de femmes ne peut bénéficier d'une insémination artificielle avec tiers donneur. De la même manière, un couple d'hommes ne peut demander les services d'une mère porteuse, la gestation pour autrui faisant en droit français l'objet d'une prohibition de droit public. C'est alors que le droit international privé prend tout son sens. Nul besoin d'explication, les frontières ne sont pas infranchissables. Ainsi, ce que les ressortissants français ne peuvent avoir en France, ils vont le chercher à l'étranger. Dès lors, des enfants naissent de techniques de reproduction assistée réalisées à l'étranger. Il est alors principalement question de l'intérêt supérieur de ces enfants. Mais comment concilier celui-ci avec le respect des interdits français sans se contenter du fait accompli ? Il n'est pas question de se prononcer sur le bien-fondé de la position du législateur français, mais de trouver un équilibre entre les prohibitions et l'intérêt de l'enfant. À cette fin, il convient d'adopter des solutions en amont, avant la conception de l'enfant par le biais d'une convention de coopération internationale posant des directives minimales que les États impliqués dans le processus s'engagent à respecter. Il s'agit de la seule façon de préserver les intérêts de toutes les personnes impliquées dans le processus de reproduction assistée, mais également de chaque État possédant sa conception propre et sa vision de l'éthique.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1231. L'évolution du couple homoparental constitue l'une des illustrations les plus frappantes de la famille en mutation. Les changements opérés par la loi du 17 mai 2013 en droit interne ont suscité de nombreuses réactions sociétales. En ouvrant, le mariage et l'adoption aux personnes de même sexe, le législateur français semble avoir levé tous les freins à la constitution du couple homoparental. En réalité, ce constat ne vaut qu'en théorie dans la mesure où la recherche d'enfants adoptables sur le territoire français est difficile, voire impossible. Dès lors, souvent, le couple homoparental monopolisera le droit international privé dans la mesure où sa formation ne sera pas cantonnée au territoire français. En droit international privé, ce couple prend une tournure particulière. En effet, cette matière implique une coordination entre différents ordres juridiques que tout peut opposer. Or, le droit de la famille est l'un des domaines où les conceptions internes sont des plus variées et pourtant d'une importance fondamentale pour la société. Ainsi, comment un État, de manière isolée, peut-il réformer le droit de la famille et ouvrir de nouveaux droits tout en respectant les croyances et traditions des États tiers ? Il s'agit certainement d'une des tâches les plus ardues du législateur qui a tenté de s'emparer de la question dès l'adoption de la loi du 17 mai 2013 en insérant au sein de celle-ci des règles de conflit de lois. Néanmoins, un équilibre mérite d'être trouvé entre les conceptions de droit interne et celles des États tiers. Or, il n'est pas certain que le législateur français, secondé par la jurisprudence, soit parvenu à cet objectif en ce qui concerne l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. L'adoption de règles extrêmement permissives quant à la célébration de l'union a clairement ouvert le mariage homosexuel à l'international sans égard à la position des États dont sont ressortissantes les personnes homosexuelles se mariant en France. L'intervention isolée d'un législateur n'est pas suffisante et peut être équilibrée, voire neutralisée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Garante des droits fondamentaux, celle-ci monopolise régulièrement, en matière de droit de la famille, le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Grâce à ces instruments, la personne homosexuelle puis le couple homosexuel ont fait l'objet d'une protection constamment grandissante imposée aux États membres. Leur reconnaissant tout d'abord des droits individuels, la Cour européenne a finalement imposé aux États parties d'offrir un statut légal aux couples de même sexe. Pour autant, jamais l'ouverture du mariage n'a été imposée par les instances européennes faute de consensus en la matière. Ainsi, le législateur n'a-t-il pas été avant-gardiste en imposant à l'international sa nouvelle vision du mariage ? En tant qu'élément de l'état civil, le statut conjugal mérite un traitement

global afin de traverser les frontières et assurer le respect des prévisions légitimes des parties. À cette fin, il convient de traiter de la problématique à l'échelle internationale. Les conceptions internes de la famille sont désormais si différentes que des dispositions isolées à l'échelle interne ne peuvent mener à une solution respectueuse du couple et des États. Le couple qu'il soit lié par une cohabitation hors mariage, un partenariat enregistré ou un mariage mérite stabilité au-delà des frontières. Or, les règles et méthodes du droit international privé en l'état ne semblent pas aptes à remplir un tel objectif. En réalité, celui-ci ne peut être rempli que par un instrument international regroupant une majorité d'États. Il pourrait, par exemple, s'agir d'une Convention de La Haye. Cette voie aboutirait à une diffusion maximale à l'échelle mondiale. Cependant, les questions touchant au droit de la famille sont trop délicates afin qu'une majorité d'États s'accordent sur des principes communs. Une solution plus réalisable pourrait être celle d'un règlement européen. Même si un consensus entre tous les États membres est peu probable, il semble tout à fait imaginable d'instaurer un instrument de coopération renforcée déjà utilisé dans le domaine familial en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats enregistrés.

1232. La question du couple homosexuel n'est pas la seule à renouveler les règles et méthodes du droit international privé. La consécration de la parenté homosexuelle en droit interne par l'adoption ouverte aux couples de même sexe n'est pas à seule suffisante. Ainsi, souvent cette question présentera un élément d'extranéité dans la mesure où les couples se rendent à l'étranger afin de bénéficier d'une insémination artificielle avec donneur ou d'une gestation pour autrui. Là encore, chaque État a adopté une position lui étant propre de sorte qu'aucun consensus ne peut être dégagé en la matière. La France prohibe toute forme de gestation pour autrui et réserve, à ce jour, l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels pour raison médicale. Ainsi, la réception, en France, des liens de filiation établis à l'étranger par le biais de ces techniques implique de monopoliser les règles et méthodes du droit international privé. Or, les mécanismes tels que la fraude à la loi et l'ordre public international ne sont plus aptes à protéger les conceptions du droit français. En effet, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'intérêt supérieur de l'enfant prend une tournure particulière de sorte qu'il est devenu aisé pour des parents d'intention de se rendre à l'étranger afin de bénéficier de ce qu'ils ne peuvent obtenir sur le territoire dont ils sont ressortissants sans risquer de voir leur filiation contestée à leur retour en France. Il est évident que l'intérêt supérieur de l'enfant est un élément fondamental qui mérite à ce titre d'être protégé d'autant plus que ce dernier n'est pas responsable des conditions de sa

conception. Cependant, il ne faut pas pour autant que toute position interne soit bafouée de ce seul fait. Une intervention législative nationale n'est pas en mesure de garantir les droits fondamentaux de l'enfant et le respect des conceptions internes. Il est indispensable que le sort des filiations établies à l'étranger, notamment à la suite d'une gestation pour autrui, soit réglé à l'échelle internationale. Un texte européen ne serait pas apte à remplir une telle fonction dans la mesure où les États concernés dépassent le seul cadre européen. Il convient d'adopter un instrument à l'échelle mondiale. À cette fin, la solution la plus viable semble être une convention de coopération renforcée de la Conférence de La Haye de droit international privé. Néanmoins, pour fonctionner un tel texte doit aboutir à un nombre de ratifications important sans lequel il serait vide de sens. Or, chacun sait que le tourisme procréatif pour certains États constitue une source lucrative non négligeable. Ainsi, les États permissifs auront peu d'intérêt à ratifier un tel instrument. En réalité, il appartient à chacun de s'investir afin d'aboutir à un compromis posant des principes de base auxquels il serait impossible de déroger sans pour autant imposer de légaliser la gestation pour autrui dans l'ordre juridique interne.

1233. Envisager le couple homoparental à l'échelle internationale semble être la seule solution afin de garantir respect et prévisibilité des droits acquis à l'étranger, et ce sans dénaturer toute conception interne de la famille. En outre, il convient que des solutions soient prises en amont, c'est-à-dire avant la formation du couple et avant la naissance d'un enfant afin de limiter les situations boiteuses et de garantir, au maximum, la circulation des statuts familiaux au-delà des frontières.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES

CHAGNOLLAUD D. et DRAGO G. (dir.)

- *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2010.

CORNU G.

- *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^{ème} éd., 2020.

ERNOU T A. et MEILLET A.

- *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klincksieck, 4^{ème} éd., 2001.

GAFFIOT F.

- *Le Grand Gaffiot – Dictionnaire Latin Français*, Hachette, 2000.

Larousse

Le Grand Robert

OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

ANCEL B. et LEQUETTE Y.

- *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006.

ARMINJON P.

- *Précis de droit international privé*, Tome I, Dalloz, 1947.

AUBERT J.-L.

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 10^{ème} éd., 2004.

AUBRY C. et RAU C.

- *Droit civil français*, 7^{ème} éd., Tome I, Litec, 7^{ème} éd., 1869.
- *Cours de droit civil français*, Tome V, Paris, 4^{ème} éd., 1872.

AUDIT B. et AVOUT L. (d')

- *Droit international privé*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018.

BARTIN E.

- *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome I, Domat-Montchrestien, 1930.
- *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome II, Domat-Montchrestien, 1932.

BATIFFOL H. et LAGARDE P.

- *Traité de droit international privé*, Tome II, LGDJ, 7^{ème} éd., 1983.

- *Traité de droit international privé*, Tome I, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993.

BONFILS Ph. et GOUTTENOIRE A.

- *Droits des mineurs*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2014.

BORILLO D.

- *Bioéthique*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2011.

BOULANGER F.

- *Droit civil de la famille. Aspects comparatifs et internationaux*, Tome II, Economica, 1994.
- *Droit civil de la famille. Aspects comparatifs et internationaux*, Tome I, Economica, 3^{ème} éd., 1997.

BUREAU D. et MUIR WATT H.

- *Droit international privé*, Tome I, PUF, 4^{ème} éd., 2017.
- *Droit international privé*, Tome II, PUF, 4^{ème} éd., 2017.

CACHARD O.

- *Droit international privé*, Bruylant, 8^{ème} éd., 2020.

CARBONNIER J.

- *Droit civil, Les personnes*, PUF, 21^{ème} éd., 2000.
- *Droit civil. La famille, l'enfant et le couple*, Tome II, PUF, 21^{ème} éd., 2002.

CLAVEL S.

- *Droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2018.

CLAVEL S. et GALLANT E.

- *Les grands textes de droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2019.

COURBE P. et GOUTTENOIRE A.

- *Droit de la famille*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2017.

EGEA V.

- *Droit de la famille*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2020.

FAVOREU L., TREMEAU J., GAÏA P. et al.

- *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2015.

FENOUILLET D.

- *Droit de la famille*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2019.

GRAULICH P.

- *Introduction à l'étude de droit international privé*, éd. Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1978.

HAGUENAU-MOIZARD C.

- *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 2018.

HAUSER J. et SANA-CHAILLE DE NERE S.

- *Droit de la famille : Droits français, européen, international et comparé*, Broché, Bruylant, 2018.

HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D.

- *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2020.

LEQUETTE Y., TERRE F. et CAPITANT H.

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome I, Dalloz, 13^{ème} éd., 2015.

LEREBOURS-PIGEONNIERE P.

- *Précis de droit international privé*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1954.

LOUSSOUARN Y., BOUREL P. et VAREILLES-SOMMIERES (de)

- *Droit international privé*, Dalloz, 10^{ème} éd. 2013.

MARAIS A.

- *Droit des personnes*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2018.

MARGUENAUD J.-P.

- *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 7^{ème} éd., 2016.

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST A.

- *Droit international privé et droit notarial*, Ellipses, 2017.

MATHIEU B.

- *La bioéthique*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2009.

MAYER P., HEUZE V. et REMY B.

- *Droit international privé*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2019.

MELIN F.

- *Droit international privé*, Gualino, 10^{ème} éd., 2020.

NIBOYET J.-P.

- *Traité de droit international privé français*, Tome III, Sirey, 1944.
- *Traité de droit international privé français*, Tome I, Sirey, 2^{ème} éd., 1947.
- *Traité de droit international privé français*, Tome VI, Sirey, 1949.

NIBOYET M.-L. et GEOUFFRE DE LA PRADELLE G. (de)

- *Droit international privé*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2020.

RENUCCI J.-F.

- *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2019.

REVILLARD M.

- *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, Lextenso Editions, 9^{ème} éd., 2018.

SAVIGNY F. C.

- *Traité de droit romain*, Tome VIII, 1849, réimpression Editions Panthéon-Assas, 2^{ème} éd., 2002, traduction Ch. Guenoux, avant-propos H. Synvet.

SUDRE F.

- *La Convention européenne des droits de l'Homme*, PUF, 10^{ème} éd., 2015.
- *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 9^{ème} éd., 2019.
- *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 14^{ème} éd., 2019.

TERRE F. et FENOUILLET D.

- *Droit civil – Les personnes*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012.

VIGNAL T.

- *Droit international privé*, Sirey, 5^{ème} éd., 2020.

**OUVRAGES SPÉCIALISÉS, THÈSES, MÉMOIRES,
MONOGRAPHIES, COURS, TRAVAUX COLLECTIFS**

ANCEL B.

- *Les conflits de qualifications à l'épreuve des donations entre époux*, Thèse, Dalloz, 1977.

AUDIT B.

- *La fraude à la loi*, Thèse, Dalloz, 1974.
- « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, Tome 186, 1984.
- « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, Tome 305, 2003.

AUDIT M.

- « Bioéthique et droit international privé », *RCADI*, Tome 373, 2014.

AZZI T. et BOSKOVIC O. (dir.),

- *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? – Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, 2015.

BARATTA R.

- « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, Tome 348, 2011.

BATIFFOL H.

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz, 2002.
- « Principes de droit international privé », *RCADI*, Tome 97, 1959.

BAUDOIN J.-L. et LABRUSSE-RIOU C.

- *Produire l'homme de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, coll. Les voies du droit, 1987.

BENSA C.

- *Famille structurelle, famille fonctionnelle. Réflexion sur le travail prétorien d'adaptation de la notion de famille à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême du Canada*, Thèse, Université Toulouse Capitole et Université Laval, 2018.

BERNARD S. et FARGE M. (dir.),

- *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, PUG, 2019.

BIHANNAC K.

- *Repenser l'ordre public de proximité. D'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2017.

BINET J.-R.

- *La réforme de la loi bioéthique - Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, LexisNexis, 2012.

BONAH C. LEPICARD E. et ROELCK V.

- *La Médecine expérimentale au tribunal. Implications éthiques de quelques procès médicaux du XXe siècle européen*, Archives Contemporaines Editions, 2003.

BONOMI A.

- « Successions internationales : conflits de lois et de juridictions », *RCADI*, Tome 350, 2011.

BORILLO D.

- *Le droit des sexualités*, PUF, 2009.

BORTOLITTI K.

- *Les effets en France d'une procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger*, mémoire sous la direction de J. Foyer, Univ. Panthéon-Assas Paris II, 2000.

BRUNETTI-PONS C. (dir.)

- *La notion juridique de couple*, Economica, 1999.

BUCHER A.

- « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, Tome 239, 1993.
- « La famille en droit international privé », *RCADI*, Tome 283, 2000.
- « La dimension sociale du droit international privé : cours général », *RCADI*, Tome 330, 2009.

BYK C. (dir.)

- *Bioéthique et droit international - Autour de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, LexisNexis, 2007.

CABALLERO F.

- *Droit du sexe*, LGDJ, 2010.

CALLE P.

- *L'acte public en droit international privé*, Thèse, Economica, 2004.

CASSIN R.

- « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *RCADI*, Tome 34, 1930.

CHABERT C.

- *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Thèse, PUAM, 2001.

CORNUT E.

- *Théorie critique de la fraude à la loi, Etude de droit international privé de la famille*, Thèse, Defrénois, 2006.

DAVIES D. J. L.

- « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, Tome 62, 1937.

DE BOYSSON B.

- *Mariage et conjugalité - Essai sur la singularité matrimoniale*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2012.

DEGOY L.

- *Essai sur la nécessité médicale*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2013.

DELAPORTE V.

- *Recherche sur la forme des actes en droit international privé*, Thèse, Université Paris I, 1974.

DEVERS A.

- *Le concubinage en droit international privé*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004.

DROZ G. A. L, PELICHET M. et DYER A.

- « La Conférence de La Haye de droit international privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau permanent : Bilan et perspectives », *RCADI*, Tome 168, 1980.

ESCUDEY G.

- *Le couple en droit international privé : contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple*, Thèse, Université de Bordeaux, 2016.

FADLALLAH I.

- *La famille légitime en droit international privé*, Thèse, Dalloz, 1977.

FAHMY M.

- *Le conflit mobile de lois en droit international privé*, Thèse, Université Paris, 1951.

FARGE M.

- *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, Thèse, L'Harmattan, 2003.

FENET P.-A.

- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome IX, Videcoq, 1836, Exposé des motifs du projet de lois sur le mariage au corps législatif par Portalis.

FIorentino K. et FIorentino A. (dir.)

- *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, Bruylant, coll. Droit, bioéthique et société, 2018.

FOYER J.

- « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *RCADI*, Tome 93, 1985.

FRANCESCAKIS Ph.

- *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Thèse, Sirey, 1958.

FULLI-LEMAIRE S.

- *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Thèse, Université Paris II, 2017.

GALLANT E.

- *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Thèse, Defrénois, 2004.

GANNAGE L.

- *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé - Etude de droit international privé de la famille*, Thèse, LGDJ, 2001.

GAUDEMET-TALLON H.

- « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, Tome 226, 1991.

GAUTIER P.-Y.

- *L'union libre en droit international*, Thèse, Université Paris I, 1986.

GILLES A.-M.

- *Le couple en droit social*, Thèse, Economica, 1999.

GOLDSTEIN G.

- « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, Tome 320, 2006.

GRANIER E.

- *L'homoparentalité en France – La bataille des nouvelles familles*, Thierry Marchaisse Editions, 2012.

GROS ESPIELL E., MICHAUD J. et TEBOUL G.

- *Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine - Analyses et commentaires*, Economica, 2009.

HALIOU B.

- *Le procès des médecins de Nuremberg - L'irruption de l'éthique biomédicale*, Eres, 2017.

HILT P.

- *Le couple et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, PUAM, 2004.

HUNTER-HENIN M.

- *Pour une redéfinition du statut personnel*, Thèse, PUAM, 2004.

JAYME E.

- « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Cours général de droit international privé*, vol. 251, 1995.

KESSLER G.

- *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Thèse, LGDJ, 2005.

KINSCH P.

- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, Tome 196, 1986.
- « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, Tome 318, 2007.

KUREK C.

- *Le corps en droit pénal*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2017.

LAGARDE P.

- *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Thèse, LGDJ, 1959.
- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, Tome 196, 1986.
- « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, Tome 371, 2014.

LALIVE P.

- « Tendances et méthodes en droit international privé : cours général », *RCADI*, Tome 155, 1977.

LE BORGNE K.

- *Les traditions juridiques à l'épreuve des droits européens*, Thèse, PU Juridiques de Poitiers, 2018.

LECLERE A.

- *L'homosexualité et la constitution de la famille : situation française et européenne*, Thèse, Université de Bourgogne-Franche-Comté, 2016.

LEGENDRE R.

- *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexions en matière personnelle et familiale*, Thèse, Dalloz, 2020.

LEQUETTE Y.

- « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, Tome 246, 1994.

- « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, Tome 387, 2017.

LEROY-FORGEOT F.

- *Les Enfants du Pacs. Réalités de l'homoparentalité*, L'Atelier de l'Archer, 1999.

LEWALD H.

- « Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé », *RCADI*, Tome 69, 1939.

LOUSSOUARN Y.

- « Cours général de droit international privé », *RCADI*, Tome 139, 1973.

MADELAINE C.

- *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Dalloz, 2014.

MARCHADIER F.

- *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Bruylant, 2007.

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST A.

- *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, Thèse, PULIM, 2000.

MAURY J.

- « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, Tome 57, 1936.

MAYER P.

- « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, Tome 327, 2007.

MBALA MBALA F.

- *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, Thèse, Université de Lille 2, 2007.

MECARY C. et LA PRADELLE G.

- *Les droits des homosexuel/les*, PUF, 3^{ème} éd., 2003.

MECARY C.

- *La GPA*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2019.
- *PMA et GPA : Des clés pour comprendre*, PUF, 2019.

MEILHAC-PERRI M.

- *L'autonomie de la volonté dans les filiations électives*, Thèse, Université de Bourgogne, 2014, p. 325.

MIRKOVIC A.

- *PMA, GPA, La controverse juridique*, Téqui, 2014.

MORVAN P.

- *Le principe de droit privé*, Thèse, Université Paris II, 1997.

MOUTEL B.

- *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit privé français : essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, Université de Limoges, 2006.

NAJURIETA M.-S.

- « L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant », *RCADI*, Tome 376, 2015.

NEIRINCK C. et GROSS M.

- *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Question de droit et de société*, La documentation française, 2014.

PARICARD-PIOUX S.

- *La convenance personnelle*, Thèse, Dalloz, 2003.

PERRENOUD S.

- *La protection de la maternité - Etude de droit suisse, international et européen*, Thèse, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2015.

PFEIFF S.

- *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Thèse, Bruylant, 2017.

PORTELLI S. et RICHARD C.

- *L'homoparentalité*, Dalloz, 2018.

PRASONG O.

- *La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse, Université de Bordeaux, 2016.

RAMET S.

- *Le droit communautaire et la famille*, Thèse, Université Paris I, 2001.

RAAPE L.

- « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé », *RCADI*, Tome 50, 1934.

RASS-MASSON L.

- *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2015.

REGLIER A.-C. et SIFFREIN-BLANC C. (dir.),

- *L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, Institut Universitaire Varenne, 2018.

REMY B.

- *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Thèse, Dalloz, 2008.

RICHEZ-PONS A.

- *La résidence habituelle en droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois)*, Thèse, Université Lyon 3, 2004.

RIGAUX F.

- « Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI*, Tome 117, 1966.
- « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *RCADI*, Tome 213, 1989.

ROKAS K. A.

- *L'assistance médicale à la procréation en droit international comparé*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne, 2016.

ROMANO G. P.

- *Le dilemme du renvoi en droit international privé, la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, LGDJ, Genève, 2014.

ROY O. (dir.)

- *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012.

SAINT-PERN L. (de)

- *La notion de filiation en droit comparé, Droit français et droit anglais*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2013.

SALAME G.

- *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, Thèse, PUAM, 2006.

SAULIER M.

- *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, Thèse, IRJS, 2017.

SCHMIT L.-M.

- *Les définitions en droit privé*, Thèse, Université Toulouse Capitole, 2015.

SCHWART J.-B.

- *Recherche sur l'existence d'un droit commun du couple*, Thèse, Université de Nantes, 2017.

SEVE R. (dir.)

- *La famille en mutation*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014.

SIFFREIN-BLANC C.

- *La parenté en droit civil français, Étude critique*, Thèse, PUAM, 2009.

SIMON-DEPITRE M. et FOYER J.

- *Le nouveau droit international privé de la filiation*, Librairies techniques, Paris, 1973.

SOULEAU-BERTRAND M.

- *Le conflit mobile*, Thèse, Dalloz, 2005.

STEIGER W. E.

- « La protection des mineurs en droit international privé », *RCADI*, Tome 112, 1964.

SUDRE F.

- *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2005.

TEREL J.

- *Les figures de la maternité*, Thèse, Université de Bordeaux, 2016.

THURILLET-BERSOLLE A.

- *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*. Thèse, Université de Bourgogne, 2011.

TIMSIT G.

- *Archipel de la norme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1997.

TOULIEUX F.

- *Le droit au respect de la vie familiale des étrangers et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Université Lyon, 2008.

VALLADAO H.

- « Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage », *RCADI*, Tome 105, 1962.

VAN HOOGST RATEN M. H.

- « La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye », *RCADI*, Tome 122, 1967.

VASSEUR-LAMBRY F.

- *La famille et la convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, L'Harmattan, 2000.

VON OVERBECK A. E.

- « La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé », *RCADI*, Tome 233, 1992.

WOLFF M.

- *Private international law*, Oxford, 2^{ème} éd. 1950.

ARTICLES, CHRONIQUES ET COMMUNICATIONS

AGALLOPOULOU P.

- « Les procréations médicalement assistées selon le droit hellénique », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 65 et s.

AGOSTINI E.

- « Les questions préalables en droit international privé », in *Droit international et droit communautaire*, Actes colloque Paris, 1991, p. 25 et s.

AMIEL P.

- « Déclarations d'Helsinki », in *Des cobayes et des hommes : expérimentation sur l'être humain et justice*, Paris, Belles Lettres, 2011. Disponible en ligne : <http://descobayesetdeshommes.fr/Docs/032-HelsinkiVersions1964-2008.pdf>.

AMIEL P. et VIALLA F.

- « La vérité perdue du « code de Nuremberg » : réception et déformations du « code de Nuremberg » en France », *RDSS*, 2009, p. 673.

ANCEL B.

- « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 1 et s.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J.

- « Premier avis consultatif Protocole 16 rendu par la CEDH : entre dialogue des juges et questions de société », *Gaz. Pal.*, 9 juill. 2019, p. 21.

ARMINJON P.

- « Les qualifications légales en droit international privé », *RIDLC*, 1923, p. 272.

AUDIT M.

- « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, n° 3, juill. 2004, doct. 100025.

AVENA-ROBARDET V.

- « Loi bioéthique : le statu quo », *AJ fam.*, 2011, p. 342.

AVOUT L. (d')

- « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité », *D.*, 2012, p. 1973.
- « La « reconnaissance » de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée », *D.*, 2014, p. 1806.

AZINCOURT J.-D.

- « Quel état civil en France pour l'enfant adopté à l'étranger par un couple homosexuel ? », *JCP N*, n° 35, 2012, p. 1314.

AZZI T.

- « Précisions sur l'ordre public de proximité », *JCP G*, n° 41, 11 oct. 2006, II, 10165.

BACACHE M.

- « Convention d'Oviedo », *RTD civ.*, 2012, p. 785.

BAILLON-WIRTZ N.

- « Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : le choix d'un relatif statu quo », *RLDC*, n° 86, 2011.

BARRAUD E.

- « Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin », *L'Année du Maghreb*, IV, 2008, p. 459.

BARRIERE-BROUSSE I.

- « Adoption – Enfant du conjoint – Époux de même sexe – Enfant conçu par procréation médicalement assistée à l'étranger – Violation de la loi française – Fraude à la loi (non) – Obstacle à l'adoption (non) », *JDI*, 2015, n° 1, comm. 1.

BARTIN E.

- « De l'impossibilité de parvenir à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI*, 1897, p. 225.

BATIFFOL H. et LAGARDE P.

- « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *Rev. crit. DIP*, 1972, p. 11.

BATIFFOL H.

- note sous TGI Seine, 21 juin 1967, *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 300.

BATTEUR A.

- « La révolution du droit de la famille et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux personnes du même sexe », *LPA*, 2013, n° 33, p. 3.

BEN HADJ YAHIA S.

- « Un droit de la famille en quête d'harmonisation », in J. Molinier (dir.), *Les influences de la construction européenne sur le droit français*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 219 et s.

BENALCAZAR I. (de)

- « Une nouvelle filiation : l'« homoparentalité » ? », *Gaz. Pal.*, 2000, n° 347, p. 18.

BENOIT-ROHMER F.

- « Le Protocole 16 ou le renouveau de la fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes de la Journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg, 25 janv. 2019, p. 1 et s. Disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/6959?file=1>.

BERDEAUX-GACOGNE F.

- « Mariage gay : l'interdiction antérieure à la loi du 17 mai 2013 n'était pas discriminatoire », *AJ fam.*, 2016, p. 391.
- « Requête en adoption plénière de l'enfant du conjoint », *AJ. fam.*, 2018, p. 593.

BERGE J.-S.

- « Contextualisation et circulation des situations : approche modale des phénomènes de gestation pour autrui à l'étranger », *JDI*, n° 1, janv. 2018, doct. 1.

BERMANN G. A.

- « Le droit comparé et le droit international : alliés ou ennemis ? – La conférence », *RID comp.*, 2003, p. 519.

BERNASCONI C.

- « Vers l'unification progressive des règles de droit international privé », *JCP N*, n° 21, 24 mai 2019, act. 501.

BERTHIAU D. et BRUNET L.

- « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.*, 2011, p. 1522.

BIDAUD-GARON Ch.

- « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 », *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 49.
- « Mariage pour tous : la circulaire ! », *JCP G*, n° 26, 24 juin 2013, p. 729.
- « Mariage consulaire... pour tous ? », *JCP G*, n° 51, 16 déc. 2013, p. 1325.

BIGO C.

- « L'accès à la filiation pour les couples de même sexe », *in* Le couple en droit international privé. Première journée de droit international privé Bertrand d'Argentré, *Revue juridique de l'Ouest*, 2016, pp. 63-82.

BINET J.-R.

- « La loi relative à la bioéthique - Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3e partie », *Dr. fam.*, n° 12, déc. 2004, étude 28.
- « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2011, étude 21.
- « Ratification de la Convention d'Oviedo : la fin d'une longue attente », *JCP G*, n° 1-2, janv. 2012, p. 3.
- « Droits de l'homme : le mariage homosexuel, non ; l'union civile, oui ! », *Dr. fam.*, n° 12, déc. 2015, repère 11.
- « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », *Dr. fam.*, n° 9, 2017, étude 13.
- « Demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation : vers la grande rupture ? », *Dr. fam.*, n° 9, 2017, comm. 196.
- « Bioéthique et filiation : évolution ou révolution en perspective ? », *in* B. Legros (dir.), *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, LEH Edition, 2018, p. 66.
- « Couple de sexe différent : pas de discrimination dans le refus d'accès au partenariat enregistré », *Dr. fam.*, n° 1, janv. 2018, comm. 1.

- « Avis de tempête sur les principes du droit français de la bioéthique », *Dr. fam.*, n° 11, 2018, comm. 271.
- « Bioéthique : un projet de rupture - À propos du projet de loi relatif à la bioéthique présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019 », *Dr. fam.*, n° 9, 2019, étude 8.
- « Réforme de la loi de bioéthique », *Dr. fam.*, n° 12, 2019, comm. 262.
- « GPA : les digues cèdent en France », *Dr. fam.*, n° 2, févr. 2020, comm. 39.

BIRDEN E.

- « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 2015) », *JDI*, n° 4, oct. 2016, chron. 8.

BODEN D.

- « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 400.

BOICHE A.

- « La kafala n'est pas une adoption », *AJ fam.*, 2007, p. 32.
- « Aspects de droit international privé », *AJ fam.*, 2013, p. 362.
- « Refus d'adoption d'un enfant recueilli par kafala ayant pourtant acquis la nationalité française », *AJ fam.*, 2014, p. 180.
- « Le droit marocain prohibant le mariage entre deux personnes de même sexe est contraire à l'ordre public international », *AJ fam.*, 2015, p. 172.

BOILLET V. et DE LUZE E.

- « Les effets de la gestation pour autrui à caractère international en Suisse: analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral », in V. Boillet, M. Roca i Escode et E. De Luze (dir.), *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Anthemis, 2018, p. 143 et s.

BOILLET V., ROCA I ESCODE M. et DE LUZE E.

- « Les enjeux juridico-législatifs actuels de la pratique de la gestation pour autrui et ses conséquences sur la filiation », in V. Boillet, M. Roca i Escode et E. De Luze (dir.), *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Anthemis, 2018, p. 7 et s.

BOLLEE S.

- « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 307, n° 17.
- « Conflits de lois. – État civil. – Gestation pour autrui. – Actes d'état civil dressés à l'étranger. – Ministère public. – Action en nullité des transcriptions. – Intérêt à agir », *JDI*, n° 2, 2009, comm. 9.
- « Adoption réalisée à l'étranger. - Exequatur. - Autorité parentale. - Ordre public international », *JDI*, n° 1, janv. 2011, p. 4.
- « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014.
- « Les conditions de la reconnaissance notamment à la lumière des conventions internationales », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, sept. 2013, p. 113 et s.
- « Nullité d'ordre public de la convention de mère porteuse », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 619.
- « L'ouverture de l'adoption à la mère d'intention d'un enfant issu d'une gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 143.

BOLLEE S. et HAFTEL B.

- « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *Rev. crit DIP*, 2015, p. 400.

BOLLEE S., LEROYER A.-M. et PATAUT E.

- « L'État dans les chambres à coucher », *Le HuffPost*, 7 mars 2014.

BONFILS P. et GOUTTENOIRE A.

- « Droit des mineurs », *D.*, 2017, p. 1727.

BONIFAY E.

- « Les conflits en droit international privé », in A.-C. Régliez et C. Siffrein-Blanc (dir.), *L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 205 et s.

BORRILLO D.

- « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », *Revue de droit de McGill*, 2001, vol. 46, p. 875.

BOSSE-PLATIERE H.

- « Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française », *Informations sociales*, 2006/3, n° 131, p. 88.

BOULANGER F.

- « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.*, 2002, chron. 1571.
- « Le nom de l'enfant, prérogative individuelle dans un contexte international », *D.*, 2009, p. 845.

BOURDELOIS B.

- « L'adoption internationale », *TCFDIP*, 2000-2002.
- « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 347, p. 3.

BOURRAT-GUEGUEN A.

- « Altération de l'institution familiale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2020-2021, n^{os} 622 et s.

BRIERE C.

- « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *RDSS*, 2002, p. 567.

BRUNET L.

- « La globalisation internationale de la gestation pour autrui », *Travail, genre et sociétés*, vol. 28, n° 2, 2012, p. 199.
- « Les attermolements du droit français dans la reconnaissance des familles formées par des couples de femmes », *Enfances, Familles, Générations*, n° 23, 2015, p. 71.
- « Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui : trop... ou pas assez ? », *AJ fam.*, 2018, p. 572.

- « Affaire Mennesson : épilogue », *AJ fam.*, 2019, p. 481.

BRUNET L., GIROUX M., COURDURIERS J. et GROSS M.

- « La difficile conciliation entre le vécu des familles conçues avec assistance médicale à la procréation et le droit : perspectives franco-québécoise », in M.-X. Catto et K. Martin-Chenut (dir.), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, Mare & Martin, 2019, pp. 81-112.

BRUNET Ph.

- « Le contrôle de la validité du mariage des Français à l'étranger », *AJ fam.*, 2006, p. 440.

BRUNETTI-PONS C.

- « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.*, 1999, p. 27.
- « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille : 1 partie », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2003, chron. 15.
- « Le « tourisme procréatif », porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? », *Les cahiers de la justice*, 2016, p. 249.

BUREAU D.

- « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité. Les relations privées internationales », in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 155 et s.

BUREAU M.-F. et GUILHERMONT E.

- « Maternité, gestation et liberté : Réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », *Revue de droit et santé de McGill*, 2011, vol. 4, n° 2, p. 45.

BURGORGUE-LARSEN L.

- « Une banalisation de la notion de « victime potentielle » », *D.*, 2003, p. 2278.

BYK C.

- « La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme », *JDI*, 1998, p. 125.
- « La Convention européenne sur la biomédecine et les droits de l'homme et l'ordre juridique international », *JDI*, 2001, p. 47.
- « La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme - La bioéthique, une utopie civilisatrice à l'ère de la mondialisation ? », *JDI*, n° 3, juill. 2007, var. 5.

CABRILLAC R.

- « Libres propos sur le PACS », *D.*, 1999, p. 71

CADORET A.

- « L'homoparentalité, construction d'une nouvelle figure familiale », *Anthropologie et Sociétés*, 2000, vol. 24, n° 3, p. 39.

CALLE P.

- « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenaires enregistrés », *Deffrénois*, 30 sept. 2009, n° 16, p. 1662.
- « Loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Deffrénois*, 2013, n° 18.

- « Mariage homosexuel et époux de nationalité marocaine », *Deffrénois*, 15 sept. 2015, n° 120, p. 884.

CANOTILHO M., CONNIL D., LÖHRER D. et NOGUEIRA DE BRITO M.

- « Portugal », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 34-2018, 2019, pp. 1019-1044.

CANTELOUP H., FAURE G., DAURY-FAUVEAU M. et GUTMANN D.

- « La Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine », *LPA*, 1998, n° 27, p. 3.

CAYLA J.-S.

- « La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, du 11 novembre 1997, et la législation française sur le respect du corps humain », *RDSS*, 1998, p. 46.

CAYLA O.

- « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janv. 2003, p. 14.

CHAIGNEAU A.

- « Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé », *RTD civ.*, 2016, p. 263.

CHAMPENOIS G.

- « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », *Défrenois*, 2013, n° 13-14.

CHANTELOUP H.

- « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », *Gaz. Pal.*, 3 oct. 2000, p. 4.

CHAPLEAU B.

- « Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui », *D.*, 2015, p. 1775.

CHARTIER Y.

- « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une "mère porteuse" », *D.*, 1991, p. 417.

CHENEDE F.

- « Délégation volontaire et partielle d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : la Cour de cassation donne son aval ! », *AJ fam.*, 2006, p. 159.
- « Couple homosexuel : refus de l'adoption simple », *AJ fam.*, 2007, p. 182.
- « Adoption : condamnation de la France pour un refus d'agrément fondé sur l'orientation sexuelle de la requérante », *AJ Fam.*, 2008, p. 118.
- « Délégation d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel masculin », *AJ fam.*, 2008, p. 476.
- « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.*, 2010, p. 2744.
- « Du nouveau en matière d'adoption internationale par des concubins homosexuels », *JCP G*, n° 29-34, 16 juill. 2012, p. 857.
- « Non-reconnaissance des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : après la mère, le père ; après l'ordre public, la fraude », *AJ fam.*, 2013, p. 579.

- « Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA », *AJ fam.*, 2014, p. 555.

CHEYNET DE BEAUPRE A.

- « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.*, 2011, p. 2217.

CICILE-DELFOSSÉ M.-L.

- « Droit et anthropologie. A propos de « l'homoparentalité » », in *Au-delà des codes - Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, p. 113 et s.

CLEMENT C.

- « La place du modèle familial dans un système pluraliste », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 123 et s.

CONSEIL DE L'EUROPE

- « Introduction », in Conseil de l'Europe (dir.), *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*, Conseil de l'Europe, 2017, p. 5.

COMMAILLE J.

- « Repenser politiquement le droit de la famille – L'exemple de l'homosexualité », *AJ fam.*, 2006, p. 401.

COPART I.

- « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », *RJPF*, 2012, n° 4.
- « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière - Entre droit français et réalités étrangères », *Dr. fam.*, 2015, n° 11, étude 14.

CORNELOUP S.

- « Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages », *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 228.

COTTET M.

- « Parenté d'intention : quand l'avis de la CEDH se fait attendre », *D. actualité*, 8 avr. 2019.

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 ?*, Bruylant, 1996, p. 249 et s.
- « La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *AJ fam.*, 2002, p. 8.
- « L'influence des réformes du droit de la famille sur le droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 703 et s.

COURBE P. et JAULT-SESEKE F.

- « Droit international privé : panorama 2005 », *D.*, 2006, p. 1495.

COURDURIER J.

- « Pourquoi cette loi maintenant ? », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2013, p. 35 et s.

COUSSIRAT-COUSTERE V.

- « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits l'Homme », in Françoise Dekeuwer-Défossez (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994*, LGDJ, 1996, p. 45 et s.
- « Famille et Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges R. Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 281 et s.

COUSTET T.

- « CEDH : les États bénéficient d'une « marge d'appréciation étendue » sous conditions », *D. actualité*, 21 déc. 2017.
- « Bioéthique : le CCNE dit oui à l'ouverture de la PMA avec une levée de l'anonymat », *D. actualité*, 26 sept. 2018.

CUNIBERTI G.

- « Conflits de juridictions. – État civil. – Transcription d'actes de naissance étrangers. – Gestation par autrui. – Requête en annulation de la transcription du ministère public. – Recevabilité. – Contrariété à l'ordre public », *JDI*, n° 1, janv. 2008, comm. 1.

DAUPTAIN P.

- « Le casse-tête de l'établissement de la filiation de l'enfant du couple de femmes né par PMA », *JCP N*, n° 4, 2020, act. 153.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F.

- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, p. 249.
- « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD civ.*, 2001, p. 529.
- « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC*, 2012, n° 98.
- « Réflexions critiques d'un juriste sur la parentalité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 41 et s.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., LEROYER A.-M. et DIONISI-PEYRUSSE A.

- « Remise en cause de l'interdiction de la GPA en France ? », *AJ fam.*, 2018, p. 583.

DELAISI DE PARSEVAL G. et COLLARD C.

- « La gestation pour autrui », *L'Homme*, 2007/3, n° 183, p. 29.

DEMAREZ J.-P.

- « La déclaration d'Helsinki : origine, contenu et perspectives », *La Lettre du Pharmacologue*, vol. 14, n° 8, oct. 2000.

DEPADT V.

- « L'avis n° 126 du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation », *RJPF*, n° 9, 2017, p. 20-21.

- « Le Code de Nuremberg, premier texte sur l'encadrement de la biomédecine », *RJPF*, n° 4, 2018, p. 27.

DEPADT-SEBAG V.

- « Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui », *D.*, 2005, p. 476.

DERESE M.-N. et WILLEMS G.

- « La loi du 6 juillet relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008/2, pp. 279-359.

DESMOULIN-CANSELIER S.

- « Diversité génétique et groupes humains : les travaux du Comité international de bioéthique et les Déclarations de la Conférence générale de l'Unesco (1993-2005) », *Critique internationale*, vol. 86, n° 1, 2020, pp. 115-137.

DESPAGNET F.

- « Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques », *JDI*, 1998, p. 523.

DEUMIER P.

- « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.*, 2006, p. 510.

DEVERS A.

- « Pacs enregistrés à l'étranger : suspension d'une circulaire ministérielle », *JCP G*, 2008, n° 2, 9 janv. 2008, act. 34.
- « Conformité à l'ordre public de l'adoption de l'enfant de la partenaire », *JCP G*, 2010, p. 809.
- « Le couple non marié », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2020-2021, n^{os} 526 et s.
- « Formation du mariage », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2020-2021, n^{os} 521 et s.

DIONISI-PEYRUSSE A.

- « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant du concubin homosexuel et au « tourisme procréatif » », *D.*, 2012, p. 1241.
- « Actualités de la bioéthique : refus de l'adoption d'un enfant conçu par PMA », *AJ fam.*, 2014, p. 267.
- « Gestation pour autrui : l'acte de naissance n'a pas à être transcrit en ce qu'il désigne la mère d'intention mais l'adoption par le parent d'intention peut être envisagée ! », *AJ fam.*, 2017, p. 482.
- « Première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (sur réexamen) : la GPA au service de l'épanouissement du dialogue des juges », *AJ fam.*, 2018, p. 613.
- « Actualités de la bioéthique », *AJ fam.*, 2018, p. 497.
- « Actualités de la bioéthique », *AJ fam.*, 2019, p. 556.
- « Transcription complète des actes de naissance des enfants issus d'une GPA indiquant leurs deux parents d'intention », *AJ fam.*, 2020, p. 171.

DOS REIS E.

- « La maternité de substitution », in H. Fulchiron et J. Sosson (dir.), *Parenté Filiation Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013, p. 169 et s.

DOUCHY-OUDOT M.

- « Filiation : action en contestation de paternité exercée par le ministère public », *Procédures*, n° 11, nov. 2013, comm. 315.
- « Les filiations électives à l'épreuve du droit, vingt ans après », in *Mélanges C. Neirinck*, Lexisnexus, 2015, p. 503 et s.

DOUVILLE T.

- « Brèves réflexion à partir des conditions de validité du mariage à la lumière de la loi du 17 mai 2013 », *LPA*, 2013, n° 133, p. 20.

DUPUIS M.

- « Place des droits de l'homme dans le droit des personnes et de la famille », in F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Lamy Droit des personnes et de la famille*, Lamy, 2016, n°s 110 et s.

EGEA P.

- « Commentaire de la loi no 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *RJPF*, n° 9, sept. 2004.

EGIDIO MARIANA M., CONNIL D. et LÖHRER D.

- « Droit constitutionnel étranger : Portugal », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 117, n° 1, 2019, pp. 229-246.

ESCUDEY G.

- « La procréation médicalement assistée face aux droits européens : un dilemme insurmontable ? », *RDLF*, 2013, chron. n° 9.

FABRE-MAGNAN M.

- « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973.
- « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, n° 1, 2007, pp. 1-30.
- « Le statut juridique du principe de dignité », *Droits*, vol. 58, n° 2, 2013, pp. 167-196.
- « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *D.*, 2015, p. 224.

FARGE M.

- « Était-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire ? À propos de Cass. 1re civ., 14 déc. 2005 », *Dr. fam.*, n° 3, mars 2006, étude 17.
- « Les jumelles Mennesson issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une situation boiteuse inadmissible », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2010, étude 23.
- « L'adoption simple de l'enfant de la concubine de même sexe n'est pas contraire à l'ordre public international français », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2010, comm. 156.
- « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du Code civil », in *Mélanges C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 349 et s.

- « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! », *RDLF*, 2014, chron. n° 21.
- « L'universalité des droits de l'Homme au prisme du droit international privé des personnes et de la famille », in *Le droit des libertés en question(s) - Colloque des 5 ans de la RDLF*, *RDLF*, 2017, chron. n° 29.
- « Détermination du droit applicable », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2020-2021, n^{os} 512 et s.
- « Filiation », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2020-2021, n^{os} 531 et s.

FAUTRE-ROBIN A.

- « L'adage « Mater semper certa est » dans la jurisprudence », in K. Fiorentino et A. Fiorentino (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, Bruylant, coll. Droit, bioéthique et société, 2018, p. 70 et s.

FAUVARQUE-COSSON B.

- « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RID comp.*, 2000, p. 797.
- « Le droit comparé et le droit international : alliés ou ennemis ? – La réponse », *RID comp.*, 2003, p. 530.
- « Droit international privé et droit comparé : brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe », in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 43 et s.

FAVIER Y.

- « La famille et l'europe : la concurrence des droits dans la vie privée et familiale », *Recherches familiales*, vol. 5, n° 1, 2008, p. 79.

FENOUILLET D.

- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », *LPA*, 2010, n° 59, p. 7.
- « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014, p. 95 et s.
- « Propos introductifs », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014, p. 269 et s.

FEUILLET-LE MINTIER B.

- « Normes nationales et internationales en bioéthique », *Revue française des affaires sociales*, 2002, p. 15.

FIERENS J.

- « Alpha ursae minoris – L'étoile polaire et l'intérêt supérieur de l'enfant parmi les intérêts concurrents », in Conseil de l'Europe (dir.), *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*, Conseil de l'Europe, 2017, p. 5.

FONGARO E.

- « Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé (à propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005) », *JDI*, 2006, p. 477.

- « Effet rétroactif de la transcription d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 », *JCP G*, n° 6, 6 févr. 2017, p. 136.

FRANCESCAKIS Ph.

- « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *TCFDIP*, 1962-1964.
- « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 1.

FRANCQ S.

- « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », in H. Fulchiron et C. Bideaud-Garon (Dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 111 et s.

FRISON-ROCHE M.-A.

- « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.*, 2014, p. 2184.

FROMONT M.

- « Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 377 et s.

FROSSARD L.

- « L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité », *LPA*, 2013, n° 133, p. 37.

FRUMER P.

- « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2004, p. 663.

FULCHIRON H.

- « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret », *D.*, 1993, p. 117.
- « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI*, 2000, p. 889.
- « Le mariage homosexuel et le droit français », *D.* 2001, p. 1628.
- « Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ? », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 29 et s.
- « L'autorité parentale rénovée », *Deffrénois*, 2002, p. 959.
- « Droits de l'homme et familles musulmanes en Europe », in P. Lodrup et E. Modvar (dir.), *Family life and Human rights*, Oslo, Gylendal Akademish, 2004, p. 243.
- « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », *AJ fam.*, 2006, p. 392.
- « Parenté, parentalité, homoparentalité », *D.*, 2006, p. 876
- « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », *RID comp.*, 2006/2, p. 409 et s., spéc. p. 416.
- « Adoption sur kafala ne vaut », *D.*, 2007, p. 816.
- « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 342, p. 15.

- « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. IX et s.
- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? Statut des tiers et/ou statut des « familles » homosexuelles ? », *LPA*, 2010, n° 39, p. 17.
- « La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même », *JCP G*, n° 41, 2010, p. 1013.
- « Le mariage entre personnes de même sexe en droit français : refus et/ou reconnaissance », *RID comp.*, 2010, p. 245.
- « Reconnaissance en France de l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe prononcée à l'étranger », *JCP G*, 2010, p. 1173.
- « Homoparenté v. homoparentalité ? Le droit français face à la question homoparentale », *RID comp.*, vol. 64, n° 1, 2012, p. 93.
- « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur français à la peine ... », *JCP G*, n° 49, 2012, doct. 1317.
- « 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.
- « La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain... », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2013, dossier 30.
- « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.*, 2013, p. 100.
- « Fraus omnia corrumpit ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes », *D.*, 2014, p. 1162.
- « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *JDI*, n° 2, 2014, var. 2.
- « Le « mariage pour tous » dans l'ordre international : entre articulation et confrontation des normes », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 30-2014, 2015. Juges constitutionnels et doctrine - Constitutions et transitions, p. 177 et s.
- « Règle de conflit de lois et lutte contre les mariages forcés - Qui mal embrasse, trop étreint », *JCP G*, n° 6, 2015, doct. 171.
- « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », *D.*, 2015, p. 464.
- « Refus de l'adoption par le mari de son père d'un enfant né grâce à une mère porteuse », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2016, comm. 137.
- « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.*, 2017, p. 1737.
- « Délégation-partage et familles homoparentales : les règles françaises ne sont pas discriminatoires », *Dr. fam.*, n° 5, 2018, comm. 132.
- « Résistance ou cas d'espèce ? Pas d'adoption plénière pour le père d'intention », *Dr. fam.*, n° 4, 2018, comm. 92.
- « Pas de famille homoparentale hors adoption », *D.*, 2018, p. 983.
- « 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.
- « GPA et parenté d'intention : en attendant l'avis de la Cour EDH ... », *Dr. fam.*, n° 5, 2019, comm. 104.
- « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *D.*, 2019, p. 1084.

FULCHIRON H. et BIDAUD-GARON Ch.

- « Dans les limbes du droit », *D.*, 2013, p. 2349.
- « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », *D.*, 2014, p. 1773.
- « Reconnaissance ou reconstruction ? », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 1.

- « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1819.
- « Transcription dans l'affaire Mennesson aujourd'hui. Et demain ? », *D.*, 2019, p. 2228.

FULCHIRON H. et PANET A.

- « Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées ? », *D.*, 2018, p. 1674.

G'SELL F.

- « La légalisation de la maternité pour autrui à l'étranger : exemples de droit comparé », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 7 | -1, 93-111.
- « La grande variété des approches relatives à la maternité de substitution », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, Dalloz, 2015, p. 195 et s.

GALLMEISTER I.

- « Définition de la résidence habituelle », *D.*, 2006, p. 12.
- « Adoption par la compagne de la mère biologique : exequatur », *D.*, 2010, p. 1787.
- « Gestation pour autrui : transcription à l'état civil et conséquences sur la filiation », *D.*, 2013, p. 2382.

GALLUS N.

- « Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », *Revue juridique Thémis*, 2010, 44-1, p. 146.
- « Filiation, parenté, parentalité et homoparentalité en droit belge », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 81 et s.
- « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », in G. Schamps et J. Sosson (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruylant, 2013, p. 185 et s.

GANNAGE L.

- « Deux arrêts mort-nés », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 587.
- « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP G*, n° 12, 23 mars 2015, p. 318.

GARE T.

- « Refus de l'adoption de l'enfant conçu par PMA dans un couple de femmes », *RJPF*, 2014, p. 39.

GARRIGUE J.

- « Feu vert pour la transcription des filiations établies à l'étranger à l'égard de simples « parents d'intention » », *RJPF*, févr. 2020, n° 2.

GAUDEMMENT-TALLON H.

- « Le droit français de l'adoption internationale », *RID comp.*, 1990, vol. 42, n° 2, p. 567.
- « La famille face au droit communautaire », in F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, 1996, p. 85 et s.

- « Incertaines familles, incertaines frontières, quel droit international privé ? », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, p. 154 et s.
- « Un trio d'inséparables : droit comparé, droit international privé, droit de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 431 et s.

GAUTHIER C.

- « L'entrée en vigueur du Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre expériences et questionnements », *RTDH*, vol. 117, pp. 43-65.

GENICOT G.

- « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *Journal des tribunaux*, 2009, pp. 17-27.

GERRY-VERNIERES S.

- « Continuité ou rupture ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014, p. 315 et s.

GIGOL S.

- *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 375 et s.

GILSON A.

- « Propositions visant à l'encadrement juridique de la gestation pour le compte d'autrui à l'aune des revendications de « droit à l'enfant » », in C. Brunetti-Pons (dir.), *PMA, GPA, quel statut juridique pour l'enfant ?*, Mare & Martin, 2019, pp. 91-106.

GOBERT M.

- « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (À propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.*, 1992, p. 489.

GODECHIT-PATRIS S.

- « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 271.
- « Le droit international privé comme vecteur d'influence pour le droit comparé : alliance ou mésalliance ? », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 501 et s.
- « Un droit de construire son statut ? », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 87 et s., n° 81 et s.

GODECHOT-PATRIS S. et GUILLAUME J.

- « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.*, 2013, p. 1756.

GOSSELIN-GORAND A.

- « La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de personnes de même sexe », *LPA*, 4 juill. 2013, n° 133, p. 24.

GOUTTENOIRE A.

- « Autorité parentale et homosexualité », *Dr. fam.*, n° 3, 2000, comm. n° 45.
- « Le sexe n'est plus ce qu'il était... ou le droit des transsexuels à une vie normale », *Dr. fam.*, n° 11, 2002, comm. 133.
- « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam.*, 2002, chron. 24.
- « La double protection de la famille en Europe. À partir des textes de référence », *Informations sociales*, vol. 129, n° 1, 2006, p. 34.
- « Coup d'arrêt à la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale », *JCP G*, n° 41, 11 oct. 2010, p. 994.
- « Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l'étranger », *JCP G*, n° 39, 2017, p. 984.
- « La liberté sexuelle », in F. Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 9^{ème} éd., 2019, p. 527.
- « Droit de la famille », *JCP G*, n° 43, oct. 2019, doct. 1099.
- « Droit de la famille », *JCP G*, n° 9, mars 2020, doct. 250.
- « Autorité parentale : définition, sources et nature », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2020-2021, n^{os} 232 et s.

GOUTTENOIRE A. et LAMARCHE M.

- « La recherche d'équivalent : l'autorité parentale », *Dr. fam.*, 2009, étude 9, p. 42.

GOUTTENOIRE A. et MARCHADIER F.

- « *La famille dans la jurisprudence de la CEDH (juin 2016 – octobre 2017)* », *Dr. fam.*, n° 12, déc. 2017, chron. 3.

GOUTTENOIRE A. et MURAT P.

- « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. fam.*, n° 1, janv. 2003, chron. 1.

GOUTTENOIRE A. et RADE C.

- « La jurisprudence relative à l'adoption de l'enfant du concubin devant le Conseil constitutionnel », *JCP*, 2010, p. 1145.

GOUTTENOIRE A. et SUDRE F.

- « L'imprévisible réponse de la Cour européenne des droits de l'homme à la question de l'adoption par un parent homosexuel : l'arrêt Fretté c/ France du 26 février 2002 », *JCP G*, 2002, II, n° 19, 10074.
- « La France est condamnée pour discrimination fondée sur l'homosexualité de la requérante », *JCP G*, 2008, n° 15, II, 10071.
- « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », *JCP G*, n° 19, 7 mai 2012, p. 589.
- « GPA et maternité d'intention : fin de partie ... à Strasbourg », *JCP G*, n° 4, janv. 2020, p. 107.

GRANET-LAMBRECHTS F.

- « Filiation de l'enfant conçu par procréation assistée avec don de gamètes : dispositions spéciales », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2020-2021, n^{os} 217 et s.

GRATALOUP S.

- « Un transsexuel peut-il mener une vie familiale et se voir accorder des droits parentaux sur un enfant conçu par IAD ? », *D.*, 1997, p. 583.

GROSS M.

- « Quand et comment l'homoparentalité est-elle devenue un objet « légitime » de recherche en sciences humaines et sociales ? », *Socio-logos*, 2007, n° 2.
- « Ouvrir l'accès à l'AMP pour les couples de femmes ? », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2013, p. 103 et s.

GROSS M. et BUREAU M.-F.

- « L'homoparentalité et la transparentalité au prisme des sciences sociales : révolution ou pluralisation des formes de parenté ? », *Enfances, Familles, Générations*, 2015, n° 23.

GROSS M., BRUNET L. et GIROUX M.

- « Les juges français et la gestation pour autrui », in I. Côté, K. Lavoie et J. Courduriès (dir.), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui*, PUQ, 2018, n^{os} 12 et s.

GRUBER U.P.

- « Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 65.

GRÜNDLER T.

- « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude », in *Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger. Modernité du droit de la santé*, LEH Edition, 2015, pp. 483-501.

GUEZ P.

- « Pluralisme familial et ordre public international », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 197 et s.
- « L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, Dalloz, 2015, p. 69 et s.

GUILLAUME J.

- « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 239 et s.
- « Transcription d'un acte de naissance étranger. – Gestation pour le compte d'autrui. – Filiation. – Acte de naissance étranger. – Transcription. – Acte de naissance français. – Annulation. – Mater semper certa est. – Adoption. – Intérêt de l'enfant. – Droit au respect de la vie privée et familiale », *JDI*, n° 4, 2017, p. 14.
- « La saga Mennesson : les premières fois ... », *D.*, 2019, p. 2000.

GUILLAUME J. et GODECHOT-PATRIS S.

- « Conflit de lois. – Mariage entre personnes de même sexe. – Convention franco-marocaine. – Ordre public international », *JDI*, n° 2, avr. 2015, comm. 6.

HAFTEL B.

- « Éclairage de droit international privé », *AJ fam.*, 2010, p. 387.
- « Reconnaissance des adoptions homoparentales prononcées à l'étranger : valse-hésitation à la Cour de cassation », *AJ fam.*, 2012, p. 397.

HAMMJE P.

- « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil (Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, article 1^{er}) », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 483.
- « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 747.
- « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 722.
- « « Mariage pour tous » et droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 773, n° 14.
- « Filiation d'un enfant issu d'une maternité pour autrui – Aspects de droit international privé », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, Dalloz, 2015, p. 175 et s.
- « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 400.
- « Le couple en droit international privé. Première journée de droit international privé Bertrand d'Argentré - Quelques mots pour conclure », *Revue juridique de l'Ouest*, 2016, pp. 119-128.

HARRAR MASMOUDI W.

- « Facies legalis de la bioéthique : référentiels national et international », *Droit, Santé et Société*, 2019, n° 1-2, p. 12.

HAUSER J.

- « Les montages et la filiation (suite) : l'autorité parentale, un jeu... d'enfant ! », *RTD civ.* 2005, p. 378.
- « Détournements de délégation : à quoi bon légiférer ? », *RTD civ.*, 2006, p. 297.
- « Encore et toujours l'homoparentalité ! », *RTD civ.*, 2007, p. 100.
- « L'adoption simple, joker familial : on ne peut pas faire tout et son contraire affirme la Cour de cassation ! », *RTD civ.*, 2007, p. 325.
- « L'adoption et les couples homosexuels : revirement et confirmation », *RTD civ.*, 2008, p. 287.
- « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », *JCP N*, 2013, p. 1164.
- « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », *RTD civ.*, 2014, p. 616.
- « L'externalisation de la fabrique des enfants ? », *JCP N*, n° 41, oct. 2014, p. 1004.
- « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez y a rien à voir ! », *RTD civ.*, 2015, p. 581.
- « Comité consultatif national d'éthique », *RTD civ.*, 2017, p. 623.

HEYMANN J. et MARCHADIER F.

- « La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (à propos de l'avis consultatif de la CEDH, grande chambre du 10 avril 2019) », *JDI*, n° 4, oct. 2019, var. 8.
- « Gestation pour autrui. – Recours en révision. – Mère d'intention. – Adoption. – Possession d'état. – Transcription de l'acte de naissance », *JDI*, n° 2, avr. 2020, p. 8.

HILT P.

- « Repenser la maternité », *D.*, 2019, p. 2190.

HOUSIER J.

- « L'union civile pour tous ? », *RJPF*, n° 1, 1^{er} janv. 2018.

HUBERT L.-D.

- « Opposabilité en France des décisions étrangères d'adoption : le rôle du parquet », *AJ fam.*, 2002, p. 14

HUET A.

- « Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Les conflits de lois en matière de filiation en droit international privé français, allemand et suisse*, Travaux de l'institut de droit comparé de la faculté de droit de Strasbourg, LGDJ, 1973, p. 19 et s.

HURPY H.

- « CEDH : l'année 2018 marquée par l'entrée en vigueur du protocole n° 16 », *JCP G*, n° 5, 2019, p. 115.

JEPPESEN DE BOER C. et KRONBORG A.

- « National Report : Denmark », *Journal of Gender Social Policy and Law*, vol. 19, n° 1, 2011, p. 113-121.

JESSURUN D'OLIVEIRA H. U.

- « Le partenariat enregistré et le droit international privé », *TCFDIP*, 2000-2002.

JOSSELIN-GALL M.

- « Pacte civil de solidarité - Quelques éléments de droit international privé », *JCP N*, 2000, p. 491.
- « L'adoption internationale : changement de logique », *JCP N*, n° 17, 26 avr. 2002, p. 1255.

JOUBERT N. et MOREL B.

- « Les partenariats enregistrés en droit international privé depuis la loi du 12 mai 2009 », *JCP N*, n° 41, 9 oct. 2009, p. 1285.

JOYAL R.

- « Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés », *Enfances, Familles, Générations*, 2006, pp. 1-16.

JUSTON M.

- « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », *Gaz. Pal.*, 12 août 2006, n° 224, p. 2.

KA I.

- « Validité et opposabilité aux tiers du mariage d'un Français célébré à l'étranger », *Dr. fam.*, n° 6, juin 2017, comm. 145.

KALOGIROU M.

- « La fragmentation de la définition de la filiation comme moteur de non-discrimination en matière de procréation ? », *La Revue des droits de l'homme*, 15, 2019.

KESSLER G.

- « Homoparenté et homoparentalité : les différents modes de constitution de la famille homosexuelle », *RLDC*, 2008, n° 50.
- « Consécration d'un droit de séjour du conjoint de même sexe d'un citoyen européen dans l'ensemble de l'Union européenne », *AJ fam.*, 2018, p. 404.
- « La distinction du parent et du géniteur : proposition pour une nouvelle approche de la filiation », *RTD civ.*, 2019, p. 519.

KHAIRALLAH G.

- « Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999) », *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 317.

KHAN F.

- « Gesetzeskollisionen », *Iherings Jahrbücher*, 1891, pp. 1-143.

KINSCH P.

- « 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 », *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 807.

KUTTENN F. et TARDY-JOUBERT S.

- « Le Comité d'éthique s'est prononcé : « Oui à l'IAD, sous conditions. Non à la GPA » », *LPA*, 2017, n° 177-178, p. 4.

LA HOUGUE C. (de)

- « La qualification juridique de la gestation pour le compte d'autrui au regard du droit international et du droit pénal français », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2015, étude 15.

LABBEE X.

- « Reconstruire la famille : le droit commun du couple », *LPA*, 2007, n° 254, p. 4.
- « La gestation pour autrui devant la Cour de cassation », *D.*, 2011, p. 1064.

LABRUSSE-RIOU C.

- « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *TCFDIP*, 1975-1977.
- « Bioéthique et droit international privé : objectifs et méthodes en question », *TCFDIP*, 2002-2002.
- « Préface », in C. Brunetti-Pons (dir.), *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin, 2014, p. 11 et s.

LAGARDE E.

- « La CEDH laisse le mariage homosexuel à l'appréciation des Etats », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2010, comm. 143.

LAGARDE P.

- « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit. DIP*, 1960, p. 459.

- « Compte rendu d'un article de M. P. Sarcevic (« Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft im internationalen privatrecht- unter besonderer Berücksichtigung der jugoslawischen Teilrechte », Das Standesamt, 1981, pp. 176-182) », *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 831.
- « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités, A propos notamment de l'arrêt « Dujaque » de la 1^{ère} chambre civile du 22 juillet 1987 », *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 53.
- « La théorie de l'ordre public face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », in *Mél. F. Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 263 et s.
- « La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes », *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 159.
- « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 275.
- « Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité », *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 184.
- « La reconnaissance. Mode d'emploi », in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 479 et s.
- « De l'obligation, pour un Etat-membre, de reconnaître le nom d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans le pays de naissance », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 80.
- « Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 320.
- « De la loi applicable à l'intention matrimoniale », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 493.
- « La gestation pour autrui : problèmes de droit interne et de droit international privé », *Rev. hellénique de droit international*, 2009, p. 511.
- « 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*, Pedone, sept. 2013, p. 19 et s.

LAGHMANI S.

- « Droit international et droits internes : vers un renouveau du jus gentium ? », in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Droit international et droits internes. Développements récents*, Pedone, 1999, p. 23 et s.

LAMARCHE M.

- « Les homosexuels devant la Cour européenne des droits de l'Homme », in O. Dubos et J.-P. Marguénaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, A. Pedone, 2007, p. 45 et s.
- « La conjugalité », in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 23 et s.

LANCE D. et MERCHANT J.

- « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, n° 2, 2016, pp. 231-247.

LANGVIN L.,

- « Canada », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, 2011, p. 85 et s.

LARRALDE J.-M.

- « Vie privée et pratique sadomasochistes », *D.*, 1998, p. 97.

LASSERRE M.-C.

- « L'adoption en Russie », *AJ fam.*, 2014, p. 492.

LATIL C.

- « La cristallisation d'une situation juridique, condition du déclenchement de la méthode la reconnaissance », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 185 et s., n^{os} 173 et s.

LAVALLEE C.

- « Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois : une égalité à géométrie variable », *RID comp.*, 2012, vol. 64, n^o 1, p. 13.

LE BOURSICOT M.-Ch.

- « Les chemins de l'adoption internationale », *AJ fam.*, 2002, p. 21.
- « La création de l'Agence française de l'adoption », *AJ fam.*, 2005, p. 341.
- « Le principe de l'intérêt de l'enfant à être adopté après la promulgation de la loi mariage pour tous », *RLDC*, 2013, n^o 110, p. 47.
- « Nouveaux mariés de même sexe : l'adoption de l'enfant du conjoint plus aisée que l'adoption conjointe », *RJPF*, 2013, n^o 7-8.
- « La filiation de l'enfant né en exécution d'un contrat de gestation pour le compte d'autrui », *RLDC*, 2015, p. 129.
- « GPA : Un arrêt de l'Assemblée plénière ne peut pas rester un arrêt d'espèce ! », *RJPF*, janv. 2020, n^o 1.

LE MAIGAT P.

- « Gestation pour autrui : la fin de l'interdit ? », *Gaz. Pal.*, n^o 1, 2020, p. 20

LEBEL A.

- « Adoption plénière de l'enfant du conjoint au sein d'un couple de femmes », *AJ. fam.*, 2014, p. 368.

LEBORGNE A.

- « Arrêt Goodwin c/ Royaume-Uni : les juges de Strasbourg disent oui au mariage des transsexuels ! », *RJPF*, n^o 11, 1^{er} nov. 2002.

LEBORGNE F.

- « Le couple en droit international privé. Première journée de droit international privé Bertrand d'Argentré - Avant-Propos », *Revue juridique de l'Ouest*, 2016, pp. 9-13.

LECUYER Y.

- « L'utilisation « retenue » de la notion de genre par la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2015, n^o 5, p. 1327.

LEGEAIS R.

- « L'autorité parentale », *Deffrénois*, 1972, p. 30111.

LEGRAND V.

- « Les implications de la loi autorisant le mariage pour tous en droit international privé », *LPA*, 21 août 2013, n^o 167, p. 6.

LEMOULAND J.-J.

- « Présentation de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », *D.*, 1999, p. 483
- « Le tourisme procréatif », *LPA*, mars 2001, n° 62, p. 24.
- « Le couple en droit civil », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2003, chron. 22.
- « Le droit au mariage du transsexuel », *D.*, 2003, p. 1935.
- « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 33 et s.
- « Quel apport du droit comparé au droit des personnes et de la famille ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 329 et s.

LEMOULAND J.-J. et VIGNEAU D.

- « Droit des couples », *D.*, 2015, p. 1408.

LENOIR P.

- « L'homosexualité et le juge communautaire », *RTDH*, 1999, p. 407 et s.

LEONHARD J.

- « Le droit pénal au secours de la prohibition de la gestation pour autrui ? », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2017, n° 7, pp. 85-92.

LEPAPE J.

- « Projet de loi « bioéthique » : les apports du Sénat en 1re lecture », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 25, p. 49.

LEQUETTE Y.

- « De l'approche fonctionnelle des conflits de nationalités dans un cas de répudiation entre époux franco-marocain », *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 91.
- note, *Rev. crit. DIP*, 1978, p. 110.

LEREBOURS-PIGEONNIERE P.

- « Observations sur la question du renvoi », *JDI*, 1924, p. 877.

LEROY C.

- « La gestation pour autrui en droit pénal français », *Revue générale du droit on line*, 2019, n° 50288 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=50288).

LEROYER A.-M.

- « Validité des mariages – Contrôle », *RTD civ.*, 2007, p. 191.
- « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.*, 2013, p. 1697.
- « Mariage - Personnes du même sexe - Adoption - Nom - Etat-civil - Livret de famille », *RTD civ.*, 2013, p. 675.
- « L'enfant d'un couple de femmes », *D.*, 2014, p. 2031.
- « L'avis du Comité d'éthique sur les demandes sociétales de recours à l'AMP ou les présupposés idéologiques d'une pensée institutionnelle », *JCP G*, n° 37, 2017, p. 927.
- « GPA : un avis faussement salvateur de la maternité d'intention », *RTD civ.*, 2019, p. 307.

LEVINET M.

- « La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *RTDH*, 2002, p. 345.

LEVY-SOUSSAN P.

- « Les retombées des pratiques recensées », in C. Brunetti-Pons (dir.), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, LexisNexis, 2018, p. 335.

LOBE LOBAS M.

- « La répression pénale de la gestation pour autrui dans l'état de l'intérêt de l'enfant », in *Mélanges C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 581 et s.

LOUIS-LUCAS P.

- « La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois », in *Mélanges J. Maury*, Dalloz et Sirey, 1960, Tome 1, p. 175 et s.

LOUSSOUARN Y.

- « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 307.

MAILFERT M.

- « Homosexualité et parentalité », *Socio-anthropologie*, 2002, vol. 11.

MAILHE F.

- « Effet rétroactif de la transcription de l'acte étranger de mariage d'un Français », *JCP G*, n° 51, 19 déc. 2016, p. 1380.

MALAURIE Ph.

- « L'équivalence en droit international privé », *D.*, 1962, p. 215.
- Note sous Civ. 2^{ème}, 24 nov. 1964 et Civ. 2^{ème}, 24 juin 1965, *JDI*, 1966, p. 89.
- « Couple, procréation et parenté », *D.*, 1998, p. 127.

MALJEAN-DUBOIS S.

- « Bioéthique et droit international », *AFDI*, vol. 46, 2000, p. 85.

MARAIS A.

- « La maternité pour autrui et le genre », in A.-F. Zattara-Gros (dir.), *Bioéthique et genre*, LGDJ, 2013, p. 151 et s.
- « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, Dalloz, 2015, p. 121 et s.
- « Sexe, mensonge et quiproquo - À propos de la filiation d'un enfant procréé par un couple de même sexe », *JCP G*, n° 48, nov. 2019, doctr. 1237.

MARCHADIER F.

- « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.*, 2007, p. 2700.
- « Les droits fondamentaux comme « moteur » de la circulation des personnes et de leur statut familial », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 67 et s., n^{os} 68 et s

MARCHADIER F. et MARGUENAUD J.-P.

- « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2017, p. 40 et s.

MARGUENAUD J.-P.

- « Sadomasochisme et droit au respect de la vie privée », *RTD civ.*, 1997, p. 1013.
- « Arrêt Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni : transsexualisme et immobilisme », *RTD civ.*, 1998, p. 1001.
- « Du droit au respect de la vie privée des militaires homosexuels », *RTD civ.*, 1999, p. 917.
- « De l'attribution de l'autorité parentale à un père homosexuel », *RTD civ.*, 2000, p. 433.
- « Le droit des homosexuels de pouvoir adopter trouve sa limite caricaturale dans l'intérêt des enfants », *RTD civ.*, 2002, p. 389.
- « Transsexualisme : la Cour européenne des droits de l'Homme fait le saut de l'ange », *RTD civ.*, 2002, p. 862.
- « Transfert du droit au bail au concubin homosexuel et actio popularis européenne », *RTD civ.*, 2003, p. 764.
- « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.*, 2005, p. 341.
- « Volte-face européenne sur le droit du célibataire homosexuel de pouvoir adopter », *RTD civ.*, 2008, p. 249.
- « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *RTD civ.*, 2010, p. 738.
- « Le refoulement de l'adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel », *RTD civ.*, 2012, p. 275.
- « Le partenariat civil pour tous », *RTD civ.*, 2014, p. 301.
- « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD civ.*, 2015, p. 325.
- « De la nécessité de favoriser les couples homosexuels n'ayant pas pu se marier par rapport aux couples hétérosexuels n'ayant pas voulu se marier ou les paradoxes de la comparabilité », *RTD civ.*, 2016, p. 799.
- « L'épilogue européen du « mariage de Bègles » : l'article 12 de la CEDH ne confère toujours pas le droit de se marier aux couples de personnes de même sexe », *RTD civ.*, 2016, p. 797.
- « L'affaire Mennesson à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2018, p. 847.
- « Le renforcement de l'interaction entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA », *RTD civ.*, 2019, p. 286.

MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST A.

- « Qualification et concepts autonomes dans l'élaboration d'un code européen de droit international privé », in M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, P.I.E. Peter Lang, 2011, p. 319 et s.

MARS A.

- « Obligations alimentaires : la CJUE privilégie la justice conflictuelle au détriment de la justice matérielle », *RTD eur.*, 2018, p. 783.

MARTHA-MALAUZAT M.-I.

- « Assistance médicale à la procréation », in Anne Laude, J.-L. Mouralis, J.-M. Pontier et al. (dir.), *Lamy Droit de la santé*, Lamy, 2012, n^{os} 332 et s.

MASSAGER N.

- « Gestation pour autrui, uniparenté et coparentalité en droit belge », in N. Massager et N. Gallus (dir.), *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui – Regards croisés du droit et de la pratique médicale*, Anthemis, 2017, p. 125 et s.

MASSIP J.

- « Chronique de jurisprudence », *Defrénois*, 1991, n^o 17, p. 947.
- « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois*, 2006, n^o 3, p. 209.
- « La reconnaissance en France du lien adoptif créé à l'étranger dans un couple homosexuel », *JCP N*, 2011, p. 1122.

MASSIP J., MORIN G. et AUBERT J.-L.

- « La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *Defrénois*, 1972, p. 519.

MATHIEU B.

- « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, chron. p. 211.
- « Chapitre 6. La dignité, principe fondateur du droit », *Journal International de Bioéthique*, vol. 21, n^o 3, 2010, pp. 77-83.

MAUGER-VIELPEAU L.

- « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau (A propos de l'ordonnance n^o 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA*, 2007, n^o 128, p. 3.

MAYER P.

- « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547 et s.

MECARY C.

- « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ fam.*, 2011, p. 604.
- « Les fondements juridiques de la filiation en cas de naissance de l'enfant dans le cadre d'une gestation pour autrui », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 115 et s.

MERCHANT J.

- « Procréation et politique aux Etats-Unis : le cas de la gestation pour autrui », in G. David, R. Henrion, P. Jouannet, C. Bergoignan-Esper (dir.), *La gestation pour autrui*, Lavoisier, 2011, p. 213 et s.
- « AMP et gestation pour autrui aux États-Unis, éléments d'analyse », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2013, p. 129 et s.
- « Le cadre juridique et politique gouvernant la gestation pour autrui aux États-Unis », *Ethnologie française*, vol. 167, n^o 3, 2017, pp. 421-424.

MERYER C.-A.

- « L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme », in D. Borrillo (dir.), *Homosexualité et droit*, PUF, 1998, p. 154 et s.

MESSINEO J.

- « L'élaboration d'un traitement international des GPA transfrontalières », *RDIA*, n° 1, 2018, p. 537.

MESTROT M.

- « La famille en chantier », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 191 et s.

MEULDERS-KLEINP M.-T.

- « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RID comp.*, vol. 44, n° 4, 1992, p. 773.

MEYER-FABRE N.

- « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 259.

MIGNOT J.-F.

- « L'adoption internationale dans le monde : les raisons du déclin », *Population & Sociétés*, vol. 519, n° 2, 2015, pp. 1-4.

MIGNOT M.

- « Le partenariat enregistré en droit international privé », *RID comp.*, 2001, p. 601 et s.

MIKALEF-TOUDIC V.

- « La place de la volonté comme fondement de la filiation », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 61 et s.

MILLET F.

- « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Deffrénois*, 2005, n° 9, p. 743.
- « La voie d'une homoparentalité bien ordonnée : retour aux fondamentaux de la filiation », *D.*, 2012, p. 1975.

MIRANDA A.

- « Italie », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, 2011, p. 187 et s.

MIRCOVIK A.

- « À propos de la maternité pour autrui », *Dr. fam.*, 2008, étude 9, p. 15.
- « Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et la filiation », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2010, étude 21.
- « La ratification (enfin !) de la convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *D.*, 2012, p. 110.
- « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger », *JCP G*, n° 39, 23 sept. 2013, p. 985.

- « L'accès à l'assistance médicale à la procréation : Quelles modalités ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014, p. 445 et s.
- « L'impossible adoption des "bébés Thalys" », *RLDC*, 2014, n° 5501, p. 40.
- « La maternité à l'épreuve de la PMA et de la GPA », in K. Fiorentino et A. Fiorentino (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, Bruylant, coll. Droit, bioéthique et société, 2018, p. 221 et s.

MONEGER F.

- « L'adoption internationale et les concubins », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, 2002, Litec, p. 567 et s.
- « Le prononcé d'une adoption en France, les règles de conflits énoncées par la loi du 6 février 2001 », *RID comp.*, vol. 55, n° 4, octobre-décembre 2003, p. 819.
- « Rapport de synthèse », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, 2011, p. 9 et s.
- « La PMA au regard des principes d'égalité et de non-discrimination : perspectives de droit international privé », *LPA*, 2015, n° 81, p. 4.

MONNIER S.

- « Le devenir de l'adage « *mater semper certa est* » appréhendé par la Comité consultatif national d'éthique », in K. Fiorentino et A. Fiorentino (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent, avenir d'un adage*, Bruylant, coll. Droit, bioéthique et société, 2018, p. 191 et s.

MOULY J.

- « La « délocalisation procréative » : fraude à la loi ou habileté permise ? », *D.*, 2014, p. 2419.

MUIR-WATT H.

- « L'adoption d'enfants étrangers (Regard sur l'évolution récente de la jurisprudence française) », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, 1993, p. 147 et s., spéc. p. 151.
- « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? », *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 469.
- « La fonction subversive du droit comparé », *RID comp.*, 2000, p. 503.

MURAT P.

- « Couple, filiation, parenté », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 53 et s.
- « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation », *Dr. fam.*, n° 4, avr. 2006, comm. 89.
- « L'enfant de mère porteuse : tentative d'établissement de la filiation par possession d'état », *Dr. fam.*, n° 6, juin 2007, comm. 122.
- « Le partage de l'autorité parentale après séparation du couple de même sexe », *Dr. fam.*, n° 4, avr. 2008, comm. 58.
- « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », *Dr. fam.*, 2013, n° 7-8, dossier 24.

NANCLARES VALLE J. et SAN JULIAN PUIG V.

- « Les incidences de la biomédecine sur la parenté et l'identité sexuelle en Espagne », in B. Feuillet-Liger et M.-C. Crespo-Braumer (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruylant, 2014, p. 83 et s.

NEIRINCK C.

- « Le couple et l'assistance médicale à la procréation », *LPA*, 1999, n° 161, p. 3.
- « De la parenté à la parentalité », in A. Bruel, J. Faget, L. Jacques et al. (dir.), *De la parenté à la parentalité*, Érès, 2001, p. 15 et s.
- « Homoparentalité et adoption », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle - Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 353 et s.
- « A propos de l'intérêt de l'enfant », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Anthemis, 2002, p. 25 et s.
- « Couple homosexuel * Exercice de l'autorité parentale * Délégation partielle * Intérêt de l'enfant », *RDSS*, 2006, p. 578.
- « Homoparentalité et ordre public », *RDSS*, 2010, p. 1128.
- « La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2011, étude 14.
- « Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2012, repère 6.
- « Réforme de la PMA : la création de la famille par convenance personnelle », *Dr. fam.*, n° 2, févr. 2013, repère 2.
- « Question civile ou enjeu médical ? », in R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 57, 2014, p. 301 et s.
- « Première adoption plénière par l'épouse de la mère », *Dr. fam.*, n° 1, janv. 2014, comm. 4
- « Epouses, fraude et adoption plénière », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2014, repère 7.
- « L'adoption plénière par l'épouse de la mère : la marée noire de l'appel », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2015, étude 12.

NI GHAIRBHIA N.

- « La filiation du parent d'intention de l'enfant né par PMA ou GPA à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 2019, n° 24, p. 41.

NIBOYET-HOEGY M.-L.

- « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 313 et s.

NICOLAS-MAGUINP M.-F.

- « Premières réflexions sur le pluralisme familial », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 15 et s.

NISAND I.

- « La gestation pour autrui : pour le cas par cas », in P. Muzny (dir.), *La liberté de la personne sur son corps*, Dalloz, 2010, p. 77 et s.

NOBLOT C.

- « La sincérité dans la formation du couple », *Dr. et patri.*, n° 91, 1^{er} mars 2001.

NORD N.

- « Le panorama des législations et jurisprudences dans le monde », in C. Brunetti-Pons (dir.), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, LexisNexis, 2018, p. 149.

NORD N. et PORCHERON D.

- « Gestation pour autrui, panorama de droit comparé », *AJ fam.*, 2018, p. 586.

NOURISSAT C.

- « La notion de « notion » dans le règlement "Bruxelles II bis" », *Dr. et patri.*, n° 138, 1^{er} mai 2005.

PAILLER L.

- « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 77 et s., n^{os} 73 et s.

PAMBOUKIS Ch.

- « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 513.
- « Les actes publics et la méthode de la reconnaissance », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, sept. 2013, p. 133 et s.

PANET A.

- « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *Dr. fam.*, 2013, dossier 29.
- « Mariage et conventions bilatérales », *AJ fam.*, 2014, p. 346.

PAPACHRISTOS A. C.

- « Grèce – Le don d'utérus et le droit hellénique », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, 2011, p. 169 et s.

PARICARD S.

- « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Dr. fam.*, 2013, n° 1, dossier 8.
- « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », *D.*, 2020, p. 426.

PARIZER-KRIEF K.

- « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RID comp.*, 2011, vol. 63, n° 3, pp. 645-659.

PASTOR J.-M.

- « Loi bioéthique : le gouvernement avance avec précaution », *D. actualité*, 26 juill. 2019.
- « Le projet de loi Bioéthique franchit le palais Bourbon sans embûche », *D. actualité*, 16 oct. 2019.
- « Le Sénat divisé sur le projet de loi bioéthique », *D. actualité*, 6 févr. 2020.

- « Le Sénat divisé sur le projet de loi Bioéthique », *AJDA*, 2020, p. 269.

PATAUT E.

- « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in H. Fulchiron et C. Bideaud-Garon (Dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 97 et s.
- « Intégration, ordres publics et mariage », *RTD eur.*, 2018, p. 673.

PAYAN G.

- « La saisine pour avis de la CEDH : entrée en vigueur du Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RLDC*, 2018, n° 161, p. 32.

PELISSIER A.

- « La réception de l'homoparentalité en droit européen », *AJ fam.*, 2006, p. 406.

PEREZ MONGZ M.

- « Espagne », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, 2011, p. 129 et s.

PEROZ H.

- « Loi de simplification du droit et loi applicable aux partenariats enregistrés », *JCP N*, 2008, act. 419.
- « La loi applicable aux partenariats enregistrés », *JDI*, n° 2, avr. 2010, doct. 6.

PERROTIN F.

- « Couple : les propositions des notaires », *LPA*, 2010, n° 131, p. 4.

PERROUD J.

- « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI*, 1926, p. 23 et 24.
- « La notion d'équivalence en droit international privé », *JDI*, 1937, p. 736.

PHILIPPOT A.

- « Le CCNE, chef d'orchestre des États généraux de la bioéthique », *JCP G*, n° 9-10, févr. 2018, p. 236.

PIASTRA R.

- « Loi relative au PACS », *D.*, 2000, p. 203.

PICHAR M.

- « Conjugalités », in S. Henneville-Vauchez, M. Pichard, et D. Roman (dir.), *Genre et droit*, Dalloz, 2016, p. 229 et s.
- « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes « désactivé » ? », *LPA*, n° 256-257, 2017, p. 6.

PLAZY J.-M.

- « La recherche d'équivalent : la tutelle », *Dr. fam.*, 2009, étude 10, p. 48.

POISSON-DROCOURT E.

- « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », *D.*, 2001, p. 1404.

- « Du nouveau en matière d'adoption : le décret n° 2002-575 du 18 avril 2002 », *D.*, 2003, p. 295.
- « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption », *D.*, 2004, p. 1998.
- « L'Agence française pour l'adoption », *D.*, 2006, p. 2044.
- « La procédure d'agrément des personnes souhaitant adopter un enfant », *D.*, 2007, p. 163.
- « La nouvelle Autorité centrale pour l'adoption », *D.*, 2009, p. 2435.

POMART C.

- « Enfin une définition pour la notion de résidence habituelle », *RLDC*, n° 30, 1^{er} sept. 2006.

PONS C.

- « La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé », *Revue québécoise de droit international*, vol. 31, n° 1, 2018, p. 119.

PONSARD A.

- « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », *JDI*, 1972, p. 766.

PORHCERON D.

- « Le droit international privé à l'épreuve de la gestation pour autrui », in M.-X. Catto et K. Martin-Chenut (dir.), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, Mare & Martin, 2019, p. 47 et s.

POUSSON-PETIT J.

- « Concubinages : Une approche comparative des droits européens et américains », in J. Rubellin-Devichi (dir.), *Les concubinages. Approche socio-juridique*, éd. CNRS, p. 165 et s.

PUIG P.

- « La loi d'ordre public international », *RTD civ.*, 2015, p. 91.

PUPPINCK G.

- « L'affaire Vallianatos et autres contre Grèce et la dilution progressive de la notion de vie familiale », *RLDC*, n° 111, 1^{er} janv. 2014.

QUINONES ESCAMEZ A.

- « Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé », *RID comp.*, vol. 64, n° 1, 2012, p. 57.

RABEL E.

- « Le problème de qualification », *Rev. crit. DIP*, 1933, p. 1.

RAOUL-CORMEIL G.

- « La consécration de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013 », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 236.

RASS-MASSON L.

- « La saisine a posteriori des juridictions afin de « légitimer » les pratiques illégales en France réalisées à l'étranger : le regard du juriste international », in B. Legros (dir.), *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, LEH Edition, 2018, p. 32 et s.

RAYMOND G.

- « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques ») », *JCP G*, n° 43, 26 oct. 1994, doct. 3796.

RAYNAUD J.

- « Transfert du bail au concubin homosexuel », *AJDI*, 2010, p. 513.

REBOURG M.

- « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *Recherches familiales*, vol. 7, n° 1, 2010, p. 29.

REGLIER A.-C.

- « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in A.-C. Réglie et C. Siffrein-Blanc (dir.), *L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 83 et s.

REIGNE P.

- « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », *D.*, 2014, p. 1669.
- « L'assistance médicale à la procréation, l'adoption et la fraude à la loi », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2014, comm. 113.

RENCHON J.-L.

- « Où vont le mariage et le concubinage ? Etat des lieux en Belgique », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, 2002, Litec, p. 493 et s.
- « Les conjugalités en droit belge », in J. Flauss-Diem et G. Fauré (dir.), *Du PACS aux nouvelles conjugalités*, PUF, 2005, p. 85 et s.

REJET T.

- « La loi n° 99-944 du 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD civ.*, 2000, p. 173.

REVILLARD M.

- « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *Deffrénois*, 2001, p. 533.
- « Les unions hors mariage. Regards sur la pratique de droit international privé », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, 2002, Litec, p. 579 et s.
- « Le pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique de droit international privé », *Deffrénois*, 30 mars 2005, p. 461.
- « Les unions entre personnes de même sexe », *JCP N*, n° 25, 22 juin 2012, p. 1267.
- « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé », *Deffrénois*, 15 juill. 2013, n° 13-14.

RICHEZ-PONS A.

- « La notion de résidence », *Dr. et patri.*, n° 138, 1^{er} mai 2005.

RINGEL F.

- « Vie privée ? Vie familiale ? Les difficultés d'application de l'article 8 CEDH à l'homosexualité et au transsexualisme », *RRJ*, 1999, p. 1052.

ROCA I ESCODA M.

- « Incidences de la composante biogénétique dans la reconnaissance de la filiation monosexuée en Espagne », *Enfances Familles Générations*, 2015, n° 23.

ROCHFELD J.

- « Réforme du Pacs, loi n° 2006-278 du 23 juin 2006 », *RTD civ.*, 2006, p. 624.

ROMANO G.-P.

- « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 457.

ROUVIERE F.

- « Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique », *LPA*, 2013, n° 66, p. 5.

ROY O.

- « Le modèle français : évolutions et résistances face au pluralisme familial », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 23 et s.

ROZEE V.

- « L'AMP sans frontière », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, n° 23-24, 2011, p. 270.
- « L'homomaternité issue de l'assistance médicale à la procréation en France : état des lieux d'un recours transnational », *Raison-publique.fr*, mai 2012. Disponible sur : <http://raison-publique.fr/article531.html>.
- « La gestation pour autrui en Inde », *Journal des anthropologues*, n° 148-149, 2017, p. 253.

ROZEE V., UNISA S. et LA ROCHEBROCHARD E. (de)

- « La gestation pour autrui en Inde », *Population & Sociétés*, 2016, vol. 537, n° 9, p. 1.

RUBELLIN-DEVICHI J.

- « Analyse introductive », in J. Rubellin-Devichi (dir.), *Les concubinages. Approche socio-juridique*, éd. CNRS, 1986, p. 22.
- « Une importante réforme en droit de la famille, la loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 », *JCP*, 1993, I, p. 3659
- « L'adoption à la fin du XX^e siècle », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 341 et s.
- « Droit de la famille », *JCP G*, n° 1, janv. 2002, doct. 101.

SAGAUT J.-F.

- « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », *LPA*, 2010, n° 101, p. 11.

- « Lettre ouverte pour le maintien du pluralisme des modes de conjugalité », *RLDC*, n° 70, 2010.

SAINTE-ROSE J.

- « Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ? », *AJ fam.*, 2006, p. 395.

SAINT-PERN L. (de)

- « Gestation pour autrui : validation de la transcription des actes de naissance », *D.*, 2019, p. 2351.

SALVAGE-GEREST P.

- « Adoption internationale : halte à la présomption irréfragable de vice du consentement parental », *Dr. fam.*, n° 3, mars 2007, étude 8.
- « Kafala et nationalité française », *AJ fam.*, 2012, p. 400.
- « Les incidences de la loi du 17 mai 2013 sur l'adoption internationale », *Dr. fam.*, 2013, n° 7-8, dossier 33.
- « Adoption internationale », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2020-2021, n°s 224 et s.

SANA-CHAILLE DE NERE S.

- « La kafala et le droit international privé : besoin de qualification », *Dr. fam.*, n° 1, janv. 2009, dossier 7.
- « Le concept d'ordre public et ses mutations », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2015, dossier 45.

SARCEVIC P.

- « Cohabitation without marriage : the Yugoslavian experience », *Am. J. Comp. L.*, 1981, vol. 29, p. 315 et s.
- « The new Yugoslav private international law Act », *Am. J. Comp. L.*, 1985, vol. 33, p. 283 et s.

SAVI C.

- « La loi italienne sur la procréation assistée : une loi controversée », *Droit et cultures*, 51, 2006, p. 161.

SCHAMPS G.

- « Les incidences de la biomédecine sur la parenté : le hiatus entre les actes liés à la procréation médicalement assistée et l'établissement de la filiation en droit belge », in B. Feuillet-Liger et M.-C. Crespo-Braumer (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruylant, 2014, p. 55 et s.

SCHMITT M.

- « « Mariage pour tous » Nouvelles perspectives dans l'ordre international », *JCP N*, n° 24-25, 14 juin 2013, p. 1165.

SCHULZ M. et THERY I.

- « Le contrat d'union sociale en question. Éléments pour un débat », *Esprit*, oct. 1997, n° 10, p. 204-207.

SERIAUX A.

- « La dignité humaine, principe universel du droit ? », *Acta Philosophica*, vol. 6, 1997, fasc. 2, pp. 289-301.

SINDRES D.

- « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI*, n° 2, avr. 2015, doct. 4.

SOSSON J.

- « Filiation après procréation médicalement assistée et comaternité : principes et pièges », in N. Massager et N. Gallus (dir.), *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui – Regards croisés du droit et de la pratique médicale*, Anthemis, 2017, p. 125 et s.

SOSSON J. et MALMANCHE H.

- « Etat du droit belge en matière de procréation médicalement assistée et de gestation pour autrui », in S. Bernard et M. Farge (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, PUG, 2019, p. 37 et s.

SPICKHOFF A.

- « Allemagne », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, 2011, p. 27 et s.

SPIRY E.

- « Homosexualité et droit international des droits de l'Homme, Vers une nouvelle donne en Europe ? », *RTDH*, 1996, p. 48.

STEENHOFF G.J.W.

- « Asser et la fondation de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 297.

STEINER E.

- « Angleterre - Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, 2011, p. 39 et s.

SUDRE F.

- « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 1995, p. 364.
- « Droit de la convention européenne des droits de l'Homme », *JCP G*, 2000, n° 5, doct. 203.
- « La « construction » par le juge européen du droit au respect de la 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*, Bruylant, 2002, p. 12.
- « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme - À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G*, n° 42, 14 oct. 2013, doct. 1086.
- « Exclusion des couples de même sexe du pacte de vie commune », *JCP G*, n° 49, 2 déc. 2013, p. 1281.
- « Le standard du partenariat civil homosexuel », *JCP G*, n° 36, 31 août 2015, p. 927.
- « La mystification du « consensus » européen », *JCP G*, n° 50, 7 déc. 2015, doct. 1369.

- « L'effectivité des droits », in F. Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, PUF, 9^{ème} éd., 2019, p. 22.
- « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16 - Une embellie pour la Convention EDH ? », *JCP G*, n° 17, 2018, p. 473.

SUDRE F. et GOUTTENOIRE A.

- « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », *JCP G*, n° 20, mai 2019, p. 551.
- « La réception par la Cour de cassation du standard européen en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA », *JCP G*, n° 47, nov. 2019, p. 1184.

SZABADOS T.

- « La nouvelle loi hongroise de droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 87.

TERRE F.

- « Observations sous l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 31 mai 1991 », *JCP G*, 1991, II, 21752, p. 381.

THERY I.

- « « Ouverture » ou « redéfinition » du mariage civil ? », in I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2013, p. 61 et s.
- « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Dr. fam.*, n° 7-8, 2013, dossier 17.

THIERRY D.

- « La France enfin liée par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *RDSS*, 2012, p. 839.

THOMALE C.

- « Apports et limites de l'encadrement de la gestation pour autrui en droit international privé allemand », *RDIA*, n° 1, 2018, p. 499.

TISSIER D.

- « La procréation assistée au travers du prisme du genre », in A.-F. Zattara-Gros (dir.), *Bioéthique et genre*, LGDJ, 2013, p. 81.

USUNIER L.

- « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *RTD civ.*, 2015, p. 343.

VAN DEN BROECK E.

- « La nouvelle loi sur la filiation de la coparente », *JDJ*, n° 345, mai 2015, p. 21.

VAN DROOGHENBROECK S.

- « De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme à la cause homosexuelle », in V. Martens (dir.), *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2004, p. 19 et s.

VAN LOON H.

- « Articulation et interaction des normes », in H. Fulchiron et C. Bideaud- Garon (Dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 79 et s.

VAREILLES-SOMMIERES P. (de)

- « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207.
- « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 400.

VASSEUR-LAMBRY F. et CARIUS M.

- « La Cour européenne des droits de l'homme face à la délicate question de l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle », *LPA*, 2002, n° 137, p. 10.

VAUVILLE F.

- « Droits de l'homme et droits de l'enfant, commentaire de la loi Malhuret du 22 juill. 1987 », *D.*, 1988, p. 7.

VIAL-PEDROLETTIL B.

- « Transfert du bail : date d'opposabilité au bailleur de la transcription de l'acte de mariage », *Loyers et Copropriété*, n° 2, févr. 2017, comm. 38.

VIALLA F.

- « Assistance médicale à la procréation : avis du CCNE », *D.*, 2017, p. 1365.
- « Bioéthique : avis du Comité consultatif national d'éthique », *D.*, 2018, p. 1867.

VIGNAL T.

- « Conflit de lois. - Mariage entre personnes de même sexe. - Convention franco-marocaine. - Ordre public international », *JDI*, n° 2, avr. 2015, comm. 7.

VIGNEAU D.

- « Aujourd'hui le rôle, demain le titre ? », *D.*, 2006, p. 897.
- « Hier le rôle, le titre : pas encore ! », *D.*, 2007, p. 1047.
- « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », *D.*, 2012, p. 1992.

VONK M. J.

- « Pays Bas - Maternity for another : a double dutch approach », in F. Monéger (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate motherhood*, Société de législation comparée, 2011, p. 205 et s.

WALTZ-TERACOL B.

- « Vue rétrospective, actuelle et prospective sur la gestation pour autrui en France », *LPA*, 2014, n° 233, p. 4.

WASZEK J.

- « L'opposabilité rétroactive de la transcription du mariage d'un ressortissant français célébré à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2017, p. 66.

WATTE N.

- « Chronique de jurisprudence belge (1995-2010) », *JDI*, 2011, chron. 9, spéc. n° 10.

WATTE N. et BARBE C.

- « Le nouveau droit international privé belge - Étude critique des fondements des règles de conflit de lois », *JDI*, n° 3, juill. 2006, doct. 12.

WAUTELET P.

- « Les couples de même sexe en droit belge en particulier sous l'angle du droit international privé », in J.-H. Leleu et E. Dirix (dir.), *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Utrecht, Bruylant, 2006, p. 307 et s.

WENGLER W.

- « Nouvelles réflexions sur les questions préalables », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 165.

WILLEMS G.

- « La maternité de substitution », in H. Fulchiron et J. Sosson (dir.), *Parenté Filiation Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013, p. 206.
- « La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 74, n° 1, 2014, p. 113.
- « Le droit au regroupement familial des époux homosexuels consacré par la Cour de justice de l'Union européenne », *JCP G*, n° 30-35, 23 juill. 2018, p. 874.

WINTEMUTE R.

- « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée », in D. Borillo et D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 162 et s.

**JURISCLASSEURS, ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES ET
RÉPERTOIRES**

ANCEL B.

- « Qualification », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 1998 (mise à jour : mars 2009).
- « Conflits de lois dans le temps », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 2000 (mise à jour : oct. 2013).

AUDIT B.

- « Fraude à la loi », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 535, 5 sept. 2016.

AUTIN J.-L.

- « Autorités administratives indépendantes », *J.-Cl. Droit administratif*, Fasc. n° 75, 20 juill. 2010 (mise à jour par E. Breen : 4 oct. 2019).

AZAVANT M.

- « Famille », *Répertoire de droit européen Dalloz*, oct. 2017 (mise à jour : avr. 2019).

BARRIERE-BROUSSE I.

- « Mariage : conditions de fond », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 546-10, 13 févr. 2015.

- « Mariage : conditions de forme », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 546-20, 15 mai 2015.

BEN HADJ YAHIA S.

- « Concubinage », *Répertoire de droit civil Dalloz*, oct. 2016 (mise à jour : déc. 2019).

BENOIT ROHMER F.

- « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *J.-Cl. Libertés*, Fasc. n° 330, 1^{er} juill. 2010.

BERGE J.-S., PORCHERON D. et VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA G.

- « Droit international privé et droit de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen Dalloz*, avr. 2017.

BIDAUD-GARON C.

- « Etat civil. - Autorités compétentes. - Loi applicable. - Réception des actes étrangers en France », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 544, 15 févr. 2008.

BINET J.-R.

- « Présentation générale de la loi relative à la bioéthique », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 5, 11 juin 2012 (mise à jour : 10 déc. 2014).
- « Protection de la personne – Principes », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 10, 4 déc. 2015.
- « Protection de la personne – Le corps humain », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 12, 11 déc. 2015 (mise à jour : 24 juin 2016).

BONFILS P. et GREGOIRE L.

- « Atteintes à la filiation », *J.-Cl. Pénal Code*, Fasc. n° 20, 28 juill. 2016.

BOURDELOIS B.

- « Mariage », *Répertoire de droit international Dalloz*, oct. 2019.

BOUREL P., MUIR WATT H. et GALLANT E.

- « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 10, 21 sept. 2006 (mise à jour : 4 juin 2013).

BUFFELAN-LANORE Y.

- « Domicile, demeure et logement familial », *Répertoire de droit civil Dalloz*, juin 2014 (mise à jour : déc. 2019).

DERRUPPE J.

- « Etude théorique du renvoi », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 532-1, 1^{er} nov. 1993.

DERRUPPE J. et AGOSTINI E.

- « Le renvoi dans la jurisprudence française », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 532-2, 1^{er} mai 1994.

DEVERS A.

- « Nom », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 542, 14 oct. 2008.
- « Couple non marié », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 546-60, 9 déc. 2010 (mise à jour par G. Kessler le 16 févr. 2018).

DREIFUSS-NETTER F.

- « Législations spécifiques. Ethique et biotechnologies - Assistance médicale à la procréation », *FM Litec Droit médical et hospitalier*, Fasc. n° 33, 5 févr. 2008.

FADLALLAH I.

- « Statut personnel », *Répertoire droit international Dalloz*, sept. 2003 (mise à jour : sept. 2011).

FERNANDEZ ARROYO D. P.

- « Espagne – Droit international privé », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. n° 3, 30 avr. 2009 (mise à jour : 3 mai 2009).

FOHRER-DEDEURWAERDER E.

- « Conflit de lois. – Loi étrangère devant les juridictions françaises. – Application d'office de la règle de conflit de lois. – Établissement d'office du contenu de la loi étrangère », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 539-10, 14 déc. 2010.
- « Qualification en droit international privé », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 531, 17 août 2015.

FOYER J.

- « Adoption », *Répertoire de droit international Dalloz*, sept. 2003 (mise à jour : mai 2020).
- « Filiation », *Répertoire de droit international Dalloz*, juill. 2015 (mise à jour : juill. 2020).

FOYER J. et COURBE P.

- « Conflits mobiles », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 533-2, 19 févr. 2015.

FRANDESCAKIS Ph.

- « Conflits de lois (principes généraux) », *Répertoire de droit international Dalloz*, 1^{ère} éd., 1968.

GALLANT E.

- « Règlement Bruxelles II bis : compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et de responsabilité parentale », *Répertoire de droit international Dalloz*, janv. 2013 (mise à jour : déc. 2019).
- « Autorité parentale – Loi applicable », *J.-Cl. Droit international*, 3 sept. 2014 (mise à jour : 17 nov. 2015).
- « Capacité », *Répertoire de droit international Dalloz*, sept. 2015.

GALLMEISTER I.

- « État et capacité des personnes », *Répertoire de droit civil Dalloz*, juin 2016 (mise à jour : déc. 2019).

GARCIA RUBIO M.-P. et LLAMAS POMBO E.

- « Espagne. Droit civil. Statut personnel. Mariage. Divorce et séparation. Régimes matrimoniaux. Filiation. Obligations alimentaires », *J.-Cl. Droit comparé*, 3 mars 2009.

GAUDEMET-TALLON H.

- « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *Répertoire de droit international Dalloz*, mars 2019 (mise à jour : juin 2020).

GAUTHIER P.-Y.

- « Union libre », *Répertoire droit international Dalloz*, 2^{ème} éd., 1998.

GODECHOT-PATRIS S.

- « Adoption. – Conflit de lois », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 548-30, 1^{er} mars 2017.
- « Adoption. - Agrément. - Conflits de juridictions. - Convention de La Haye », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 548-40, juill. 2017.
- « Etablissement de la filiation : détermination des règles de conflit », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 548-10, 1^{er} oct. 2018.

GUILLAUME J.

- « Renvoi – Mécanisme du renvoi », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 532-10, 2 févr. 2013.
- « Ordre public international. – Notion d'ordre public international », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 534-10, 2 mai 2018.
- « Ordre public international. – Intervention de l'ordre public international », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 534-20, 30 mai 2018.

HAMMJE P.

- « Domicile », *Répertoire de droit international Dalloz*, sept. 2003 (mise à jour : oct. 2013).

HERZOG P.

- « Etats-Unis d'Amérique. - Mariage, divorce, régimes matrimoniaux. – Filiation. - Droit international privé », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. n° 1, 24 janv. 2010.

HUBERT L.-D., AUVOLAT G. et BRUNEL P.

- « Actes de l'état civil - État civil des étrangers en France », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 10, 10 mars 2010.

HUET A.

- « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale - Efficacité substantielle et autorité de chose jugée », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 584-35, 14 nov. 2015.

ILIOPOULOU-PENOT A.

- « Conv. EDH, art. 14 : Non-discrimination », *Répertoire de droit européen Dalloz*, oct. 2018 (mise à jour : avr. 2020).

JOSSELIN-GALL M.

- « Bioéthique », *Répertoire de droit international Dalloz*, oct. 2011 (mise à jour : févr. 2020).

KESSLER G.

- « Partenariat enregistré et union libre », *Répertoire de droit international Dalloz*, juill. 2019.

LABRUSSE-RIOU C.

- « Filiation : généralités », *Répertoire de droit civil Dalloz*, sept. 2009 (mise à jour : mars 2020).

LAGARDE P.

- « Ordre public », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 1998 (mise à jour : mai 2020).
- « Nationalité », *Répertoire de droit international Dalloz*, juin 2013 (mise à jour : juill. 2020).

LAMARCHE M. et LEMOULAND J.-J.

- « Mariage : conditions de formation », *Répertoire de droit civil Dalloz*, janv. 2014 (mise à jour : mai 2020).

LANGÉ V. et MARIUS HEGGBERGET L.

- « Norvège », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. unique, 1^{er} juill. 2000 (mise à jour : 21 mai 2008).

LATIL C.

- « Lois de police », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 552-100, 2 sept. 2019.

LAUNOY G.

- « Actes de l'état civil - Actes de mariage - Célébration du mariage. Rédaction de l'acte. Formalités postérieures », *J.-Cl. Civil code*, Fasc. unique, 1^{er} nov. 2013 (mise à jour : 31 août 2017).

LEMOULAND J.-J.

- « Famille », *Répertoire de droit civil Dalloz*, sept. 2015 (mise à jour : déc. 2019).

LENTI L. et ROMA U.

- « Italie – Mariage et dissolution », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. n° 2, 1^{er} juin 2007.

LEQUETTE Y.

- « Renvoi », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 1998 (mise à jour : mars 2009).

LINDEN B.

- « Suède », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. unique, 1^{er} sept. 1997 (mise à jour : 4 avr. 2018).

MARGUENAUD J.-P.

- « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », *Répertoire de droit européen Dalloz*, oct. 2017 (mise à jour : juin 2020).

MATUTANO E.

- « Défenseur des droits », *J.-Cl. Droit administratif*, Fasc. n° 77, 5 juill. 2018.

MAYER P.

- « Lois de police », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 1998 (mise à jour : mars 2009).

MILLARD E.

- « Protection de la vie familiale », *J.-Cl. Libertés*, Fasc. n° 1200, 16 juin 2007 (mise à jour : 6 mars 2008).

MURAT P.

- « Respect et protection du corps humain - Assistance médicale à la procréation - Accès », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 40, 30 juin 2012 (mise à jour : 29 juin 2016).

NEIRINCK C.

- « Filiation adoptive. – Généralités », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 10, 5 déc. 2002 (mise à jour : 15 avr. 2011).
- « Enfance », *Répertoire de droit civil Dalloz*, oct. 2016 (mise à jour : déc. 2019).
- « Autorité parentale. Délégation », *J.-Cl. Civil code*, Fasc. n° 30, 26 janv. 2018.

PENNEAU J. et TERRIER E.

- « Corps humain - Bioéthique », *Répertoire de droit civil Dalloz*, juill. 2019 (mise à jour : déc. 2019).

PETIT B. et FAVIER Y.

- « Domicile. - Notion. Fonction », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 10, 4 déc. 2018.

RAJCEVIC T.

- « Serbie », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. unique : Serbie, 2 avr. 2019.

RALSER E.

- « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 543-10, 5 déc. 2016 (mise à jour : 27 sept. 2017).

REBOUL J. W. et SOMMER E.

- « Etats-Unis d'Amérique – Trusts – Successions - Conflits de lois », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. n° 2, 1^{er} avr. 1997 (mise à jour : 15 nov. 2007).

REVILLARD M.

- « Adoption. - Adoption internationale », *J.-Cl. Notarial formulaire*, Fasc. n° 100, 15 déc. 1995.
- « Consul : attributions », *Répertoire de droit international Dalloz*, janv. 2006 (mise à jour : mai 2018).
- « Actes de l'état civil », *Répertoire de droit international Dalloz*, sept. 2020.
- « Partenariats enregistrés », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. n° 546-70, 30 juin 2015.

ROSOUX H.

- « Testament », *Répertoire de droit international Dalloz*, juin 2014 (mise à jour : sept. 2018).

SALVIA M. (de)

- « Convention européenne des droits de l'Homme - Recours individuel - Compétence de la Cour européenne et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe », *J.-Cl. Procédure pénale*, Fasc. n° 10, 5 févr. 2008.

SUDRE F.

- « Convention européenne des droits de l'Homme - Caractères généraux », *J.-Cl. Europe traité*, Fasc. n° 6500, 29 févr. 2016.
- « Convention européenne des droits de l'Homme – Droits garantis – Droit au respect de la vie privée et familiale – Principes directeurs – Protection de la vie privée », *J.-Cl. Europe traité*, Fasc. n° 6524, 13 déc. 2018.
- « Convention européenne des droits de l'Homme - Droits garantis - Droit de propriété et droit à la non-discrimination », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. n° 6523, 27 janv. 2019.

SUDRE F. et SURREL H.

- « Droits de l'Homme », *Répertoire de Droit international Dalloz*, juill. 2017 (mise à jour : avr. 2020).

SZYMCZAK D.

- « Convention européenne des droits de l'homme : application interne », *Répertoire de droit européen Dalloz*, juill. 2017.

VAN LOON H.

- « Conférence de La Haye de droit international privé », *Répertoire de droit international Dalloz*, janv. 2011 (mise à jour : sept. 2018).

VAREILLES-SOMMIERES P. (de)

- « Fraude à la loi », *Répertoire de droit international Dalloz*, déc. 1998 (mise à jour : mars 2009).

ZUPANCIC K. et NOVAK B.

- « Introduction au droit de la famille, au droit successoral et au droit international slovène », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. unique : Slovénie, 31 janv. 2002.

RAPPORTS, ÉTUDES, AVIS ET STATISTIQUES

- Assemblée nationale

AN, *Compte rendu intégral*, 3^{ème} séance du 14 avr. 1994, par J.-F. Mattéi, *JOAN CR*, n° 18, 1994, p. 858.

AN, *Rapport n° 1578 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi n° 1554, modifiée par le Sénat, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, par E. Blanc, 1^{er} avr. 2009.

AN, *Rapport d'information n° 2235 fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, 20 janv. 2010, p. 46 et s. Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2235-t1.pdf>.

AN, *Rapport n° 628 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 344), ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, par E. Binet, 17 janv. 2013, p. 94.

AN, *Compte rendu intégral*, 2^{ème} séance du 16 juin 2016, p. 4477. Disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cri/2015-2016/20160218.pdf>.

- **CCNE**

CCNE, *Avis n° 3 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle*, 23 oct. 1984. Disponible sur : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis003.pdf>.

CCNE, *Avis n° 42 sur l'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation*, 30 mars 1994. Disponible sur : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis042.pdf>.

CCNE, *Avis n° 69 sur l'assistance médicale à la procréation chez les couples présentant un risque de transmissions virales - réflexions sur les responsabilités*, 8 nov. 2001. Disponible sur : <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/lassistance-medicale-la-procreation-chez-les-couples-presentant-un-risque-de>.

CCNE, *Avis n° 110 sur les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*, 1^{er} avr. 2010, p. 17. Disponible sur : <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/problemes-ethiques-souleves-par-la-gestation-pour-autrui-gpa>.

CCNE, *Avis n° 126 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, 15 juin 2017. Disponible sur : <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/avis-du-ccne-du-15-juin-2017-sur-les-demandes-societales-de-recours-lassistance>.

CCNE, *Avis n° 129 - Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, 18 sept. 2018. Disponible sur : https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/avis_129_vf.pdf.

- **Conseil de l'Europe**

Conseil de l'Europe, A.P., *Proposition de recommandation relative à la protection des homosexuels*, Documents, vol. 7, Doc. 4436, 9 oct. 1979.

Conseil de l'Europe, A.P., 33^{ème} session, partie 2, *Recommandation 924 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels*, Textes adoptés, vol. II, (1981).

Conseil de l'Europe, A.P., 33^{ème} session, partie 2, *Résolution 756 (1981) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels*, Textes adoptés, vol. II (1981).

Conseil de l'Europe, A.P., *Rapport sur la discrimination à l'égard des homosexuels*, Documents, vol. 3, Doc 4755, 1^{er} oct. 1981.

Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, n° 8. Disponible sur : https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_FRA.pdf.

- **HCCH**

HCCH, *Statut de la conférence de La Haye de droit international privé*, 15 juill. 1955, art. 1^{er}. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/d127c579-fc90-468b-9477-165425b32642.pdf>.

HCCH, *Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger*, par J.H.A Van Loon, Document préliminaire n°1, avr. 1990, p. 16.

HCCH, *Notes sur les développements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés*, Document préliminaire n° 11, mars 2008.

HCCH, *Conclusions et Recommandations adoptées le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence*, avr. 2010, p. 4. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/e1141a51-3574-455a-bf80-7feb675b6608.pdf>.

HCCH, *Doc. prélim. n° 11 sur les questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution*, mars 2011, p. 4.

HCCH, *Rapport préliminaire n° 10 sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, note établie par le bureau permanent*, mars 2012, p. 25. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/b4114840-8e21-4f34-b054-43fe4c01ab32.pdf>.

HCCH, *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, Document préliminaire n° 3 C, mars 2014, p. 60 et s.

HCCH, *Rapport préliminaire n° 3 de la réunion de février 2016 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (1^{ère} réunion)*, févr. 2016. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/abf15fe3-18dc-4155-867b-2aaefe5016ed.pdf>.

HCCH, *Rapport préliminaire n° 2 de la réunion de janvier/février 2017 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (2^{ème} réunion)*, févr. 2017. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/ce13b60f-3f0d-4422-bdb6-c71a914e9793.pdf>.

HCCH, *Rapport préliminaire n° 2 de la réunion de février 2018 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (3^{ème} réunion)*, févr. 2018. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/818e3e4c-7da0-4368-9e3d-b6a43c579aae.pdf>.

HCCH, *Rapport de la réunion de septembre 2018 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (4^{ème} réunion)*, sept. 2018. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/11e0ad25-f242-45e7-9f58-db0d4ef0adf6.pdf>.

HCCH, *Rapport de la réunion de janvier/février 2019 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (5^{ème} réunion)*, févr. 2019. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/e5e9932e-c4b3-4192-aff9-896430c5700b.pdf>.

HCCH, *Rapport de la réunion de octobre/novembre 2019 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (6^{ème} réunion)*, nov. 2019. Disponible sur : <https://assets.hcch.net/docs/9bd0fd0e-e78e-48fd-907f-a06bb011b992.pdf>.

- **Sénat**

Sénat, *L'assistance médicale à la procréation et la recherche sur l'embryon, Série législation comparée*, n° LC 75, mai 2000. Disponible sur : <https://www.senat.fr/europe/lc75.pdf>.

Sénat, *La gestation pour autrui*, Législation comparée, n° 182, 30 janv. 2008, p. 21.

Sénat, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, n° 421, 25 juin 2008, p. 5 et s.

Sénat, *Rapport d'information n° 421 fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui*, 25 juin 2008, p. 10. Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.pdf>.

Sénat, *Avis n° 435 présenté au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, par M. Meunier, 20 mars 2013, p. 51.

Sénat, *Rapport d'information n° 409 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA)*, 17 févr. 2016. p. 53. Disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/r15-409/r15-4091.pdf>.

- **Autres références**

Académie nationale de médecine, *Rapport sur le projet de loi relatif à la bioéthique*, 18 sept. 2019. Disponible sur : <http://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/2019/09/Rapport-sur-le-projet-de-loi-relatif-a%CC%80-la-bioe%CC%81thique-2019-09-ANM.pdf>.

BOURASSA FORCIER M. et SAVARD A.-M. « Programme québécois de procréation médicalement assistée Perspective de droit comparé et de droits de la personne », *Groupe de recherche en droit et politiques de la santé*, Université de Sherbrooke, 30 août 2013. Disponible sur https://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2014/Procreation_assistee/Rapport_Bourassa_Savard.pdf.

CARROLL A. et MENDOS L.R. *Homophobie d'État - Une enquête mondiale sur le droit à l'orientation sexuelle : criminalisation, protection et reconnaissance*, Genève, ILGA, mai 2017, 12^{ème} éd. Disponible sur : https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_French.pdf.

CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, La documentation française. Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/>.

CIEC, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant Etats membres de la CIEC*, par F. Granet, févr. 2014. Disponible sur : <http://www.ciecl.org>.

CNCDH, *Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation*, 20 nov. 2018. Disponible sur : <https://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-lassistance-medecale-la-procreation>.

CNE, *PMA, GPA, accouchement anonyme : autant de défis éthiques pour la société*, avis n° 26, 10. nov. 2015. Disponible sur : <https://cne.public.lu>.

Compte rendu du Conseil des ministres du 20 déc. 2017. Disponible sur : <https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-12-20/sauvegarde-des-droits-de-l-homme-et-deslibertes-fondamental>.

Défenseur des droits, *Avis n° 15-18 relatif à l'assistance médicale à la procréation et à la gestation pour autrui*, 3 juill. 2015. Disponible sur : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=12978.

GEDIP, *Compte-rendu des séances de travail, Ténérife*, 17-19 septembre 2004. Disponible sur : <https://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-14t-fr.html>.

HCEfh, *Contribution au débat sur l'accès à la PMA*, Avis n° 2015-07-01-SAN-17, 26 mai 2015. Disponible sur : http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce_avis_no2015-07-01-san-17-2.pdf.

Ministère des affaires étrangères, *Statistiques de l'adoption internationale*. Consultables sur : <https://www.agence-adoption.fr/le-paysage-de-ladoption-internationale/les-statistiques/>.

Organisation internationale *Human Rights Watch*, « L'audace face à l'adversité - Activisme en faveur des droits LGBT au Moyen-Orient et en Afrique du Nord », avr. 2018. Disponible sur : <http://www.hrw.org/fr>.

Rapport annuel de la Cour de cassation sur l'ordre public, 2013. Disponible sur : https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_de_cassation_rapport_2013.pdf.

Rapport au Garde des sceaux, « Renover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », *La documentation française*, sept. 1999.

THERY I. et LEROYER A.-M. *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014.

VERSINI D. « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités - Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui », *Rapport annuel du défenseur des enfants*, 2006. Disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/064000826.pdf>.

SITES INTERNET

<https://en-marche.fr/emmanuel-macron/le-programme/familles-et-societe>
<https://la1ere.francetvinfo.fr/2013/10/24/pas-d-adoption-pour-les-couples-homosexuels-francais-en-haiti-79929.html>
<https://www.agence-adoption.fr/informer-conseiller-accompagner>.
<https://www.apgl.fr/apgl-asso>
<https://www.coe.int/fr/web/portal/47-members-states>
<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/la-mission-de-l-adoption-internationale/>
<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/le-processus-de-l-adoption-internationale/le-choix-du-pays-d-origine/>
<https://www.hcch.net/fr/states/hcch-members>
<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2656612#consulter>
<https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303338?sommaire=3353488>
<https://www.touteurope.eu/actualite/le-mariage-homosexuel-en-europe.html>
<https://gouvernement.lu>
<https://www.chd.lu>
<http://www.senat.fr>
<http://www.assemblee-nationale.fr>
<https://www.hcch.net>

JURISPRUDENCE

- Jurisprudence française

○ Tribunal correctionnel

T. corr. Bordeaux, 1^{er} juill. 2015, *AJ fam.*, 2015, p. 433, note A. Dionisi-Peyrusse.

○ Tribunal administratif

TA Paris, 25 janv. 1995, *LPA* 30 juin 1995, n° 78, p. 20 ; *D.* 1995, II, p. 647.

TA Besançon, 12 nov. 2009, n° 0900299, *RTD civ.* 2010, p. 95, obs. J. Hauser ; *D.* 2009, p. 2807, obs. S. Lavric ; *Dr. fam.* 2010, comm. 5, obs. P. Murat.

TA Toulouse, 2 juill. 2018, n° 1802013 QPC, *D. actualité* 30 juill. 2018, T. Coustet ; *AJ fam.* 2018, p. 423 ; *Dr. fam.* 2018, n° 9, p. 53, obs. J.-R. Binet.

○ Tribunal de grande instance

TGI Lyon, 28 nov. 1975, *JDI* 1976, p.675, note D. Mayer ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 477, note P. Lagarde.

TGI Paris, 1^{er} mars 1977, *Rev. crit. DIP* 1978, p. 110, note Y. Lequette ; *D.* 1978, p. 63, concl. Paire.

TGI Paris, 18 nov. 1980, *JCP G* 1981, II, 19540, note D. Huet-Weiller et A. Huet ; *D.* 1981, p. 80, note P. Raynaud ; *Rev. crit DIP* 1981, p. 673, note B. Ancel ; *RTD civ.* 1981, p. 376, obs. R. Nerson.

TGI Paris, 2 juill. 1982, *JDI* 1983, p. 374, note A. Huet ; *D.* 1983, p. 200, note B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 461, note M. Santa-Croce.

TGI Paris, 21 nov. 1983, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 628, note P. Lagarde.

TGI Grenoble, 18 mars 1985, *JDI* 1986, p. 1014, note G. Légier.

TGI Paris, 30 avr. 1985, *Rev. crit DIP* 1986, p. 313, note Y. Lequette.

TGI Aix-en-Provence, 26 sept. 1997, *Dr. fam.* 1998, comm. 128, note H. Fulchiron.

TGI Paris, 4 mai 1998, n° 04-05-1998, *D.* 1999, p. 15, note E. Poisson-Drocourt.

TGI Metz, 17 mai 2001, *Dr. et patri.* 2002, p. 115, obs. F. Monéger.

TGI Paris, 27 juin 2001, n° 01/03298, *D.* 2003, Somm. 1941, obs. J.-J. Lemouland, *D.* 2003, p. 655, note C. Desnoyer ; *RTD civ.* 2002, p. 84, obs. J. Hauser ; *JCP* 2002, I, 101, n° 9, obs. J. Rubellin-Devichi ; *Dr. fam.* 2001, comm. 116, note P. Murat.

TGI Paris, 18 juin 2003, n° 02/11617.

TGI Nice, 8 juill. 2003, n° 03/00318, *JCP* 2005. I. 116, obs. J. Rubellin-Devichi ; *AJ fam.* 2004, p. 453, obs. F. Chénéde.

TGI Versailles, 6 avr. 2004, n° 03/07944, *Dr. fam.* 2004, comm. 199, P. Murat.

TGI Nice, 7 avr. 2004, n° 03/06009, *JCP* 2005. I. 116, obs. J. Rubellin-Devichi ; *AJ fam.* 2004, p. 453, obs. F. Chénéde.

TGI Nice, 30 juin 2004, n° 03/06007, *JCP* 2005. I. 116, obs. J. Rubellin-Devichi ; *AJ fam.* 2004, p. 453, obs. F. Chénéde.

TGI Paris, 2 juill. 2004, n° 04/33358, *Dr. fam.* 2005, n° 4, note P. Murat ; *RTD civ.* 2005, p. 116, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2004, p. 361, obs. F. Chénéde.

TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, *D.* 2004, p. 2392, note E. Agostini et somm. p. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; *JCP G* 2004, II, 10169, note G. Kessler ; *Gaz. Pal.* 2004, p. 3250, note G. de Geouffre de La Pradelle ; *RTD civ.* 2004, p. 719, obs. J. Hauser.

TGI Créteil, ord., 30 sept. 2004, *D.* 2005, p. 476, note V. Depadt-Sebag.

TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, n° 05/3055, *AJ fam.* 2006, p. 245, obs. F. Chénéde ; *RJPF* 2006-9/41, note C. Mécarry.

TGI Paris, 23 mai 2007, n° 06/07476, *Gaz. Pal.* 2007, n° 249, p. 10, note G. de Geouffre de La Pradelle.

TGI Lille, 11 déc. 2007, n° 06-05918, *Dr. fam.* 2008, n° 58, note P. Murat ; *AJ fam.* 2008, p. 119, obs. F. Chénéde.

TGI Lille, 18 déc. 2007, n° 06/06114, *Dr. fam.* 2008, comm. 59, obs. P. Murat.

TGI Grenoble, 28 janv. 2008, n° 07/04889, *AJ fam.* 2008, p. 476, obs. F. Chénéde ; *D.* 2009, p. 773, note F. Granet-Lambrechts.

TGI Paris, 18 sept. 2009, n° 09/34715, *AJ fam.* 2009, p. 490, obs. F. Chénéde.

TGI Paris, 27 janv. 2010, n° 09/04305.

TGI Nanterre, 30 août 2011, n° 11/04363.

TGI Bayonne, 26 oct. 2011, n° 11/00950, *AJ fam.* 2011, p. 604 et 605, obs. A. Mirkovic ; *RTD civ.* 2012, p. 111, obs. J. Hauser.

TGI Chambéry, 11 oct. 2013, n° 13/01631, *D.* 2013, p. 2576, entretien H. Fulchiron ; *D.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2013, p. 720, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2014, p. 89, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2013, 1159, veille A. Devers.

TGI Lille, 14 oct. 2013, *Dr. fam.* 2014, n° 4, obs. C. Neirinck ; *D.* 2014, p. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts.

TGI Versailles, 29 avr. 2014, n°^s 13/00113 et 13/00168, *D. actualité* 9 mai 2014, obs. T. Coustet ; *D.* 2014, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2014, p. 368, obs. C. Mécaré ; *AJ fam.* 2014, p. 267, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2014, comm. 14, note P. Reigné ; *Rev. crit. DIP* 2014, p. 619, note S. Bollée ; *RTD civ.* 2014, p. 637, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2014, repère 7, obs. C. Neirinck.

TGI Avignon, 19 juin 2014, n° 14/00666, *D. actualité* 3 juill. 2014, obs. T. Coustet ; *AJ fam.* 2014, p. 431, obs. F. Berdeaux-Cacogne.

TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, n° 14/01472, *D.* 2014, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

TGI Poitiers, 23 juin 2014, *D. actualité* 3 juill. 2014, obs. T. Coustet.

TGI Nanterre, 8 juill. 2014, n°^s 13/14803 et 13/14804, *D.* 2014, p. 1669, note P. Reigné.

TGI Cahors, 12 juin 2015, n° 15/00122, *AJ fam.* 2015, p. 486, obs. F. Berdeaux-Gacogne.

TGI Grasse, 11 avr. 2017, n° 16/04706.

TGI Évry, 4 sept. 2017, n° 16/06684, *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2017, p. 588, obs. F. Berdeaux.

TGI Évry, 9 sept. 2017, n° 16/06684.

TGI Paris, 13 sept. 2017, n° 16/15066.

TGI Évry, 2 oct. 2017, n° 17/01775.

TGI Paris, 4 avr. 2018, n° 18/32366.

TGI Carcassonne, 26 juin 2018, n° 18/00176.

○ Cour d'appel

CA Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, S. 1814, 2, p. 393, *GADIP*, n° 1.

CA Pau, 29 déc. 1925, *Gaz. Pal.* 1926, 1, p. 363.

CA Paris, 13 mars 1954, *JDI* 1954, p. 954, note J.-B. Sialelli.

CA Paris, 18 juin 1964, *Gunzbourg*, *JDI* 1964, p. 810, note J.-D. Bredin ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note Déprez.

CA Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane*, *JDI* 1966, p. 118, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 85, note P. Lagarde ; *RTD com.* 1967, p. 332, note Y. Loussouarn.

CA Aix, 8 mai 1967, *JCP G* 1968, II, 15352.

CA Paris, 1^{er} nov. 1967, *Rev. crit. DIP* 1970, p. 293, note E. Poisson-Drocourt.

CA Paris, 1^{er} juill. 1970, *Rev. crit. DIP* 1970, p. 718, note J. Foyer.

CA Paris, 11 mai 1976, *Kostia de D.*, *D.* 1976, p. 633, note J. Massip ; *Rev. crit. DIP* 1977, p. 109, note I. Fadlallah ; *JDI* 1977, p. 656, note J. Foyer.

CA Paris, 8 déc. 1977, *Rev. crit. DIP* 1978, p. 684, note J. Foyer ; *D.* 1978, p. 235, note E. Poisson-Drocourt.

CA Lyon, 31 oct. 1979, *D.* 1980, p. 332, note B. Audit ; *JDI* 1981, p. 54, note J. Foyer ; *Rev. crit. DIP* 1980, p. 558, note B. Ancel.

CA Montpellier, 8 janv. 1982, *D.* 1983, p. 607, note O. Dhavernas.

CA Paris, 8 juill. 1983, *D.* 1983, p. 503, note B. Audit.

CA Aix-en-Provence, 29 avr. 1988, *JCP G* 1989, II, 21191, note P. Pédrot.

CA Paris, 15 juin 1990, *D.* 1990, p. 540, note F. Boulanger ; *JDI* 1990, p. 982, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, note C. Labrusse-Riou.

CA Paris, 14 janv. 1994, *D.* 1994, somm. p. 375, obs. B. Audit. V. également : CA Paris, 7 juin 1994, *D.* 1994, inf. rap. p. 177.

CA Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996, p. 156, note F. Boulanger ; *D.* 1996, somm. P. 174, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 41, note P. Gannagé.

CA Paris, 27 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 732, note H. Muir Watt.

CA Paris, 11 déc. 1997, *JurisData* n° 1997-024808.

CA Nancy, 5 févr. 1999, *JurisData* n° 1999-106010.

CA Rennes, 29 mai 2000, n° 98-03537.

CA Basse-Terre, 26 juin 2000, *JurisData* n° 2000-149836.

CA Dijon, 29 nov. 2000, *JurisData* n° 2000-142061.

CA Paris, 7 févr. 2002, *JCP G* 2002, IV, 1854.

CA Rennes, 20 mars 2000, n° 99-05079.

CA Pau, 27 nov. 2000, n° 99-02175.

CA Lyon, 7 mai 2002, n° 01-04102.

CA Paris, 27 juin 2002.

CA Metz, 4 févr. 2003, n° 01/01868.

CA Metz, 4 févr. 2003, n° 01/01869, *RJPF* 2004-1/33, obs. M.-Ch. Le Boursicot.

CA Paris, 25 sept. 2003, *JurisData* n° 2003-226986.

CA Amiens, 19 nov. 2003, n° 03/00633.

CA Amiens, 5 mai 2004, n° 03/4374, *Dr. fam.* 2005, comm. 199, note M. Farge.

CA Aix-en-Provence, 18 nov. 2004, *Gaz. Pal.* 14-15, janv. 2005, p. 20, note Ph. Guez ; *JDI* 2005, p. 801, note A. Richez-Pons.

CA Reims, 2 déc. 2004, n° 04/01178 ; CA Aix-en-Provence, 24 oct. 2006, n° 05/19774, *JCP G* 2007, II, 10073, note R. Verdout.

CA Rennes, 17 janv. 2006, n° 04/03013.

CA Paris, 5 mai 2006, n° 03/41602, *AJ fam.* 2006, p. 333, obs. F. Chénéde.

CA Paris, 8 juin 2006, n° 05/10191, *RJPF* 2006-10/24, obs. M.-Ch. Le Boursicot.

CA Riom, 27 juin 2006, n° 06/00793, *Dr. fam.* 2006, comm. 204, note P. Murat ; *RJPF* 2006-9/41, note C. Mécary ; *RTD civ.* 2007, p. 100, obs. J. Hauser.

CA Paris, 5 oct. 2006, n° 06/06275.

CA Paris, 26 oct. 2006.

CA Amiens, 14 févr. 2007, n° 06/03761, *RTD civ.* 2007, p. 97, obs. J. Hauser.

CA Paris, 25 oct. 2007, n° 06/00507, *D.* 2007, p. 2953, obs. F. Luxembourg ; *JDI* 2008, p. 145, note G. Cuniberti ; *AJ fam.* 2007, p. 478, obs. F. Chénéde.

CA Dijon, 8 févr. 2008, n° 08-00011.

CA Paris, 9 oct. 2008, n° 07/12218, *AJ fam.* 2008, p. 475, obs. F. Chénéde ; *D.* 2009, p. 773, note F. Granet-Lambrechts.

CA Rennes, 28 avr. 2009, n° 07/00522.

CA Douai, 14 sept. 2009, n° 07/02201, *D.* 2009, p. 2845, note A. Mirkovic ; *RTD civ.* 2010, p. 96, obs. J. Hauser.

CA Paris, 18 déc. 2010, n° 09/11017, *AJ fam.* 2010, p. 233, obs. F. Chénéde ; *D.* 2010, p. 1210, obs. V. Egéa ; *RTD civ.* 2010, p. 317, obs. J. Hauser.

CA Paris, 27 janv. 2011, n° 10/02614, *D.* 2011, pan. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2011, p. 151, obs. N. Nord.

CA Paris, 24 févr. 2011, n°^{os} 10/08810 et 10/08848, *D.* 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2011, p. 207, obs. N. Nord ; *Dr. fam.* 2011, comm. 87, note M. Farge.

CA Paris, 16 juin 2011, n° 10/22338.

CA Paris, 20 oct. 2011, n° 11/04042.

CA Paris, 20 oct. 2011, n° 10/11743.

CA Paris, 1^{er} déc. 2011, n° 11/06495, *AJ fam.* 2012, p. 146, note C. Siffrein-Blanc.

CA, Rennes, 10 janv. 2012, n° 11-01846.

CA Rennes, 6 mars 2012, n° 10/01683.

CA Nouméa, 25 juin 2012, n° 11/00579.

CA Rennes, 4 déc. 2012, n° 11/01403.

CA Rennes, 8 janv. 2013, n° 11/03093.

CA Chambéry, 22 oct. 2013, n° 13/02258, *Dr. fam.* 2013, comm. 158, J.-R. Binet ; *JCP G* 2013, 1159, note A. Devers ; *JCP G* 2013, 1233, note F. Boulanger ; *AJ fam.* 2013, p. 720, note A. Boiché ; *D.* 2013, p. 2576, entretien H. Fulchiron ; *D.* 2014, p. 1059, note H. Gaudemet-Tallon

et F. Jault-Seseke ; *D.* 2014, p. 1342, note J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *RTD civ.* 2014, p. 89, note J. Hauser.

CA Versailles, 20 mars 2014, n° 13/03655, *AJ fam.* 2014, p. 237, obs. B. Haftel ; *RTD civ.* 2014, p. 637, obs. J. Hauser.

CA Rennes, 15 avr. 2014, n° 13/01047, *AJ fam.* 2015, p. 313, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2016, p. 857, note F. Granet-Lambrechts.

CA Rennes, 27 mai 2014, n° 13/05163.

CA Douai, 19 juin 2014, n° 14/00806, *RJPF* 2014, n° 9, note I. Corpart.

CA Rennes, 24 juin 2014, n° 13/06168.

CA Rennes, 24 juin 2014, n° 13/05759.

CA Rennes, 16 déc. 2014, n° 13/08461, *AJ fam.* 2015, p. 313, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2016, p. 857, note F. Granet-Lambrechts.

CA Toulouse, 10 févr. 2015, n°s 14/02830, 14/01643, 14/01644, 14/01642, 14/02898, 14/02845 et 14/01645, *AJ fam.* 2015, p. 220, obs. P. Salvage-Gerest.

CA Limoges, 2 mars 2015, n° 14/01060.

CA Aix-en-Provence, 14 avr. 2015, n°s 14/13137 et 14/13183, *AJ fam.* 2015, p. 280, obs. F. Berdeaux-Gacogne.

CA Versailles, 16 avr. 2015, n°s 14/04253, 14/05360, 14/05368, 14/05363, 14/04245, 14/04243 et 14/04244.

CA Chambéry, 28 avr. 2015, n° 14/02523, *JCP* 2015, p. 708, zoom G. Kessler.

CA Paris, 11 juin 2015, n° 14/16347.

CA Rennes, 16 juin 2015, n° 14/02252.

CA Agen, 18 janv. 2016, n° 15/00850, *AJ fam.* 2016, p. 102, obs. F. Berdeaux-Gacogne.

CA Reims, 29 janv. 2016, n° 15/00088, *JCP G* 2016, p. 268, zoom J.-M. Despaquis.

CA Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057, *Dr. fam.* 2016, p. 137, comm. H. Fulchiron ; *JCP G* 2016, p. 423, note A. Mirkovic ; *RTD civ.* 2016, p. 335, note J. Hauser ; *D.* 2016, p. 783, obs. I. Gallmeister.

CA Paris, 8 sept. 2016, n° 15-18464.

CA Pau, 12 juill. 2017, n° 17/2960.

CA Paris, 30 janv. 2018, n° 16/20118, *Dr. fam.* 2018, n° 92, note H. Fulchiron ; *JCP* 2018, p. 345, note L. Lambert-Garrel et F. Vialla.

CA Paris, 18 sept. 2018, n°s 16/23402 et 16/23399, *AJ fam.* 2018, p. 616, note A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2018, n° 260, note H. Fulchiron.

CA Rennes, 18 nov. 2019, n° 18/04404, *AJ. fam.* 2019, p. 615, note A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2019, p. 2351, obs. L. de Saint-Pern.

CA Rennes, 25 nov. 2019, n°s 18/01155, 18/01497 et 18/01936, *AJ. fam.* 2020, p. 71, note A. Dionisi-Peyrusse.

○ Cour de cassation

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

Cass. civ., 3 janv. 1832, *S.* 1832, 1, p. 220.

Cass. civ., 12 juin 1838, *Jur. Gén.* 1855, t. XXXV, n° 633-2°, p. 379.

Cass. req., 2 juin 1855, *S.* 1856, 1, p. 20.

Cass. civ., 28 févr. 1860, *Bulkley c./ Defresne*, *D.* 1860, 1, p. 57 ; *S.* 1860, 1, p. 210, concl. Dupin ; *GADIP*, n° 4.

Cass. civ., 24 juin 1878, *Forgo*, *S.* 1878, 1, p. 429, note J.-E. Labbé ; *GADIP*, n° 7.

Cass. civ., 9 mai 1900, *Prince de Wrède c./ Dame Maldaner*, *S.* 1901. 1. 185 ; *JDI* 1900, p. 613 ; *GADIP*, n° 10.

Cass. req., 9 mars 1910, *Soulié*, *DP* 1912. 1. p. 262, rapp. Denis ; *S.* 1913. 1. 105, note E.A. ; *JDI* 1910, p. 888, *Rev. crit. DIP* 1910, p. 870.

Cass. req., 29 juin 1922, *DP* 1922, 1, p. 127.

Cass. civ., 5 févr. 1929, *Mancini*, *S.* 1930, 1, p. 181, note Audinet.

Cass. req., 3 mars 1930, *Hainard*, *S.* 1930, I, p. 377 note J.-P. Niboyet, *Rev. dr. int.* 1931, p. 329, note J.-P. Niboyet.

Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1938, *De marchi della Costa*, *Rev. crit. DIP* 1938, p. 472, note H. Batiffol ; *GADIP*, n° 16.

Cass. req., 7 nov. 1939, *Birchall*, *S.* 1942, 1, p. 73, note J.-P. Niboyet ; *JDI* 1940-1945, p. 107.

Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 1943, *Fayeulle*, *Rev. crit. DIP* 1926, p. 271.

Cass. civ., 22 mars 1944, *D.C.* 1944, p. 145, rapport et note P. Lerebours-Pigeonnière.

Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *S.* 1949. 1. 21, note J.-P. Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note H. Batiffol ; *JCP* 1948, II, 4532, note M. Vasseur ; *GADIP*, n° 19.

Cass. civ., 5 déc. 1949, *Verdier*, *JCP G* 1950, II, 5287, note G.-R. Delaume ; *JDI* 1950, p. 280, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP* 1950, p. 65, note H. Motulsky ; *GADIP*, n° 21.

Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 1951, *Weiller*, *Rev. crit. DIP* 1951, p. 167, note Ph. Francescakis ; *RTD civ.* 1951, p. 279, obs. P. Hébraud.

Cass. 1^{ère} civ., 19 févr. 1953, *Chemouni*, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 559, note D. Holleaux ; *JDI* 1963, p. 986, note A. Ponsard ; *Rec. Gén. Lois* 1963, p. 315, note G. Droz ; *GADIP*, n° 30-31.

Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, *Rev. crit. DIP*, 1953, p. 412, note H. Batiffol ; *JDI* 1953, p. 860, note R. Plaisant ; *JCP G* 1953, II, 7863, note J. Buchet ; *Rabels Zeitschrift* 1955, p. 520, note Ph. Francescakis ; *GADIP*, n° 26.

Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1955, *Lewandowski*, *Rev. crit. DIP*, 1955, p. 320, note H. Batiffol ; *JDI* 1956, p. 146, note B. Goldman ; *D.* 1955, p. 540, note M. Chavrier ; *JCP G* 1955, II, 8771, note A. Ponsard.

Cass. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Rev. crit. DIP* 1955, p. 723, note H. Batiffol ; *D.* 1956, p. 73, note Ph. Chavrier ; *Journal des juristes hellènes* 1956, p. 217, note Ph. Francescakis ; *GADIP*, n° 27.

Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 62, note H. Batiffol ; *JDI* 1960, p. 810, note J.-B. Sialelli ; *D.* 1960, p. 610, note Ph. Malaurie ; *JCP G* 1960, II, 11733, note H. Motulsky ; *GADIP*, n° 32.

Cass. Req., 3 mars 1960, *Hainard*, *S.* 1930, 1, p. 377, note J.-P. Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 1931, p. 329, note J.-P. Niboyet.

Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 1961, *D.* 1961, p. 349, note D. Holleaux ; *JDI* 1961, p. 1094, note B.G.

Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1961, *Tarwid*, *D.* 1961, p. 437, note G. Holleaux ; *Rev. crit. DIP* 1961, p. 547, note H. Batiffol ; *JDI* 1961, p. 734, note B. Goldman.

Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1963, *Patino*, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 532, note P. Lagarde ; *JDI* 1963, p. 1016, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1963. II. 13365, note H. Motulsky ; *GADIP*, n° 38.

Cass. 1^{ère} civ., 15 juill. 1963, *Bull. civ.* 1963, I, n° 392 ; *Rev. crit. DIP* 1964, p. 732.

Cass. 1^{ère} civ., 7 janv. 1964, *Munzer*, *JCP* 1964, I, 13590, note B. Ancel ; *Rev. crit. DIP* 1964, p. 344, note H. Batiffol ; *JDI* 1964, p. 302, note G. B. Goldman ; *GADIP*, n° 41.

Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1964, *JCP* 1965, II, 13978, concl. Lindon ; *Réc. gén. lois*, 1965, n° 311, obs. G. Droz.

Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 1967, *Bachir*, *D.* 1968, p. 95, note E. Mezger ; *JCP* 1968, II, 15634, note J.-B. Sialelli ; *GADIP*, n° 45.

Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 1968, *Kasapyan*, Bull. civ. I, n° 176 ; *Rev. crit. DIP* 1969, p. 59, note H. Battifol ; *GADIP*, n° 46.

Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 1969, *Lardans*, *D.* 1969, p. 294 ; *Rev. crit. DIP* 1969, p. 710, note J. Derrupé ; *JDI* 1969, p. 644, note A. Ponsard ; *JCP* 1970. II. 710, note J. Foyer.

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 1972, *Gouthertz*, n° 70-11.953, *Rev. crit. DIP* 1972, p. 644, note G. Wiederkehr ; *JDI* 1972, p. 594, note Ph. Kahn ; *JCP* 1972. II. 17096, concl. M. Gégout ; *Defrénois* 1972, p. 1033, note Ph. Malaurie ; *GADIP*, n° 51.

Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 1972, n° 71-13982, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 83, note D. Holleaux.

Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. 1974, *Durassow*, n° 73-13209, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 257, note A. Huet ; *Gaz. Pal.* 1974, p. 380, note J. Viatte ; *JCP G* 1974, II, 17834, note P. Aymond.

Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 1974, n° 72-12.196, Bull. civ. I, n° 145 ; *Rev. crit. DIP* 1975, p. 260, note M. Nisard ; *JDI* 1975, p. 298, note D. Alexandre.

Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, n° 73-13.556, *D.* 1975, p. 497, concl. Touffait ; *AJDA* 1975, p. 567, note Boulouis ; *JDI* 1975, p. 802, note D. Ruzié ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 347, note J. Foyer et D. Holleaux ; *JCP* 1975, II, 18180 bis, concl. Touffait.

Cass. crim., 3 juin 1975, *Respino*, n° 75-90.697, Bull. crim. 1975, n° 141, p. 382.

Cass. 1^{ère} civ., 15 juill. 1975, n° 74-11.731, Bull. civ. I, n° 237 ; *D.* 1976, p. 481, note E. S. de La Marnierre.

Cass. crim., 30 juin 1976, *Eisner, Glaser, Munoz-Rojo*, n° 75-93296, *D.* 1977, p. 1, note P. Coste-Floret.

Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 1977, *JDI* 1978, p. 587, note D. Alexandre ; *Rev. crit. DIP* 1979, p. 385, note Y. Loussouarn.

Cass. civ., 19 mars 1978, *Princesse de Bauffremont*, *S.* 1878, 1, p. 193, note M. Labbé ; *GADIP*, n° 6.

Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1979, n° 78-12.956, *JDI* 1980, p. 310, note B. Audit ; *D.* 1980, inf. rap. p. 333, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1980, p. 91, note H. Gaudemet-Tallon.

Cass. 1^{ère} civ., 18 nov. 1980, n° 79-12.995, Bull. civ. I, n° 295.

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} avr. 1981, *De Itturalde di Pedro*, n° 79-13.959, *JDI* 1981, p. 812, note D. Alexandre ; *D.* 1982, inf. rap. p. 69, obs. B. Audit ; *Defrénois* 1982, art. 32832, p. 353, note J. Massip.

Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1981, n° 80-14.808, Bull. civ. I, n° 365 ; *JCP G*, 1982, IV, 79 ; *D.* 1982, IR 95.

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 1982, *Baaziz*, n° 80-17.113, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 275, note Y. Lequette.

Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1982, *Zagha*, n° 81-12.611, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 300, note J.-M. Bischoff ; *JDI* 1983, p. 595, note R. Lehmann ; *D.* 1982, p. 151, obs. B. Audit ; *D.* 1983, p. 431, note E. Agostini

Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 1983, *Lafarge*, n° 82-11.290, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 346, note B. Ancel.

Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 1983, *Suhami*, n° 82-13.247, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 316, note B. Ancel.

Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1984, n° 83-12.665, *JDI* 1985, p. 906, note M. Simon-Depitre.

Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 1984, *Torlet*, n° 83-12897, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 533, note M. Simon-Depitre ; *JDI* 1985, p. 434, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1985, p. 459, note E. Poisson-Drocourt ; *Deffrénois* 1985, p. 1006, obs. J. Massip ; *GADIP*, n° 67.

Cass. Crim. 8 janv. 1985, n° 82-92.753, *Bull. crim.* n° 12, *JCP* 1986. II 20588, note G. Endréo ; *RTD civ.* 1991, p. 263, note G. Endréo.

Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 1985, *Simitch*, n° 83-11241, *JDI* 1985, p. 460, note A. Huet ; *D.* 1985, p. 469, note J. Massip ; *D.* 1985, inf. rap. p. 497, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 243, note Ph. Francescakis ; *GADIP*, n° 70.

Cass. crim., 13 oct. 1986, n° 86-94023, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 731, note M. Revillard.

Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1986, n°s 85-10183 et 85-10907, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 557, note É. Poisson-Drocourt ; *D.* 1987, p. 157, note J. Massip ; *JDI* 1987, p. 322, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD civ.* 1988, p. 715, note J. Rubellin-Devichi.

Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1987, *Leppert*, n° 85-12.693, *JCP G* 1989, II, 21209, note E. Agostini ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 695, note M. Simon-Depitre, *GADIP*, n° 73.

Cass. 1^{ère} civ., 21 juill. 1987, n° 84-14.354, *Bull. civ. I*, n° 240, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 329, note B. Ancel.

Cass. 1^{ère} civ., 6 juill. 1988, *Baaziz*, n° 85-12.743, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 71, note Y. Lequette.

Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1988, n° 87-11.568, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 495, note J. Foyer ; *JDI* 1989, p. 703, note F. Monéger ; *Deffrénois* 1989, art. 34464, n° 5, obs. J. Massip.

Cass. soc., 19 avr. 1989, n° 87-11330, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 92, note E. Poisson-Drocourt.

Cass. Soc., 11 juill. 1989, n° 86-10.665, *Bulletin* 1989, n° 514, *D.* 1990, p. 582, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 1990, p. 53, note J. Rubellin-Devichi ; *RTD civ.* 1991, p. 306, note J. Hauser.

Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1989, n° 88-15655, *D.* 1990, p. 273, rapp. J. Massip. ; *JCP G* 1990, II, n° 21526, note Sériaux ; *Deffrénois* 1990, p. 743, obs. Aubert ; *RTD civ.* 1990, p. 254, obs. J. Rubellin-Devichi.

Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1990, *Pistre*, n° 87-18955, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 519, note E. Poisson-Drocourt ; *JCP* 1991, II, 21365, note H. Muir Watt ; *D.* 1991, p. 105, note F. Boulanger ; *Gaz. Pal.* 1990, n° 2, p. 481, note B. Sturlèse, *Defrénois* 1990, p. 961, obs. J. Massip ; *GADIP*, n° 68.

Cass. 1^{ère} civ., 14 févr. 1990, n° 88-16395, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 129, note E. Poisson-Drocourt ; *Defrénois* 1990, p. 692, obs. J. Massip.

Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, *Bull AP* n° 4, rapp. Y. Chartier ; *D.* 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier ; *D.* 1991, p. 318, obs. J.-L. Aubert, note D. Thouvenin ; *D.* 1992, p. 59, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; *RFDA* 1991, p. 395, étude M. Long ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, note C. Labrusse-Riou ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *RTD civ.* 1992, p. 88, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1992, p. 489, étude M. Gobert.

Cass. soc., 11 juill. 1991, n° 89-19.760, *Bull. civ. V*, n° 367.

Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1993, *Latouz*, n° 89-21.997, *JCP G* 1993, I, 3688, obs. H. Fulchiron ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 620, note J. Foyer ; *JDI* 1994, p. 126, note I. Barrière-Brousse ; *D.* 1994, p. 66, note J. Massip ; *D.* 1994, somm. p. 32, obs. E. Kerckhove.

Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, n° 91-19.310, *Bull. civ. I*, n° 316 ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 644, note E. Kerckhove.

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1994, *Moreau*, n° 92-18.057, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 654, note H. Muir Watt ; *D.* 1995, p. 261, note E. Poisson-Drocourt.

Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1994, n° 92-13.563, *D.* 1994, p. 581, note Y. Chartier ; *RTD civ.* 1994, p. 842, obs. J. Hauser ; *JCP* 1995, II, 22362, note J. Rubellin-Devichi.

Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1994, n° 92-21-821, *JCP G* 1994, IV, 2417 ; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 567, note H. Muir Watt ; *JDI* 1995, p. 354, note M. Santa-Croce.

Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 1994, n° 93-10.760, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 543, note G. Droz ; *Defrénois* 1995, p. 718, note J. Massip.

Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995, *Fanthou*, n° 93-17634, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 547, note H. Muir Watt ; *JDI* 1999, p. 623, note F. Monéger ; *D.* 1995, p. 544, note V. Larribau-Terneyre ; *Defrénois* 1991, p. 331, obs. J. Massip.

Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1996, *Imhoos*, n^{os} 94-12.926, 94-12.927, 94-12.928 et 94-12.929, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 291, note Y. Lequette ; *D.* 1997, p. 3, note F. Monéger ; *D.* 1997, Somm. 156, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Defrénois* 1997, p. 307, obs. Massip ; *LPA* 1997, n° 123, p. 11, note S. Aubert.

Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1997, n° 95-16.475, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 433, note H. Muir Watt ; *JCP* 1998, I, 151, obs. Y. Favier ; *LPA* 1998, p. 27, obs. J. Massip.

Cass. 3^{ème} civ., 17 déc. 1997, n° 95-20.779, *Bulletin* 1997, III, n° 225, p. 151, *D.* 1998, p. 111, concl. J.-F. Weber ; *D.* 1998, p. 215, note B. Beigner ; *RTD civ.* 1998, p. 529, note J. Raynaud.

Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1999, n° 97-20345, *Defrénois* 2000, p. 699, obs. M. Revillard ; *Defrénois* 2000, p. 660, note J. Massip ; *Dr. fam.* 2000, p. 15, note P. Murat ; *JDI* 2000, p. 737, note F. Monéger.

Cass. crim., 12 janv. 2000, n° 99-82905, *Bull. crim* n° 21 ; *D.* 2001, somm. 2791, obs. Promart ; *Dr. pén.* 2000, comm. 84, obs. Véron.

Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2000, *Ballestrero*, n° 98-15.650, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 399, note B. Ancel ; *D.* 2000, p. 539, note F. Boulanger ; *JCP G* 2000, II, 10443, note T. Vignal ; *JDI* 2001, p. 505, note M. Revillard ; *Dr. fam.* 2000, comm. 70, note E. Fongaro.

Cass. 1^{ère} civ., 18 juill. 2000, n° 99-10.848, *Rev. pers. et fam.* 2001, p. 20, note, M.-C. Le Boursicot ; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 349, note H. Muir Watt.

Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2000, n° 98-22.105, *Bull. civ. I*, n° 263, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 332, note B. Ancel.

Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2002, n° 00-15.789, *Bull. civ. I*, n° 214 ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 271, note B. Bourdelois ; *JCP* 2003, II, 10007, concl. J. Sainte-Rose et note A. Devers ; *Defrénois* 2002, p. 1467, obs. J. Massip ; *D.* 2003. Somm. 1935, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2003, p. 62, note J. Hauser.

Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2003, n° 01-02.565, *Defrénois* 2004, p. 155, obs. J. Massip.

Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 2004, n° 01-01.600, *D.* 2004, p. 362, concl. J. Sainte-Rose ; *D.* 2004, p. 365, note D. Vigneau ; *D.* 2004. somm. 1419, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2004, p. 75, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2004. 66, obs. F. Bicheron ; *JCP* 2004. II. 10064, n° 783, note C. Labrusse-Riou ; *RJPF* 2004-3/34, note T. Garé ; *Dr. fam.* 2004. comm. 16, note D. Fenouillet.

Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2004, n° 00-19.838, *AJ fam.* 2004, p. 144, obs. Bicheron ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 395, note B. Ancel ; *RTD civ.* 2004, p. 267, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2004, comm. 47, obs. Larribau-Terneyre ; *D.* 2005, pan. P. 1194, obs. P. Courbe.

Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2004, n° 01-11.549, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423, note P. Hammje ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. Gannagé ; *JCP G* 2004, II, 10128, note H. Fulchiron ; *D.* 2004, chron., p. 815, obs. P. Courbe ; *D.* 2004, chron., p. 824, concl. F. Cavarroc ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 28, p. 33, note M.-L. Niboyet ; *RTD civ.* 2004, p. 367, note J.-P. Marguénaud.

Cass. 1^{ère} civ., 29 sept. 2004, n° 02-17.096, *JDI* 2005, p. 385, note F. Monéger.

Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 04-82.620, *Dr. pén.* 2005, comm. n° 7, obs. J.-H. Robert ; *RDI* 2005, p. 124, G. Roujou de Boubée.

Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2005, n° 04-05.019, *Dr. fam.* 2005, comm. 155, obs. P. Murat ; *AJ fam.* 2005, p. 273, note S. Gratadour.

Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n° 02-20613, *D.* 2005, p. 1909, note V. Egéa ; *Dr. fam.* 2005, comm. 156, note A. Gouttenoire ; *JCP G* 2005, note F. Granet-Lambrecht et Y. Strickler.

Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005, n° 02-20.258, *JDI* 2005, p. 162, note F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 401, note H. Muir Watt.

Cass. 1^{ère} civ., 21 sept. 2005, n° 04-10.217, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 100, obs. H. Muir-Watt; *D.* 2006, p. 1726, note F.-X. Morisset.

Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2005, n° 05-10.951, *D.* 2006, p. 12, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2006, p. 161, obs. S. David ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 55, p. 14, note Ph. Guez.

Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006, p. 159, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2006, comm. 89, obs. P. Murat ; *D.* 2006, p. 897, note D. Vigneau ; *D.* 2006, p. 876, point de vue H. Fulchiron ; *D.* 2006, p. 1139, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2006, p. 1414, obs. J.-J. Lemouland ; *RDSS* 2006, p. 578, note C. Neirinck ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. Hauser ; *Deffrénois* 2006, art. 38415, J. Massip.

Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2006, n° 05-10.299, *JDI* 2007, p. 531, note J.-M. Jacquet ; *D.* 2006, p. 2890, note G. Kessler et G. Salame ; *D.* 2007, pan. 1752, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *JCP* 2006, II, 10165, note T. Azzi *Dr. fam.* 2006, p. 177, comm. M. Farge.

Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2006, *Prieur*, n° 04-12.777, *JCP G* 2006, II, 10134, note P. Callé ; *JDI* 2006, p. 1377, note Ch. Chalas ; *D.* 2006, p. 1561, obs. I. Gallmeister ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870, note H. Gaudemet-Tallon ; *Gaz. Pal.* 2007, p. 2052, obs. M.-L. Niboyet ; *D.* 2006, p. 1846, chron. B. Audit ; *LPA* 2006, n° 190, p. 10, note P. Courbe ; *GADIP*, n° 87.

Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2006, n^{os} 06-15.264 et 06-15.265, *AJ fam.* 2007, p. 32, obs. A. Boiché ; *JCP G* 2007, II, 10072, note M. Farge ; *Deffrénois* 2007, p. 135, note M. Revillard ; *JDI* 2007, p. 564, note C. Brière ; *JCP G* 2007, I, 170, n° 2, obs. J. Rubellin-Devichi ; *LPA* 2007, p. 10, note E. Kerkhove ; *D.* 2007, p. 816, note H. Fulchiron.

Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082, *D.* 2007, p. 727, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2007, p. 891, obs. P. Chauvin ; *D.* 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *D.* 2007, pan. 1758, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *JCP* 2007, actu. 107, note L. Bruneau ; *JCP* 2007, I, 172, n° 13, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *Gaz. Pal.* 2007, doctr. 1387, obs. M.-L. Niboyet ; *Gaz. Pal.* 2007, doctr. 1880, obs. F. Guerchoun ; *Dr. fam.* 2007, n° 97, note M. Farge ; *Rev. crit. DIP.* 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *JDI* 2007, p. 1195, note F.-X. Train ; *RJ com* 2007, p. 340, obs. M. Attal.

Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, n^{os} 04-15.676 et 06-15.647, *D.* 2007, p. 722, obs. C. Delaporte-Carre ; *D.* 2007, p. 1047, note D. Vigneau ; *AJ fam.* 2007, p. 182, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2007, p. 325, obs. J. Hauser ; *Deffrénois* 2007, p. 791, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 2007, comm. 80, note P. Murat ; *JCP* 2007, II, 10068, note C. Neirinck.

Cass. 1^{ère} civ., 25 avr. 2007, n° 06-13.284, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 82, note P. Lagarde.

Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2007, *Fercométal*, n° 04-14.716, *JDI* 2007, comm. 17, p. 956, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *JCP G* 2007, act. 258, obs. C. Chabert ; *D.* 2007, p. 1596, obs. I. Gallmeister ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 610, note H. Gaudemet-Tallon ; *Gaz. Pal.* 2007, p. 1078, note M.-L. Niboyet ; ; *D.* 2007, p. 2548, chron. B. Audit.

Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2007, n° 06-21.369, *D.* 2008, p. 1028, note L. Maugier-Vielpeau ; *AJ fam.* 2008, p. 75, obs. F. Chénéde ; *JCP* 2008, II, 10046, note Y. Fevrier ; *Dr. fam.* 2008, comm. 28, note P. Murat ; *Defrénois* 2008, p. 119, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2008, p. 287, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2008-3/28, obs. T. Garé.

Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2008, n° 07-12.948, *Dr. fam.* 2008, comm. 61, obs. P. Murat ; *Defrénois* 2008, p. 1119, obs. J. Massip.

Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-83.342, *Dr. fam.* 2008, n° 84, note P. Salvage-Gerest ; *RDSS* 2008, p. 740, note C. Castella.

Cass. 1^{ère} civ., 16 avr. 2008, n° 07-11.273, *D.* 2008, p. 1410, obs. F. Luxembourg ; *AJ fam.* 2008, p. 250, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2008, p. 295, obs. S. David ; *RTD civ.* 2008, p. 463, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2008, comm. n° 101, note P. Murat.

Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2008, n° 07-20.279, *D.* 2008, p. 2144, obs. V. Egea ; *AJ fam.* 2008, p. 401, obs. A. Boiché ; *Defrénois* 2008, p. 2181, obs. M. Revillard ; *JDI* 2009, p. 154, obs. E. Fongaro ; *Dr. fam.* 2008, p. 133, note M. Farge ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 829, obs. P. Lagarde.

Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *JCP* 2009. II. 10020, note A. Mirkovic ; *JCP* 2009. II. 10021, note L. d'Avout ; *D.* 2009. Somm. 167, obs. V. Egéa ; *D.* 2009, p. 332, avis D. Sarcelet et note L. Brunet ; *JDI* 2009, p. 577, note S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 320, note P. Lagarde.

Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2009, n° 08-10.034, *AJ fam.* 2009, p. 170, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2009, p. 308, obs. J. Hauser.

Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009, n° 08-10.387, *D.* 2009, p. 564, obs. V. Egéa ; *JCP G* 2009, II, 10065, note J.-G. Mahinga ; *Dr. fam.* 2009, comm. 81, M. Farge.

Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 2009, n° 08-11.033, *D.* 2009, p. 730, obs. V. Egéa ; *JCP G* 2009. 10072, note A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2009, n° 82, note M. Farge ; *RTD civ.* 2009, p. 308, obs. J. Hauser.

Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 2009, *Riley*, n° 06-12.140, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 512, note B. Ancel ; *JDI* 2009, p. 567, note H. Péroz ; *D.* 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; *JCP* 2009. II. 10048, note F. Boulanger ; *Defrénois* 2009, p. 1380, note M. Revillard.

Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, n° 09-12.623, *D.* 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 394, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. Hauser ; *JCP* 2010, p. 994, note A. Gouttenoire ; *RDSS* 2010, p. 1128, note C. Neirinck.

Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21.740, *D.* 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2011, Pan. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 385, obs. A. Mirkovic et B. Haftel ; *RDSS* 2010, p. 1128, note C. Neirinck ; *RTD. civ.* 2010, p. 547, obs. J. Hauser ; *JCP* 2010, II, 1173, note H. Fulchiron ; *JCP* 2010, II, 809, note A. Devers ; *JCP* 2010, II, 911, note J. Rubellin-Devichi ; *JDI* 2011, p. 119, note S. Bollée ; *Defrénois* 2011, p. 833, obs. J. Massip ; *RJPF* 2010-10/30, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2010, n° 156, obs. M. Farge ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. Hammje.

Cass. ass. plén., 8 juill. 2010, n° 10-10.385, *AJ fam.* 2010, p. 390, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2010, p. 544, obs. J. Hauser.

Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2010, n° 09-10.439, *Dr. fam.* 2011, p. 62, note M. Farge ; *AJ fam.* 2011, p. 10, obs. B. Haftel ; *JCP G* 2011, n° 301, obs. T. Garé ; *JDI* 2011, p. 563, note C. Chalas ; *D.* 2011, p. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2011, n° 10-10.385, *D.* 2011, p. 876, obs. C. Siffrein-Blanc ; *JCP* 2011, p. 1029, note F. Boulanger ; *AJ fam.* 2011, p. 205, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2011, p. 338, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2011, comm. 74, obs. C. Neirinck.

Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n^{os} 10-19.053, 09-17.130 et 09-66.486, *D.* 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *D.* 2011, p. 1014, édito. F. Rome ; *D.* 2011, p. 1064, entretien X. Labbé ; *D.* 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2011, p. 262, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2011, p. 265, obs. B. Haftel ; *AJ fam.* 2011, p. 266, interview M. Domingo ; *AJCT* 2011, p. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD Civ.* 2011, p. 340, obs. J. Hauser.

Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-30.821, *Dr. fam.* 2011, p. 98, note C. Neirinck ; *AJ fam.* 2011, p.319, obs. A. Boiché.

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2011, n^{os} 10-16.482, 09-68.479 et 09-71.922, *D.* 2011, p. 1618, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2012, pan. p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon.

Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369, *JDI* n° 1, janv. 2012, p. 4, note J. Guillaumé ; *AJ fam.* 2012, p. 50, obs. E. Viganotti ; *D.* 2012, p. 128, note H. Gaudemet-Tallon.

Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n^{os} 11-30.261 et 11-30.262, *D.* 2012, p. 1992, obs. I. Gallmeister, note D. Vigneau ; *D.* 2012, p. 1973, point de vue L. d'Avout ; *D.* 2013, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2013, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2012, p. 397, obs. B. Haftel, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 587, note L. Gannagé ; *RTD civ.* 2012, p. 522, obs. J. Hauser ; *JDI* 2010, comm. 4, note S. Bollée ; *JCP* 2010, act. 809, obs. A. Devers ; *JCP* 2010, act. 1173, note H. Fulchiron ; *Dr. fam.* 2010, comm. 156, note M. Farge ; *JCP* 2012, p. 728, obs. A. Devers ; *JCP* 2012, p. 857, note F. Chénéde.

Cass., avis, 17 déc. 2012, n° 12-00.013, *AJ. fam.* 2013, p. 130, note P. Salvage-Gerest.

Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, n^{os} 12-30.138 et 12-18.315, *D.* 2013, p. 2383, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2013, p. 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2013, p. 2377, avis C. Petit ; *D.* 2013, p. 2384, note M. Fabre-Magnan ; *AJ fam.* 2013, p. 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.* 2013, p. 600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne ; *AJCT* 2013, p. 517, obs. R. Mésa ; *RTD. civ.* 2013, p. 816, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2013, p. 579, obs. F. Chénéde.

Cass 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.161, *D.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2014, p. 1789, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2014, p. 180, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2014, p. 104, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 288, obs. E. Viganotti ; *JCP G* 2014, p. 43, note H. Bosse-Platière ; *Dr. fam.* 2014, p. 19, obs. M. Farge ; *RJPF* 2014-3/5, obs. M.-C. Le Boursicot.

Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005, *D.* 2014, p. 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2014, p. 901, avis J.-P. Jean ; *D.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2014, p. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2014, p. 244, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2014, p. 211, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

Cass., avis, 22 sept. 2014, n°s 14-70.006 et 14-70.007, *D.* 2014, p. 2031, note A. M. Leroyer ; *D.* 2015, p. 21, obs. H. Fulchiron ; *D.* 2015, p. 649, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2015, p. 1007, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2015, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2014, p. 523, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014, p. 872, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 3698, obs. C. Brunetti-Pons ; *Dr. fam.* 2014, n° 160, obs. C. Neirinck ; *JCP G* 2014, 2015, n° 1004, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2015, 982, n° 8, obs. A. Gouttenoire ; *JDI* 2015, p. 101, note I. Barrière-Brousse.

Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2014, n° 13-24.583, *AJ fam.* 2014, p. 629, obs P. Salvage-Gerest ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 165, obs. P. Chevalier.

Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, *D.* 2015, p. 464, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron ; *D.* 2015, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2015, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2015, p. 172, obs. A. Boiché ; *AJ fam.* 2015, p. 71, point de vue B. Haftel ; *RTD civ.* 2015, p. 91, obs. P. Puig ; *RTD civ.* 2015, p. 343, obs. L. Usunier ; *RTD civ.* 2015, p. 359, obs. J. Hauser.

Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n°s 14-21.323 et 15-50.002, *D.* 2015, p. 1438, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2015, p. 1481, édito. S. Bollée ; *D.* 2015, p. 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2015, p. 1773, point de vue D. Sindres ; *AJ fam.* 2015, p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP G* 2015, p. 965, note A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015, p. 496, obs. F. Chénéde ; *JDI* 2015, p. 103, note J. Guillaumé.

Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2016, n° 15-22.996, *JCP G* 2016, act. 1380, obs. F. Mailhé ; *JCP G* 2017, p. 136, note E. Fongaro ; *Dr. fam.* 2017, chron. 1, V. Egéra ; *Dr. fam.* 2017, comm. 56, M. Gayet ; *Dr. fam.* 2017, comm. 145, I. Ka ; *Loyers et copropriétés* 2017, comm. 38, B. Vial-Pétroletti.

Cass. 1^{ère} civ., 5 juill. 2017, n°s 15-28.597, 16-16.901, 16-50.052, 16-16.455 et 16-16.495, *D.* 2017, p. 1737, note H. Fulchiron ; *D.* 2017, p. 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2018, p. 641, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2018, p. 765, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *D.* 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017, p. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.* 2017, p. 375, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2017, p. 431, obs. P. Salvage-Gerest ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 143, note S. Bollée.

Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 2017, n° 16-50.061, *D.* 2017, p. 2477 ; *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *D.* 2018, p. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2018, p. 122, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2017, n° 16-50.055, *D.* 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke.

Cass., c. réexamen, 16 févr. 2018, n° 16-02-2018, *AJ fam.* 2018, p. 178, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2018, p. 825, note J. Guillaumé ; *D.* 2018, p. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2018, comm. 94, H. Fulchiron ; *JCP G* 2018, p. 344, A. Gouttenoire.

Cass. 1^{ère} civ., 28 févr. 2018, n° 17-11.069, *Dr. fam.* 2018, n° 131, note A. Molière ; *AJ. fam.* 2018, p. 226, obs. M. Saulier ; *D.* 2018, p. 1083, point de vue H. Fulchiron ; *D.* 2019, p. 505, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2019, p. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2018, p. 373, obs. A.-M. Leroyer.

Cass. 1^{ère} civ., avis, 7 mars 2018, n° 17-70.039, *D.* 2018, p. 983, note H. Fulchiron ; *D.* 2019, p. 505, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2019, p. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2018, p. 233, obs. P. Salvage-Gerest.

Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2018, n° 17-50.021, *D.* 2018, p. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2018, p. 198, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2018, p. 377, obs. A.-M. Leroyer.

Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n^{os} 10-19.053 et 12-30.138, *D.* 2019, p. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2019, p. 228, note P. Deumier et H. Fulchiron ; *D.* 2019, p. 725, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *D.* 2019, p. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2018, p. 613, obs. M. Saulier ; *AJ fam.*, p. 569, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2018, p. 847, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2018. 1190, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTD civ.* 2019, p. 90, obs. Leroyer ; *Gaz. Pal.* 2018, p. 3079, obs. P. Le Maigat.

Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n^{os} 18-50.006, 18-11.815 et 18-14.751, 18-50.007 18-50.008, *D.* 2019, p. 1084, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2019, p. 218, obs. F. Berdeaux ; *AJ fam.* 2019, p. 175, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2019, n° 104, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2019, p. 175, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP N* 2019, actu. 315, note C. Brunetti-Pons.

Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *AJ fam.* 2019, p. 481, note L. Brunet ; *AJ fam.* 2019, p. 487, A. Dionisi-Peyrusse ; *JDI* 2020, p. 8, note J. Heymann et F. Marchadier ; *RJPF* 2019, p. 27, obs. A. Gouëzel ; *AJ fam.* 2019, p. 592, obs. G. Kessler ; *JCP G* 2019, 1184, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *D.* 2019, p. 2228, note H. Fulchiron et C. Bidaud.

Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n^{os} 18-11.815, 18-12.327, 18-14.751 et 18-50.007, *Dr. fam.* 2020, n° 39, comm. J.-R. Binet ; *AJ. fam.* 2020, p. 62, note P. Salvage-Gerest et M.-C. Le Boursicot ; *AJ fam.* 2020, p. 9, note A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2020, p. 426, note S. Paricard ; *D.* 2020, p. 506, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2020, p. 133, obs. J. Houssier ; *RTD civ.* 2020, p. 81, note A.-M. Leroyer.

○ Conseil d'État

CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, n° 62814, *AJDA* 1969, p. 235, concl. N. Questiaux ; *RGDIP* 1968, p. 1128, note D. Rousseau ; *RTD eur.* 1968, p. 399, note C. Constantinèdes-Megret.

CE, 22 janv. 1988, n° 80396, *RD sanit. soc.* 1988, p. 317, note Dubois.

CE, 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 125, concl. Frydman, note P. Lagarde ; *JDI* 1990, p. 5, chron. Dehaussy ; *D.* 1990, p. 135, note Sabourin ; *JCP* 1989, II, 21371, concl. Frydman ; *RGDIP* 1989, p. 1041, concl. Frydman ; *RGDIP* 1990, p. 91, note Boulois ; *RFDA* 1989, p. 812, concl. Frydman, note Genevois.

CE, 9 oct. 1996, n° 168342, *D.* 1997, p.117, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 1997, p. 409, note J. Hauser.

CE, 5^{ème} et 3^{ème} ss-sect, 16 juin 1999, *Préfet de police c./ Mme Souffou*, n° 201052.

CE, 27 nov. 2000, *Mme Ohayon*, n° 208555, *D.* 2001, p. 2795, obs. V. Godron.

CE, 26 oct. 2001, *Mme Senanayaké*, n° 198546, *RFDA* 2002, p. 146, concl. D. Chauvaux ; *RFDA* 2002, p. 156, note D. de Béchillon ; *AJDA* 2002, p. 259, note M. Deguegue ; *RDSS* 2002, p. 41, note L. Dubouis ; *Gaz. Pal.* 2002, p. 27, note J.-J. Frion ; *JCP* 2002, II, 10025 note J. Moreau ; *RTD civ.* 2002, p. 484, obs. J. Hauser.

CE, 5 juin 2002, *Mlle Berthet*, n° 230533, *Rec.* 2002, p. 195 ; *JCP G* 2002, act. 292 ; *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. Fombeur ; *Dr. fam.* 2003, comm. 19, obs. P. Murat.

CE, 23 mai 2003, *Baudry*, n° 248982, *RFDA* 2003, p. 848 ; *D.* 2004, p. 295, note J. Gourdou et J.- J. Lemouland ; *RTD civ.* 2003, p. 546, n° 4, obs. R Perrot ; *RTD civ.* 2003, p. 684, n° 7, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2004, p. 420, concl. E. Prada-Bordenave.

CE, ord., 18 déc. 2007, *Gisti et a.*, n° 310837, *JCP G* 2008, II, 10013, note A. Devers.

CE, 4 mai 2011, *Ministre des affaires étrangères et européennes c./ M. Morin*, n° 348778, *D.* 2011, p. 1347, *D.* 2011, p. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2011, p. 328, obs. F. Miloudi ; *AJCT* 2011, p. 414, obs. C. Siffrein-Blanc ; *Dr. fam.* 2011, comm. 99, pbs. C. Neirinck.

CE, 9 juill. 2014, n° 382145, *D.* 2014, p. 450, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2014, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon ; *AJDA* 2014, p. 1418 ; *AJDA* 2014, p. 2141, note E. Aubin ; *AJ fam.* 2014, p. 505, obs. B. De Boysson ; *RTD civ.* 2014, p. 861, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2014-9/18, obs. V. Egéa.

CE, 12 déc. 2014, n° 367324, *AJDA* 2015, p. 357, note J. Lepoutre ; *D.* 2015, p. 352, concl. X. Domino ; *D.* 2015, p. 357, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2015, p. 450, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *D.* 2015, p. 649, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2015, p. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *D.* 2015, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2015, p. 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015, p. 53, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2015, p. 163, concl. X. Domino ; *RTD civ.* 2015, p. 114, obs. J. Hauser.

CE, 28 sept. 2018, n° 421899, *AJ fam.* 2018, p. 687, note A. Dionisi-Peyrusse.

○ Conseil constitutionnel

Cons. Const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, *D.* 1995, p. 237, note B. Mathieu ; *D.* 1995, p. 205, chron. B. Edelman ; *D.* 1995, p. 299, obs. L. Favoreu ; *RFDA* 1994, p. 1019, note B. Mathieu ; *RTD civ.* 1994, pp. 831 et 840, obs. J. Hauser.

Cons. Const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Dr. fam.* 1999, p. 46, note G. Drago ; *JCP G* 2000, p. 210, note N. Molfessis.

Cons. const., 9 nov. 2006, n° 2006-542 DC, *Dr. fam.* 2007, comm. 1, V. Larribau-Terneyre.

Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, *D.* 2010, p. 2744, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2010, p. 2744, note F. Chénéde ; *D.* 2011, p. 529, chron. N. Maziau ; *AJ fam.* 2010, p. 487, obs. F. Chénéde ; *AJ fam.* 2010, p. 489, C. Mécar ; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2011, p. 90, obs. P. Deumier ; *JCP* 2010, p. 1145, note A. Gouttenoire et C. Radé.

Cons. const. 29 juill. 2011, n° 2011-155 QPC, *AJDA* 2011, p. 1591 ; *D.* 2012, p. 971, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJDA* 2011, p. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2011, p. 436, obs. W. Jean-Baptiste ; *RTD civ.* 2011, p. 748, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2011, n° 143, note V. Larribau-Terneyre.

Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *D.* 2013, p. 1643, chron. F. Dieu ; *D.* 2014, p. 689, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2014, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *D.* 2014, p. 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; *AJ fam.* 2013, p. 332, étude F. Chénéde ; *RFDA* 2013, p. 923, étude P. Delvolvé ; *RFDA* 2013, p. 936, étude G. Drago ; *RDSS* 2013, p. 908, note L. Brunet ; *Constitutions* 2013, p. 166, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *Constitutions* 2013, p. 381, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *Constitutions* 2013, p. 555, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2013, p. 579, obs. J. Hauser.

- **Jurisprudence européenne**

o **Commission européenne des droits de l'Homme**

Comm. EDH, 17 déc. 1955, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 104/55, Annuaire vol. I, p. 228-229.

Comm. EDH, 28 sept. 1956, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 167/56, Annuaire vol. I, p. 235-236.

Comm. EDH, 16 déc. 1957, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 261/57, Annuaire vol. I, p. 255-258.

Comm. EDH, 4 janv. 1960, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 503/59, Rec. n° 2, p. 1-5.

Comm. EDH, 4 avr. 1960, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 704/60, Rec. n° 3, p. 1-7.

Comm. EDH, 4 nov. 1962, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 1307/61, Rec. n° 9, p. 53-57.

Comm. EDH, 18 juin 1963, *X. c./ Autriche*, req. n° 1138/61, Rec. n° 11, p. 9-17.

Comm. EDH, 6 avr. 1967, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 2566/65, Rec. n° 22, p. 35-37.

Comm. EDH, 30 sept. 1975, *X. c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 5935/72, Déc. et Rapp. n° 3, p. 46 et s.

Comm. EDH, 7 juill. 1977, *X. c./ Royaume-Uni*, req. n° 7215/75, Déc. et Rapp. n° 11, p. 36 et s.

Comm. EDH, 12 juill. 1977, *Rose Marie Brüggemann et Adelheid Scheuten c./ République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 6959/75, Déc. et Rapp. n° 10, p. 137.

Comm. EDH, 12 oct. 1978, *X. c./ Royaume-Uni*, req. n° 9215/75, Déc. et Rapp. n° 19, p. 66 et s.

Comm. EDH, 3 mai 1983, *X. et Y. c./ Royaume-Uni*, req. n° 9369/81, Déc. et Rapp. n° 32, p. 220 et s.

Comm. EDH, 12 oct. 1983, *B. c./ Royaume-Uni*, req. n° 9237/81, Déc. et Rapp. n° 34, p. 68 et s.

Comm. EDH, 14 mai 1986, *S. c./ Royaume-Uni*, req. n° 11716/85, Déc. et Rapp. n° 47, p. 274.

Comm. EDH, 17 juill. 1986, *Martin Johnson c./ Royaume-Uni*, req. n° 10389/83, Déc. et Rapp. n° 47, p.72.

Comm. EDH, 12 déc. 1988, *Jack Boitteloup c./ France*, req. n° 12545/86, Déc. et Rapp. n° 58, p. 126 et s.

Comm. EDH, 19 mai 1992, *Catharina Kerkhoven, Anna Hinke et Stijn Hinke c./ Pays-Bas*, req. n° 15666/92, non publiée.

Comm. EDH, 15 mai 1996, *Rööslü c./ Allemagne*, req. n° 28318/95, Déc. et Rapp. n° 85-A, p. 149.

Comm. EDH, 20 mai 1997, *Stavros Marangos c./ Chypre*, req. n° 31106/96.

Comm. EDH, 1^{er} juill. 1997, *Sutherland c./ Royaume-Uni*, req. n° 25186/94.

Comm. EDH, 10 juill. 1997, *Di Lazzaro c./ Italie*, req. n° 31924/96, Déc. et Rapp. 90-A, p. 134.

Comm. EDH, 10 oct. 1989, *C.M. et L.M. c./ Royaume-Uni*, req. n° 14753/89, non publiée.

Comm. EDH, 10 févr. 1990, *B. c./ Royaume-Uni*, req. n° 16106/90, Déc. et Rapp. n° 64, p. 290.

Comm. EDH, 5 juin 1991, req. n° 14223/88, *Cahiers de l'IDEDH* 1992/1, p. 112, note L. Semet ; *Cahiers de l'IDEDH* 1993/2, p. 8, note A. Lamboley.

○ Cour européenne des droits de l'Homme

Cour EDH, 23 juill. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c./ Belgique*, req. n° 1474/62, Rec. série A n° 6 ; *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. Pelloux ; *GACEDH*, n° 8.

Cour EDH, 7 déc. 1976, *Handyside c./ Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, *Série A*, n° 24 ; *GACEDH*, n° 7.

Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, req. n° 6833/74, Rec. série A, vol. 31, § 41, p. 19, *CDE* 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 51.

Cour EDH, 9 oct. 1979, *Airey c./ Irlande*, req. n° 6289/73, Rec. série A, vol. 32, § 26, p. 15, req. n° 6289/73, Rec. série A, n° 32 ; *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 2.

Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, *CDE* 1982, p. 221, chron. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1982, p. 504, chron. R. Peloux ; *JDI* 1985, p. 185, chron. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 43.

Cour EDH, 10 juill. 1984, *Guincho c./ Portugal*, req. n° 8990/80, Rec. série A, n° 81, *JDI* 1986, p. 1062, obs. P. Tavernier.

Cour EDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c./ Pays-Bas*, req. n° 8978/80, Rec. série A vol. 91.

Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c./ Royaume-Uni*, req. n°^{os} 9214/80 9473/81 et 9474/81, Rec. série A, n° 94, p. 32, *JDI* 1986, p. 1084, obs. P. Rolland.

Cour EDH, 17 oct. 1986, *Rees c./ Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, Rec. série A, n° 106, *JDI* 1987, p. 796, obs. P. Tavernier.

Cour EDH, 18 déc. 1986, *Johnston et autres c./ Irlande*, req. n° 9697/82, Rec. série A, n° 112.

Cour EDH, 18 déc. 1987, *F. c./ Suisse*, req. n° 11329/85, Rec. série A, n° 128.

Cour EDH, 26 oct. 1988, *Norris c./ Irlande*, req. n° 10581/83, Rec. série A, n° 142.

Cour EDH, 27 sept. 1990, *Cossey c./ Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, Rec. série A, n° 184, *JDI* 1991, p. 806, note P. Tavernier.

Cour EDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c./ France*, req. n° 12083/86.

Cour EDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c./ Allemagne*, req. n° 13710/88, Rec. série A n° 251-B, p. 33, *AFDI* 1992, p. 629, obs. V. Coussirat-Coustère ; *RTDH* 1993, p. 410, chron. P. Lambert et F. Rigaux, *GACEDH*, n° 44.

Cour EDH, 23 mars 1995, *Loizidou c./ Turquie*, req. n° 15318/89, *AFDI* 1995, p. 485, obs. V. Coussirat-Coustère ; *Justices* 1997, p. 169, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1997, p. 273, obs. E. Decaux et P. Tavernier ; *RUDH* 1997, p. 4, obs. F. Sudre.

Cour EDH, 22 avr. 1993, *Modinos c./ Chypre*, req. n° 15070/89, Rec. série A, n° 249.

Cour EDH, 26 mai 1994, *Keegan c./ Irlande*, req. n° 16969/90, Rec. série A n° 290, p. 17.

Cour EDH, 18 juill. 1994, *Karlheinz Schmidt c./ Allemagne*, req. n° 13580/88, Rec. série A, n° 291-B, p. 32.

Cour EDH, 27 oct. 1994, *Kroon et autres c./ Pays-Bas*, req. n° 18535/91, Rec. série A n° 297-C, pp. 55-56.

Cour EDH, 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c./ Espagne*, req. n° 16798/90, Rec. série A, n° 303-C, *AFDI* 1994, p. 658, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1995, p. 798-800, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RUDH* 1995, p. 112 et *JCP* 1995, I, 3823, n° 6, obs. F. Sudre ; *Gaz. Pal.* 27-28 sept. 1995, jur. 527, note J.-N. Clément ; *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 3.

Cour EDH, 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c./ Royaume-Uni*, req. n°s 21627/93, 21628/93 et 21974/93, *D.* 1998, p. 97, note J.-M. Larralde ; *RTDH* 1997, p. 738, note M. Levinet ; *RTD civ.* 1997, p. 1013, obs. J.-P. Marguénaud.

Cour EDH, 22 avr. 1997, *X. Y. et Z. c./ Royaume-Uni*, req. n° 21830/93, Rec. 1997-II, p. 626-630, *D.* 1997, p. 583 et s., jurisp. S. Grataloup.

Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c./ Autriche*, req. n° 20458/92, Rec. 1998-II.

Cour EDH, 9 juin 1998, *L.C.B. c./ Royaume-Uni*, req. n° 23413/94, *JCP* 1999, I, 105, n° 7, obs. F. Sudre.

Cour EDH, 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham c./ Royaume-Uni*, req. n°s 22985/93 et 23390/94, Rec. p. 1998-V, *D.* 1998, Somm. p. 370, obs. J.-F. Renucci ; *RTDH* 1999, p. 637, note M. Levinet.

Cour EDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c./ Royaume-Uni*, req. n°s 33985/96 et 33986/96, Rec. série A, 1999-VI, p. 101 et s.

Cour EDH, 27 sept. 1999, *Lusting-Prean et Beckett c./ Royaume-Uni*, req. n°s 31417/96 et 32377/96, Rec. série A, 1999-VI.

Cour EDH, 21 déc. 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c./ Portugal*, req. n° 33290/96, *JCP G* 2000, I, p. 203, chron. F. Sudre ; *RTD civ.* 2000, p. 313, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2000, comm. n° 45, obs. A. Gouttenoire-Cornut ; *RTD civ.* 2000, p. 433, obs. J.-P. Marguénaud.

Cour EDH, 29 févr. 2000, *Fuentes Bobo c./ Espagne*, req. n° 39293/98, *D.* 2001, p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguenaud.

Cour EDH, 6 avr. 2000, *Thlimmenos c./ Grèce*, req. n° 34369/97, *RTD civ.* 2000, 434, chron. J.-P. Marguenaud, *AJDA* 2001, p. 1060, chron. J.-F. Flauss ; *RFDA* 2001, p. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre.

Cour EDH, 13 juill. 2000, *Elsholz c./ Allemagne*, req. n° 25735/94.

Cour EDH, 31 juill. 2000, *A.D.T c./ Royaume-Uni*, req. n° 35765/97, *RTDH* 2002, p. 345, note M. Levinet.

Cour EDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c./ Espagne*, req. n° 56501/00, CEDH 2001-VI.

Cour EDH, 2 août 2001, *Boultif c./ Suisse*, req. n° 54273/00.

Cour EDH, 26 févr. 2002, *Fretté c./ France*, req. n° 36515/97, *JCP G* 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, p. 280, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2002, p. 389, obs. J.-P. Marguénaud.

Cour EDH, 29 avr. 2002, *Pretty c./ Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, *D.* 2002, p. 1596 ; *RDSS* 2002, p. 475, note P. Pedrot ; *RSC* 2002, p. 645, obs. J.-P. Massias ; *RTD civ.* 2002, p. 482, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2002, p. 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 47.

Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, *RTD civ.* 2002, p. 782, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2002, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDSS* 2003, p. 137, obs. F. Monéger ; *D.* 2003, p. 1935, chron. J.-J. Lemouland ; *D.* 2003, p. 525, obs. C. Birsan ; *Defrénois* 2003, p. 1077, obs. J. Massip ; *GACEDH*, n° 46.

Cour EDH, 11 juill. 2002, *I. c./ Royaume-Uni*, req. n° 25680/94, *RTD civ.* 2002, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud.

Cour EDH, 22 oct. 2002, *Perkins et R. c./ Royaume-Uni*, req. n°s 43208/98 et 44875/98.

Cour EDH, 22 oct. 2002, *Beck, Copp et Bazeley c./ Royaume-Uni*, req. n°s 48535/99, 48536/99 et 48537/99.

Cour EDH, 9 janv. 2003, *L. et V. c./ Autriche*, req. n°s 39392/98 et 39829/98.

Cour EDH, 9 janv. 2003, *S. L. c./ Autriche*, req. n° 45330/99.

Cour EDH, 24 juill. 2003, *Karner c./ Autriche*, req. n° 40016/98, *RTDH* 2004, p. 663, note P. Frumer.

Cour EDH, 30 nov. 2004, *Oneryildiz c./ Turquie*, req. n° 48939/99, *AJDA* 2005, p. 541 et 549, chron. J.-F. Flauss ; *AJDA* 2005, p. 1133, note S. Rabiller ; *RDI* 2005, p. 98, obs. F.-G. Trébulle ; *RTD civ.* 2005, p. 422, obs. T. Revet.

Cour EDH, 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c./ Belgique*, req. n°s 42758/98 et 45558/99, *RTD civ.* 2005, p. 341, chron. J.-P. Marguénaud.

Cour EDH, 6 juill. 2005, *Stec et a. c./ Royaume-Uni*, req. n°s 65731/01 et 65900/01, *JCP G* 2006, I, p. 109, n° 14, chron. F. Sudre.

Cour EDH, 28 nov. 2006, *Parry c./ Royaume-Uni*, req. n° 42971/05, *Rec.* 2006-XV, *RTD civ.* 2007, p. 287, obs. J.-P. Marguénaud.

Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner c./ Luxembourg*, req. n° 76240/01, *JCP G* 2007, I, p. 182, n° 9, obs. F. Sudre ; *D.* 2007, p. 2700, note F. Marchadier ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 830, note P. Kinsh ; *JDI* 2008, comm. 5, p. 183, obs. L. d'Avout.

Cour EDH, 4 déc. 2007, *Dickson c./ Royaume-Uni*, req. n° 44362/04, *D.* 2008, p. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *RSC* 2008, p. 160, obs. J.-P. Marguénaud.

Cour EDH, 22 janv. 2008, *E.B. c./ France*, req. n° 43546/02, *RDSS* 2008, p. 380, obs. C. Neirinck ; *D.* 2008, p. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *RJPF* 2008, n° 2, p. 22, note S. Valory ; *LPA* 2008, n° 28, p. 9, comm. F. Chaltiel ; *JCP* 2008, II, 10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre.

Cour EDH, 29 avr. 2008, *Burden c./ Royaume-Uni*, req. n° 13378/05.

Cour EDH, 20 janv. 2009, *Serife Yigit c./ Turquie*, req. n° 3976/05, *RTD. civ.* 2009, p. 285, obs. J.-P. Marguénaud.

Cour EDH, 2 mars 2010, *Kozak c./ Pologne*, req. n° 13102/02, *AJDI* 2010, p. 547 et p. 513, obs. J. Raynaud ; *LEPF* 2010, n° 2, note J.-M. Larralde.

Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c./ Autriche*, req. n° 30141/04, *AJ fam.* 2010, p. 333, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP G* 2010, I, p. 859, n° 30, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2010, p. 738, note J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2010, p. 765, note J. Hauser.

Cour EDH, 22 juill. 2010, *PB et JS c./ Autriche*, req. n° 18984/02, *AJ fam.* 2010, p. 395, obs. V. Avena-Robardet.

Cour EDH, 3 mai 2011, *Négropontis-Giannisis c./ Grèce*, req. n° 56759/08, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 817, note P. Kinsh.

Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c./ France*, req. n° 25951/07, *AJDA* 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2012, p. 1241, obs. I. Gallmeister, note A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2013, p. 663, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *D.* 2013, p. 798, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2013, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc ; *AJ fam.* 2012, p. 163, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2012, p. 275, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2012, p. 306, obs. J. Hauser.

Cour EDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c./ France*, req. n° 43631/09, *Dr. fam.* 2012, p. 187, note M. Farge ; *D.* 2012, p. 2947, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2012, p. 705, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2013, p. 105, obs. J. Hauser ; *LPA* 2013, n° 76, p. 8, obs. F. Chaltiel ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 146, note S. Corneloup ; *AJ fam.* 2012, p. 546, obs. A. Boiché.

Cour EDH, 19 févr. 2013, *X et autres c./ Autriche*, req. n° 19010/07, *D.* 2013, p. 502, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2013, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2013, p. 227, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2013, p. 363, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2013, p. 329, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2013, p. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *RLDC* 2013/104, n° 5090, note G. Puppinck ; *JCP G* 2013, act. 316, obs. H. Surret ; *JCP G* 2013, doct. 855, obs. F. Sudre.

Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et autres c./ Grèce*, req. n°s 29381/09 et 32684/09, *AJDA* 2014, p. 147, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2013, p. 2888, note F. Laffaille ; *D.* 2014, p. 238, obs. J.-F. Renucci ; *D.* 2014, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014, p. 49, obs. C. Beaudoin ; *RTD civ.* 2014, p. 89, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2014, p. 301, obs. J.-P. Marguénaud.

Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c./ France*, req. n° 65192/11 et *Labassée c./ France*, req. n° 65941/11, *D.* 2014, p. 1797, note F. Chénéde ; *D.* 2014, p. 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *D.* 2014, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2014, p. 1806, note L.

d'Avout ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. B. Haftel ; *AJ fam.* 2014, p. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014, p. 635, obs. J. Hauser.

Cour EDH, 8 juill. 2014, *D. c./ Belgique*, req. n° 29176/13, *AJF* 2014, p. 559, obs. E. Viganotti.

Cour EDH, 16 juill. 2014, *Hämäläinen c./ Finlande*, req. n° 37359/09, *Gaz. Pal.* 2014, n° 205, p. 30, note C. Berlaud ; *D.* 2014, p. 1639 et p. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014, p. 565, obs. B. De Boysson ; *RTD civ.* 2014, p. 831, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2014, p. 855, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2015, comm. 1, obs. J.-R. Binet.

Cour EDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, req. n° 25358/12 *D.* 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2015, p. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ fam.* 2015, p. 165, obs. E. Viganotti ; *AJ fam.* 2015, p. 77, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

Cour EDH, 21 juill. 2015, *Oliari et autre c./ Italie*, req. n° 18766/11, *D.* 2015, p. 2160, note H. Fulchiron ; *D.* 2015, p. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2015, p. 615, obs. M. Rouillard.

Cour EDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c./ France*, req. n° 40183/07, *AJ fam.* 2016, p. 391, obs. F. Berdeaux-Gacogne ; *JCP* 2016, p. 760, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2016, p. 590, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2016, p. 797, obs. J.-P. Marguénaud.

Cour EDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c./ Italie*, req. n° 51362/09, *D.* 2016, p. 2100, note H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2016, p. 799, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2016, act. 760, obs. F. Sudre.

Cour EDH, 21 juill. 2016, *Foulon c./ France*, req. n° 9063/14 et *Bouvet c./ France*, req. n° 10410/14, *D.* 2016, p. 2152, note A.-B. Caire ; *AJ fam.* 2016, p. 407, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2016, p. 965, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2016, p. 819, obs. J. Hauser.

Cour EDH, 19 janv. 2017, *Laborie c./ France*, req. n° 44024/13, *D.* 2017, p. 1229, note A.-B. Caire ; *D.* 2017, p. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017, p. 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

Cour EDH, 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c./ Italie*, req. n° 25358/12, *D.* 2017, p. 897, obs. P. Le Maigat, note L. de Saint-Pern ; *D.* 2017, p. 663, chron. F. Chénéde ; *D.* 2017, p. 735, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2017, p. 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *D.* 2017, p. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017, p. 301, obs. C. Clavin ; *AJ fam.* 2017, p. 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2017, p. 335, obs. J. P. Marguénaud.

Cour EDH, 26 oct. 2017, *Ratzenböck et Seydl c./ Autriche*, req. n° 28475/12, *Dr. fam.* n°1, janv. 2018, comm. 1, note J.-R. Binet ; *RJPF* janv. 2018, n°1, note J. Houssier ; *Gaz. Pal.* 28 nov. 2017, n° 307d2, p. 25, note J. Andriantsimbazovina ; *D.* 2018, p. 1104, note J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Defrénois* 22 févr. 2018, n° 133q9, p. 28, note P. Callé ; *JCP G* n° 8, 19 févr. 2018, doct. 228, note M. Lamarche.

Cour EDH, 14 déc. 2017, *Orlandi et autres c./ Italie*, req. n°^{os} 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, *D.* 2018, p. 446, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2018, p. 128, obs. F. Berdeaux ; *RTD civ.* 2018, p. 81, obs. A.-M. Leroyer ; *JCP G* 2018, doct. 34, chron. F. Sudre.

Cour EDH, 6 févr. 2018, *Bonnaud et Lecoq c./ France*, req. n° 6190/11, *AJ fam.* 2018, p. 228, obs. J. Houssier ; *Dr. fam.* 2018, n° 132, note H. Fulchiron ; *Dr. fam.* 2018, chron. 2, obs. A. Gouttenoire et F. Marchadier.

Cour EDH, 16 janv. 2018, *Charron et Merle-Montet c./ France*, req. n° 22612/15, *AJ fam.* 2018, p. 236, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.* 2018, 139, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2018, p. 349, obs. J.-P. Marguénaud.

Cour EDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, *D.* 2019, p. 1084, note H. Fulchiron ; *D.* 2019, p. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2019, p. 289, obs. P. Salvage-Gerest ; *AJ fam.* 2019, p. 233, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2019, p. 307, obs. A.-M. Leroyer ; *RTD civ.* 2019, p. 286, note. J.-P. Marguénaud ; *JDI* 2019, var. 8, p. 1149, J. Heymann et F. Marchadier.

Cour EDH, 19 nov. 2019, *C. c./ France et E. c./ France*, req. n°s 1462/18 et 17348/18, *AJ fam.* 2020, p. 9, note A. Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.* 2020, p. 131, note F. Berdeaux.

Cour EDH, 16 juill. 2020, *D. c./ France*, req. n° 11288/18

○ Cour de justice des communautés européennes

CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, Rec. 1141, *RTD eur.* 1984, p. 425, note De Witte.

CJCE, 12 juill. 1973, *Ets Angenieux c./ Hackenberg*, aff. 13/73, Rec. p. 935.

CJCE, 13 février 1977, *Di Paolo c./ Office national de l'emploi*, aff. 76-76, Rec. p. 315.

CJCE, 21 juin 1978, *Bertrand c./ Ott*, aff. 150/77, Rec. 1978, p. 1431.

CJCE, 9 oct. 1984, *Witte c./ Parlement européen*, aff. 188/83, Rec. p. 3465.

CJCE, 23 avr. 1991, *Rigsadvokaten c./ Ryborg*, aff. C-297/89, Rec. p. I-1943.

CJCE, 17 févr. 1998, *L.-J. Grant c./ South West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *JTDE* 1998, p. 110, note A. Weyembergh ; *RTD civ.* 1998, p. 529, note J. Raynard.

CJCE, 25 février 1999, *Robin Swaddlind c./ Adjudication Officer*, aff. C-90/97, Rec. p. I-1075.

CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481, note H. Muir Watt.

CJCE, 31 mai 2001, *D. et Royaume de Suède c./ Conseil*, aff. C-122 et C-125/99P, *RTDH* 2002, p. 663, obs. C. Maubernard.

CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, Rec. 2003, p. I-11613 ; *D.* 2004, I, p. 1476, note B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 192, note P. Lagarde ; *JDI* 2004, p. 1225, note S. Poillot-Peruzzetto.

CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *JCP G* 2009, II, 10071, comm. A. Devers ; *Dr. fam.* 2009, comm. 50, note F. Viangalli ; *JDI* 2009, comm. 7, p. 577, note L. D'Avout ; *Europe* 2008, comm. 397, note F. Kauff-Gazin ; *D.* 2009, p. 845, note F. Boulanger.

○ Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 25 juill. 2008, *Metock c./ Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-127/08, *AJDA* 2009, p. 321, note H. Alcaraz ; *RSC* 2009, p. 197, obs. L. Idot ; *RTD eur.* 2009, p. 91, note S. Hammamoun et N. Neuwahl.

CJUE, 2 avr. 2009, aff. C-523/07, *D.* 2010, p. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2009, p. 298 ; *AJ fam.* 2009, p. 294, étude A. Boiché ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 791, note E. Gallant ; *RTD civ.* 2009, p. 714, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2010, p. 421, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; *JCP* 2009, p. 316, note F. Boulanger ; *Europe* 2009, n° 265, obs. L. Idot ; *Procédures* 2009, n° 277, obs. C. Nourissat.

CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/209, *AJDA* 2011, p. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *Constitutions* 2011, p. 332, obs. A. Levade ; *RTD. civ.* 2011, p. 98, obs. J. Hauser ; *Europe* 2011, comm. 40, obs. D. Simon ; *JDI* 2011, p. 639, note J. Heymann ; *RTD eur.* 2011, p. 571, note E. Pataut.

CJUE, 22 déc. 2010, *Barbara Mercredi c./ Richard Chaffe*, aff. C-497/10, *D.* 2011, p. 248 ; *D.* 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD eur.* 2011, p. 481, obs. M. Douchy-Oudot.

CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14, *AJ fam.* 2016, p. 392, obs. M. Saulier ; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 278, note L. Rass-Masson ; *RTD civ.* 2016, p. 820, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2016, p. 648, obs. E. Pataut.

CJUE, 24 nov. 2016, *Parris*, aff. C-443/15, *RDT* 2017, p. 267, obs. N. Moizard.

CJUE, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman*, aff. C-673-16, *AJDA* 2018, p. 1127, obs. M.-C. de Montecler ; *AJDA* 2018, p. 1603, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; *D.* 2018, p. 1207 ; *AJ fam.* 2018, p. 404, obs. G. Kessler.

CJUE, 28 juin 2018, aff. C-512/17, *D.* 2018, p. 1391 ; *AJ fam.* 2018, p. 465, note A. Boiché ; *Europe* 2018, n° 345, note L. Idot.

- Jurisprudence étrangère

C. Rabat, 2 nov. 1962, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 683, note P. Lagarde.

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 1965.

Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 1973.

Johnson contre Calvert, Cal. Sup. Ct., 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776 (1993).

Re H (A Minor) (S. 37 Direction) [1993] 2 FLR 541.

Belsito c./ Clark, 644 N.E.Rep.2d 760 (Ohio C.C.P. 1994).

Decker c./ Decker, 2001 Ohio App. LEXIS 4389 (Ohio Ct. App. 2001).

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes.)

A

Académie nationale de médecine : 709

Accès au domicile : 95 s.

Acte de l'état civil

- Acte de mariage : 450, 553, 577 s., 582
- Acte de naissance étranger : *V.*
Gestation pour autrui
- Force probante : 910 s.
- Mention en marge de l'-- : 310, 356, 1028

Action en inopposabilité : 1009

Action en opposabilité : 1009

Activités sexuelles menées en groupe : 78 s.

Adoption

- Condition d'âge : 1155
- Conjointe : 956, 1026, 1031, 1035
- De l'enfant du conjoint : 1124 s., 1151, 1154 s., 1162 s.
- Détournement de l'-- : 781, 992, 1125, 1135, 1165
- Individuelle : 104 s.
- Intérêt de l'enfant : 998 s., 1154, 1156
- Pupille de l'État : 1086
- *V. aussi Kafala*

Adoption internationale

- Agence française de l'adoption : 1039
- Adoption plénière prononcée à l'étranger : 1012
- Adoption prononcée à l'étranger :
 - o État non partie à la Convention de La Haye : 1008 s.
 - o État partie à la Convention de La Haye : 1004 s.
 - o Reconnaissance de plein droit : 1008
- Agrément : 1034 s.
- Autorité centrale : 1006, 1039
- Consentement : 1071 s.
- Conventions bilatérales : 1043
- Convention de La Haye du 29 mai 1993 : 1004 s., 1039, 1053, 1060, 1224 s.
- Démarche individuelle : 1040
- Loi applicable : 1043 s.
 - o Avant la loi du 6 février 2001 : 1044 s.

- o Depuis la loi du 6 février 2001 : 1050 s.
- Loi des effets de l'union : 1053
- Loi nationale de l'adoptant : 1052
- Loi nationale de l'adopté : 1059 s.
- OAA : 1039, 1040
- Obstacles pratique à l'-- : 1077 s.
- Ordre public international : 1006, 1025 s., 1082 s.
- Organisme agréé : 1040
- Phase administrative : 1033 s.
- Phase judiciaire : 1043 s.
- Recherche d'un enfant à adopter : 1038 s.
- Statut prohibitif des adoptants : 1055 s.
- Transcription des jugements étrangers : 1009 s.

Adoption plénière :

- Acquisition de la nationalité française : 1068
- Conditions : 1172
- Disparition du lien d'origine : 1010
- Ordre public international : 1025 s.
- Reconnaissance des jugements étrangers : 1003 s.

Adoption simple :

- Après la loi du 17 mai 2013 : 1172
- Autorité parentale : 989, 996
- Avant la loi du 17 mai 2013 : 988 s.
- Ordre public international : 1015 s.
- Reconnaissance des jugements étrangers : 1003 s.

Âge

- Adoption : 1155
- Assistance médicale à la procréation : 678, 687, 722
- Cohabitation hors mariage : 243
- Majorité sexuelle : 81 s.
- Mariage : 388, 554
- Nubile : 148
- Partenariat enregistré : 339, 360

Agents diplomatiques et consulaires : *V.*
Mariage, Partenariat enregistré

Aide sociale à l'enfance : 963, 1040, 1085, 1155

Apatride : 1105, 1110

Assistance médicale à la procréation

- Conditions : 677 s.

- Droit comparé : 711 s.
- Fraude à la loi : 1133 s., 1146 s.
- Intérêt de l'enfant : 689 s.
- Loi applicable : 737 s.
- Loi de police : 765 s.
- Notion : 14
- Ordre public international : 1148
- Réforme : 16, 701 s.
- Sanctions pénales : 15, 679
- Transcription : 1158
- *V. aussi Filiation*

Autonomie de la volonté : 268, 644, 1211

Autorité parentale

- Délégation : 962
- Délégation imposée : 963
- Délégation volontaire : 964
- Délégation-partage : 966 s.
- Exercice conjoint : 960
- Exercice unilatéral : 960
- Intérêt de l'enfant : 959, 968, 974
- *V. aussi Responsabilité parentale*

B

Bilatéralisation : 379, 441

Bioéthique

- Droit international : 738 s.
- Loi de police : 765 s.
- Qualification : 749 s.
- Rattachement : 752 s.
- Réforme : 16, 701 s.

C

Capacité : 243, 336 s.

CCNE : 703 s.

Certificat

- De capacité à mariage : 562 s.
- De conformité : 1006
- De coutume : 359 s., 456
- De nationalité : 1193

Charte des droits fondamentaux : 27, 148, 150, 666, 674, 690

CIDE : 25

Citoyenneté européenne : 27

Cohabitation hors mariage

- Conditions de fond : 242 s.
- Conditions de forme : 241
- Conflit mobile : 271 s.
- Droit comparé : 205 s., 233 s.
- Fraude à la loi : 290 s.
- Loi applicable : 223 s.
- Ordre public international : 282 s.
- Qualification : 192 s.
- Rattachement : 212 s.
- Renvoi : 261 s.

Comaternité : 714, 954

Communauté de vie : 7, 9, 198, 318

Copaternité : 954

Concubinage : *V. Cohabitation hors mariage*

Conférence de La Haye de droit

international privé : 28, 746, 1220 s.

Conflit de lois dans le temps : *V. Conflit mobile*

Conflit de nationalités : 384

Conflit mobile : 264 s., 385

Conseil de l'Europe : 21, 62

V. aussi Convention européenne des droits de l'Homme, Cour européenne des droits de l'Homme

Consensus européen : 33, 105, 150 s., 158 s., 169, 897, 1000, 1179

Consentement : *V. Adoption internationale, Mariage, Partenariat enregistré*

Convenance personnelle : 678, 692

Convention européenne des droits de l'Homme : 21

- Droits protégés : 25, 649 s.
- Effet direct : 26
- Primauté : 26

Coopération renforcée : 509, 1231 s.

Couple

- Mixte : 10, 178, 464 et s.
- Notion : 5 s., 687

Cour de justice de l'Union européenne : 27, 659 s.

Cour européenne des droits de l'Homme

- Epuisement des voies de recours internes : 24
- Fonctionnement : 22 s.
- Obligation positive : 164 s.
- Recours individuel : 22 s.

Cristallisation : 635, 1209

D

Défenseur des droits : 702

Dignité de la personne humaine : 821 s.

Discrimination

- Accès au domicile : 95 s.
- Directe : 697
- Droits parentaux :
 - o Adoption individuelle : 104 s.
 - o Autorité parentale : 100 s.
- Indirecte : 135, 996
- Orientation sexuelle : 82 s., 160 s.
- Sexe : 86 s.
- Vie professionnelle : 90 s.

Divorce : 506 s.

- Fraude à la loi : 286
- Loi applicable : 231

- Reconnaissance de plein droit : 1194

Domicile

- Notion :
 - o DIP : 216, 221, 401
 - o Droit interne : 401, 449
- Facteur de rattachement : *V. Rattachement*

Droit au mariage : 138 s.

Droit comparé : 28, 29.

V. aussi Assistance médicale à la procréation, Cohabitation hors mariage, Gestation pour autrui, Partenariat enregistré

Droit de fonder une famille : 145, 148

Droits fondamentaux : 20, 995 s., 1208, 1224

E

Élément d'extranéité : 2

Empêchements : *V. Mariage, Partenariat enregistré*

Enregistrement : *V. Partenariat enregistré*

État et capacité des personnes : 216, 377, 388

Exequatur

- Conditions : 1012
- Notion : 1012
- Jugement d'adoption : 651, 1009, 1017 s., 1025 s.

F

Fait juridique : 194 s.

Filiation

- Action en recherche de maternité : 1111
- Enfant issu d'une assistance médicale à la procréation : 1091 s.
- Enfant issu d'une gestation pour autrui : 1160 s.
- Etablissement à l'étranger : 1194
- Etablissement en France : 1103 s.
- Loi applicable :
 - o Loi nationale de la mère : 1105 s.
 - o Loi nationale de l'enfant : 1110 s.
 - o Tempérament unilatéraliste : 1115 s.
- Mère inconnue : 1110 s.
- Notion : 950
- Possession d'état : 884 s., 1115 s.
- *V. aussi Adoption, Kafala*

Fraude à la loi

- Éléments constitutifs : 287
- Notion : 286
- Sanction : 288

- *V. aussi Assistance médicale à la procréation, Cohabitation hors mariage, Gestation pour autrui, Mariage*

G

Gestation pour autrui

- Acte de naissance étranger :
 - o Refus de transcription : 874 s.
 - o Transcription partielle : 921 s.
 - o Transcription totale : 918 s., 1185, 1187 s.
- Adoption : 1163 s.
- Droit comparé : 826 s.
- Droit pénal : 794 s.
- Droit prospectif : 1219 s.
- Fraude à la loi : 887 s., 1168 s.
- Intérêt de l'enfant : 880
- Méthode de la reconnaissance des situations (rejet) : 1208 s.
- Ordre public international : 875 s.
- Origine : 17
- Prohibition française :
 - o Condamnation jurisprudentielle : 776 s.
 - o Condamnation légale : 784 s.
- *V. aussi Filiation*

H

Haut conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes : 702

Hiérarchie des normes : 483 s., 492, 516

Homoparentalité

- Origine : 11
- Notion : 12

Homoparenté : 12

Homosexualité

- Couple homosexuel : 110 s.
- Dépénalisation : 51, 65, 69 s.
- Discrimination : *V. Discrimination*
- Droit au mariage (non) : 150 s.
- Pénalisation : 50
- Personne homosexuelle : 43 s.
- Vie familiale :
 - o Admission : 131
 - o Refus : 112 s.
- Vie privée :
 - o Admission : 54 s.
 - o Refus : 45 s.

I

Inceste : 345 s., 1128

Infertilité : 678

Instruction générale relative à l'état civil :**Intérêt de l'enfant :** 689*V. aussi Adoption, Assistance médicale à la procréation, Autorité parentale, Gestation pour autrui, Intérêt supérieur de l'enfant***Intérêt supérieur de l'enfant :** 25, 690**Interprétation évolutive :** 55, 61, 169**K****Kafala :** 1065 s.**L****Lex loci celebrationis :** 439 s.**Libre circulation des personnes :** 27, 232, 330, 611, 660 s.**Locus regit actum :** 446**Loi de la résidence habituelle :** *V.**Rattachement***Loi des effets du mariage :** 1045**Loi du domicile :** *V. Rattachement***Loi nationale :** *V. Rattachement***Loi personnelle :** 215*V. aussi Loi nationale***Lois de police**

- Application : 761 s.
- Notion : 408, 757 s.
- *V. aussi Assistance médicale à la procréation, Bioéthique, Mariage (généralités)*

M**Marge nationale d'appréciation :** 144, 150, 665**Mariage (conditions de fond) :** 373 s.

- Consentement : 389
- Empêchements bilatéraux : 391 s.
- Empêchements unilatéraux : 388 s.
- Loi applicable :
 - o Principe : 375 s.
 - o Tempérament : 395 s.

Mariage (conditions de forme) : 437 s.

- Agents diplomatiques et consulaires : 459 s.
- Audition des futurs époux : 475, 562, 582
- Caractère civil : 445
- Formalités préalables : 556 s.
- Loi applicable : 439 s.
- Officier de l'état civil :
 - o Compétence de principe : 449 s.
 - o Extension de compétence : 471 s.

- Publications des bans : 455, 557 s.

Mariage (généralités)

- Boiteux : 433 s.
- Fraude à la loi : 429, 558, 638, 644
- Loi de police : 408 s.
- Méthode la reconnaissance des situations : 632 s.
- Mixte : 10, 387, 492 s., 544 s.
- Opposabilité :
 - o A l'égard des époux et des enfants : 570
 - o A l'égard des tiers : 585 s.
- Ordre public international : 500 s.
- Putatif : 1198
- Transcription :
 - o Condition d'opposabilité aux tiers : 577 s.
 - o Refus de -- : 582

Mater semper certa est : 815, 919, 1101, 1200 s.**Mère porteuse :** *V. Gestation pour autrui***Méthode de la reconnaissance des situations :**

- CEDH : 649 s.
- Conditions : 634 s., 1209
- Convention de la Haye du 14 mars 1978 : 641 s.
- CJUE : 659 s.
- Ordre public international : 639, 1210
- *V. aussi Cristallisation, Gestation pour autrui, Mariage (généralités)*

Méthode directe : 407**Monoparentalité :** 691, 953**N****Nationalité**

- Apatride : 1105, 1110
- Conflit de nationalités : 384
- Conflit mobile : 385

Nom : 398, 660 s.**O****Obligation positive :** *V. Cour européenne de droits de l'Homme***Officier de l'état civil :** *V. Mariage (conditions de forme)***Ordre public international**

- CEDH : 516 s.
- CJUE : 664
- Clauses spéciales : 526
- De proximité : 524 s., 629, 881, 1021
 - o Ordre juridique du for : 525 s.

- Ordre juridique étranger : 528 s.
- Effet atténué : 628, 881, 1020
- Effet négatif : 280
- Effet positif : 533
- Effet réflexe : 530
- Principe d'actualité : 279, 502 s., 1029
- Substitution : 532 s.
- *V. aussi Adoption, Assistance médicale à la procréation, Cohabitation hors mariage, Gestation pour autrui, Mariage, Méthode de la reconnaissance des situations, Partenariat enregistré*

P

Pacte civil de solidarité : *V. Partenariat enregistré*

Parentalité : 952 s.

Parenté : 950 s.

Partenariat enregistré

- Conditions de fond : 334 s.
 - Conditions personnelles : 336 s.
 - Empêchements bilatéraux : 341 s.
- Conditions de forme : 348 s.
 - Autorité compétente : 350 s.
 - Autorités diplomatiques et consulaires : 363 s.
 - Certificat de coutume : 359 s.
 - Enregistrement : 354 s.
- Droit comparé : 296 s.
- Loi applicable : 320 s.
- Partenariat contractuel : 303
- Partenariat institution : 302
- Ordre public international : 345 s.
- Qualification : 305 s.
- Rattachement : 315 s.
- Renvoi : 324 s.

Polygamie : 190, 201, 311, 384

Possession d'état : *V. Filiation*

Principe d'anonymat : 15

Principe d'égalité des filiations : 511 s.

Principe d'égalité devant la loi : 365, 426 s., 699, 823, 995

Principe d'indisponibilité :

- De l'état des personnes : 812 s.
- Du corps humain : 817 s.

Principe de gratuité : 15

Principe de non-rétroactivité : 267, 273

Principe de personnalité : 805

Principe de proximité : 225, 228, 231, 271, 274

Principe de territorialité : 804

Procréation médicalement assistée : *V. Assistance médicale à la procréation*

Q

Qualification

- Autonome : 187
- Conflit de qualifications : 187
- En sous-ordre : 190
- Institution inconnue : 190
- *Lege causae* : 186
- *Lege fori* : 184, 189
- Notion : 183

Question préalable : 242, 1095, 1124

R

Rattachement

- Facteurs :
 - Loi nationale : 217
 - Loi du domicile : 218
 - Loi de la résidence habituelle : 220
- Notion : 213
- Statut personnel : 215 s.
- Technique : 214

Reconnaissance

- Mariage :
 - Célébré en France : 641 s.
 - Célébré à l'étranger : 541 s., 594 s.
- De plein droit : 984, 1006 s., 1194, 1221
- Des décisions : 637, 1221
- Méthode de la -- : *V. Méthode de la reconnaissance des situations*

Règle de conflit

- A finalité matérielle : 411 s.
- A rattachement hiérarchisé : 237
- Bilatérale : 257, 287, 321, 412, 417, 441
- Unilatérale : 1116

Renvoi

- Notion : 255
- Premier degré : 259
- Renvoi-coordination : 258
- Renvoi-délégation : 257
- Renvoi-règlement subsidiaire : 258
- Second degré : 259

Résidence : 402

V. aussi Résidence habituelle

Résidence habituelle :

- Notion : 220, 230, 1063

- Facteur de rattachement : *V. Rattachement*

Responsabilité parentale : 981 s.
V. aussi Autorité parentale

S

Sadomasochisme : 75 s.

Statut personnel :

- Notion : 212
- Permanence : 217, 228, 271, 317
- Rattachement : 213 s.

Stérilité : 13, 687

T

Tourisme nuptial : 429 s.

Transcription : *V. Adoption, Assistance médicale à la procréation, Gestation pour autrui, Mariage*

Transsexualisme

- Droit au mariage : 144 s.
- Vie familiale : 123 s.

U

Union européenne (droit de l'--) : 27, 659 s.

Union libre : *V. cohabitation hors mariage*

V

Vie familiale :

- Notion : 126 s.
- *V. aussi Homosexualité, Transsexualisme*

Vie privée :

- Notion : 25
- *V. aussi Homosexualité*

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	3
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	5
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	11
PREMIÈRE PARTIE : LES MODES DE CONJUGALITÉ OUVERTS AUX COUPLES DE MÊME SEXE.....	49
TITRE I : DES MODES DE CONJUGALITÉ INITIALEMENT RESTREINTS	53
<i>CHAPITRE I : L'HOMOSEXUALITÉ À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE.....</i>	<i>55</i>
Section 1. La protection de la personne homosexuelle	55
Sous-section 1. La reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée	56
Paragraphe 1. La prise en compte progressive des requêtes homosexuelles	57
I. Le rejet initial des requêtes homosexuelles	57
A. Une indifférence totale : l'irrecevabilité systématique des requêtes.....	57
B. Un rejet motivé par la position des législations nationales : une infraction punissable.....	58
II. L'évolution du champ de protection de l'article 8 de la CEDH	60
A. Le revirement opéré par la Commission européenne	60
B. Une solution confirmée par la Cour européenne	62
1. Les pratiques homosexuelles : partie intégrante de la notion de vie privée	62
2. Les fondements de l'appréciation de la Cour européenne	64
Paragraphe 2. La condamnation des législations réprimant l'homosexualité	65
I. L'absence de liberté absolue des autorités nationales	65
II. Le mouvement de dépénalisation subséquent	67
Sous-section 2. L'étendue de la protection accordée à la personne homosexuelle	69
Paragraphe 1. La remise en cause des différences de traitement.....	69
I. Les pratiques sexuelles librement consenties	69
A. Les pratiques sadomasochistes	70
B. Les activités sexuelles menées en groupe	72
II. L'âge de la majorité sexuelle	73
A. Les différences fondées sur l'orientation sexuelle	73
B. Les différences fondées sur le sexe	75
Paragraphe 2. La condamnation des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle	76
I. Les discriminations subies dans la vie professionnelle.....	76
II. Les discriminations subies dans la vie privée	78
A. En matière d'accès au domicile	78
B. En matière de droits parentaux	80
1. L'octroi de l'autorité parentale à une personne homosexuelle	80
2. L'adoption individuelle par une personne homosexuelle	82
a. L'absence de protection conventionnelle initiale.....	82
b. La protection conventionnelle admise	84
Section 2. La protection du couple homosexuel	87
Sous-section 1. La reconnaissance d'un droit au respect de la vie familiale.....	87
Paragraphe 1. L'exclusion initiale des relations homosexuelles du champ de la vie familiale	88
I. Le rejet des requêtes par la Commission européenne.....	88
A. Un rejet a priori dépourvu de fondement juridique.....	88
B. Un rejet guidé par la sauvegarde de la famille traditionnelle.....	89
II. Le refus de protection par la Cour européenne	91
A. Un concept de vie familiale restreint aux hétérosexuels	92
B. Un concept de vie familiale étendu aux transsexuels.....	93
Paragraphe 2. L'intégration des relations homosexuelles dans le champ de la vie familiale	95
I. La notion évolutive de vie familiale.....	95
II. La consécration de la vie familiale homosexuelle	97
A. La protection de la vie familiale admise	98
B. Les droits découlant de la vie familiale	99
Sous-section 2. La reconnaissance juridique du couple homosexuel	102
Paragraphe 1. Un droit au mariage laissé à l'appréciation des autorités nationales	103
I. Le léger recul du concept traditionnel du mariage	103
A. Le bénéfice de l'article 12 initialement refusé	103

B.	Le droit au mariage accordé aux transsexuels.....	105
II.	Une interdiction conforme à la Convention européenne.....	107
A.	La non-violation de l'article 12 de la Convention européenne.....	107
1.	L'ouverture de l'article 12 aux couples de même sexe.....	107
2.	L'absence de droit au mariage faute de consensus européen.....	108
B.	La non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention européenne.....	111
Paragraphe 2.	Un droit à la mise en place d'un cadre juridique imposé aux autorités nationales.....	112
I.	Les prémices de l'obligation à la mise en place d'un cadre juridique.....	113
A.	L'absence d'obligation faute de consensus européen.....	113
B.	La reconnaissance d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.....	114
II.	La confirmation de l'obligation positive à la mise en place d'un cadre juridique.....	117
A.	La nécessaire reconnaissance juridique du couple homosexuel.....	117
1.	La notion d'obligation positive.....	117
2.	L'instauration d'un statut juridique.....	120
B.	L'accès au partenariat laissé à l'appréciation des autorités nationales.....	123
CHAPITRE II : L'ORGANISATION JURIDIQUE DE LA VIE DU COUPLE NON MARIÉ.....		127
Section 1.	La cohabitation hors mariage : une relation informelle.....	127
Sous-section 1.	La détermination de la loi applicable à la cohabitation hors mariage.....	128
Paragraphe 1.	La qualification de la cohabitation hors mariage.....	128
I.	Le recours à la qualification <i>lege fori</i> en droit positif.....	129
A.	La méthode de qualification adéquate : la controverse doctrinale.....	130
B.	La consécration jurisprudentielle de la qualification <i>lege fori</i>	134
II.	Une nécessaire qualification propre au sein du statut personnel.....	136
A.	L'inadéquation des qualifications classiques.....	137
1.	L'existence d'une relation de couple incompatible avec la qualification de fait juridique.....	137
2.	Le concubinage homosexuel incompatible avec l'élargissement de la catégorie mariage.....	140
B.	Une qualification propre aux caractères prédéfinis.....	141
1.	Une cohabitation de fait empreinte de stabilité.....	141
2.	Une cohabitation hétérosexuelle ou homosexuelle.....	143
Paragraphe 2.	Le rattachement de la cohabitation hors mariage.....	145
I.	La pluralité de rattachements envisageables.....	145
A.	Les rattachements retenus en matière de statut personnel.....	145
B.	L'adoption d'une règle de conflit aux critères hiérarchisés préconisée.....	153
II.	Les expériences du droit comparé : l'emploi d'un système hiérarchisé.....	158
Sous-section 2.	La délicate mise en œuvre de la règle de conflit de lois.....	159
Paragraphe 1.	L'application de la loi à la formation de la cohabitation hors mariage.....	160
I.	Le domaine limité de la loi applicable.....	160
II.	Les répercussions variables de la loi applicable.....	162
A.	L'application de la loi française : une perspective libérale.....	162
B.	L'application d'une loi étrangère : le risque de sévérité.....	164
Paragraphe 2.	L'encadrement nécessaire des mécanismes perturbateurs.....	165
I.	Le souci des règles de coordination.....	165
A.	La nécessaire exclusion du renvoi.....	165
1.	L'admission de principe du renvoi en droit positif.....	166
2.	Le renvoi comme frein à la cohabitation hors mariage entre personnes de même sexe.....	171
B.	Le contrôle du conflit mobile.....	172
1.	La problématique du conflit mobile.....	172
2.	L'application des règles de droit transitoire interne conseillée.....	177
II.	Les dérogations aux règles de coordination.....	179
A.	La permissivité de l'ordre public international.....	179
1.	La notion d'ordre public international.....	179
2.	L'ordre public international français au service de la cohabitation hors mariage entre personnes de même sexe.....	182
B.	Le recours inopportun à la fraude à la loi.....	184
1.	Les contours de la fraude à la loi.....	184
2.	La cohabitation hors mariage peu propice à la fraude à la loi.....	188
Section 2.	Les partenariats enregistrés : une relation formelle.....	190
Sous-section 1.	La détermination de la loi applicable aux partenariats enregistrés.....	190
Paragraphe 1.	La délicate qualification : la variété des partenariats enregistrés.....	191
I.	L'hétérogénéité de la notion de partenariat enregistré.....	191
A.	Une différence fondée sur les bénéficiaires du partenariat enregistré.....	191
B.	Une différence fondée sur le régime du partenariat enregistré.....	194
II.	La création d'une catégorie partenariat enregistré.....	196

A.	Une qualification autonome au sein du statut personnel	196
1.	L'impossible qualification contractuelle : la nécessaire prise en compte de vie de couple.....	196
2.	L'intégration au sein du statut personnel : la prise en compte des spécificités	197
B.	Une qualification subordonnée à l'enregistrement par une autorité publique.....	199
Paragraphe 2.	Un rattachement adapté : les spécificités du partenariat enregistré.....	200
I.	Le choix d'un rattachement autonome	200
A.	Le rejet des rattachements classiques du statut personnel et des contrats	200
B.	Le rattachement à la loi de l'autorité d'enregistrement.....	203
1.	L'adhésion à la méthode conflictuelle bilatérale.....	203
2.	L'utilisation d'un correctif par l'exclusion du renvoi	205
II.	Les justifications pratiques d'un rattachement autonome	206
Sous-section 2.	La délimitation du domaine de la loi applicable aux partenariats enregistrés	208
Paragraphe 1.	Les conditions de fond de formation du partenariat enregistré	209
I.	L'application globale de la loi de l'institution.....	209
A.	Les conditions personnelles aux partenaires : l'intervention de la loi nationale.....	209
B.	Les empêchements bilatéraux liant les partenaires : la question des partenariats successifs	211
II.	L'intervention de l'ordre public international : les partenariats incestueux	213
Paragraphe 2.	Les conditions de forme de formation du partenariat enregistré.....	214
I.	L'application globale de la loi de l'institution.....	215
A.	La compétence de l'autorité d'enregistrement.....	215
B.	Les modalités pratiques d'enregistrement d'un pacte civil de solidarité	216
II.	Les difficultés de mise en œuvre de la loi de l'institution	217
A.	La production du certificat de coutume : preuve de l'absence d'empêchement.....	217
B.	L'enregistrement du partenariat par une autorité consulaire ou diplomatique.....	218
CONCLUSION DU TITRE I		223
TITRE II : DE LA NOUVELLE VAGUE INITIÉE PAR LA LOI DU 17 MAI 2013		225
CHAPITRE I : LA CÉLÉBRATION PERMISSIVE EN FRANCE D'UN MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE		227
.....		227
Section 1.	Les nouvelles règles de conflit de lois relatives à la célébration d'un mariage en France.....	227
Sous-section 1.	Les conditions d'ordre substantiel : l'abandon de l'application cumulative des lois nationales ..	228
Paragraphe 1.	L'éviction de la loi personnelle prohibitive : les conditions extensives fondées sur la proximité	229
I.	L'application de principe de la loi nationale.....	229
A.	Le mariage impliquant des époux de même nationalité	229
1.	Le critère de la loi nationale commune	230
2.	Les difficultés de détermination de la loi nationale	231
B.	Le mariage impliquant des époux de nationalités divergentes	233
1.	Les empêchements unilatéraux : un schéma distributif.....	234
2.	Les empêchements bilatéraux : un schéma cumulatif	236
II.	Le tempérament législatif fondé sur la proximité	237
A.	La proximité fondée sur la nationalité.....	238
B.	La proximité fondée sur le domicile ou la résidence	239
Paragraphe 2.	La nature ambiguë de la règle posée par l'article 202-1 du Code civil	241
I.	Le pluralisme des méthodes en droit international privé	242
A.	L'utilisation d'une méthode directe : objet de controverses	242
1.	L'impossible qualification de loi de police : l'indifférence de l'ordre juridique désigné.....	242
2.	L'envisageable utilisation d'une règle à finalité matérielle : un objectif déterminé	244
B.	Un dispositif spécifique : la neutralisation de la loi étrangère prohibitive	246
1.	Une double logique conflictuelle et substantielle	246
2.	L'adoption d'une exception d'ordre public	248
II.	Une règle au service de l'ouverture internationale du mariage entre personnes de même sexe	250
A.	Le principe d'égalité devant la loi mis à l'épreuve.....	250
B.	Les craintes inhérentes à la situation internationale.....	251
1.	Les risques de tourisme nuptial limités	251
2.	La multiplication de mariages boiteux favorisée	253
Sous-section 2.	Les conditions d'ordre formel : la multiplication des lieux de célébration possibles.....	255
Paragraphe 1.	La compétence étendue de l'officier de l'état civil français	255
I.	L'application de principe de la lex loci celebrationis.....	255
A.	Le fondement et le caractère de la lex loci celebrationis	255
B.	La concrétisation de la lex loci celebrationis	257
II.	Les règles relatives à la compétence de l'officier de l'état civil assouplies	259
A.	Les critères de compétence territoriale empreints de libéralisme.....	260
B.	Les modalités pratiques entourant la compétence de l'officier de l'état civil français.....	262

Paragraphe 2. La compétence limitée des agents diplomatiques ou consulaires français.....	264
I. L'indispensable respect de la Convention de Vienne du 24 avril 1963	264
A. Un mariage consulaire ou diplomatique traditionnellement admis.....	265
1. Le cas des époux de nationalité française	265
2. Le cas des couples mixtes.....	266
B. Les difficultés inhérentes aux mariages entre personnes de même sexe	267
II. Le nouvel article 171-9 du Code civil comme extension de compétence	269
A. Une extension abandonnant le lien territorial	269
B. Une extension limitée par la fraude	271
Section 2. L'articulation des nouvelles règles de conflit avec les conventions bilatérales relatives au statut personnel	272
Sous-section 1. Une articulation conditionnée par le respect de la hiérarchie des normes et de l'ordre public international	273
Paragraphe 1. Le nécessaire respect des engagements internationaux de la France	273
I. La primauté du droit international dans l'ordonnement juridique français	273
A. La place des normes internationales dans l'ordre juridique interne	274
B. Le panorama des conventions bilatérales conclues par la France	275
II. L'exemple de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981.....	277
A. L'illustration au travers de l'arrêt du 28 janvier 2015 de la Cour de cassation	277
B. La portée de l'arrêt du 28 janvier 2015 de la Cour de cassation	279
Paragraphe 2. L'adaptation de l'ordre public international français.....	282
I. L'affirmation d'un droit au mariage entre personnes de même sexe.....	282
A. L'utilisation du principe d'actualité de l'ordre public	282
B. Le parallèle avec des solutions voisines en matière de statut personnel	284
1. Le divorce	284
2. L'égalité des filiations	285
II. Les modalités d'évolution de l'ordre public international	287
A. L'influence de la CEDH sur le contenu de l'ordre public.....	287
B. L'opportunité de la modification du contenu de l'ordre public.....	288
Sous-section 2. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public international	290
Paragraphe 1. La rupture avec l'ordre public de proximité classique	290
I. La traditionnelle proximité avec l'ordre juridique du for	291
II. L'originale proximité avec un ordre juridique étranger	292
Paragraphe 2. Les effets de l'exception d'ordre public	295
I. Une substitution en faveur de la loi plus libérale.....	295
II. Une substitution limitée à la disposition prohibitive	296
CHAPITRE II : LA RECONNAISSANCE ACCRUE DES MARIAGES ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE	299
Section 1. La reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger en France avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013	300
Sous-section 1. Une reconnaissance au champ d'application incertain	300
Paragraphe 1. L'incertitude relative aux nationalités des couples concernés.....	301
I. Le mariage impliquant au moins une personne de nationalité française assurément inclus.....	301
II. Le mariage impliquant deux personnes de nationalité étrangère <i>a priori</i> exclu.....	302
Paragraphe 2. L'application de la règle transitoire au couple impliquant un Français.....	304
I. Le respect des conditions du droit français.....	304
II. L'irrespect des formalités préalables au mariage excusé.....	306
A. La publication des bans	306
B. La délivrance d'un certificat de capacité à mariage.....	309
Sous-section 2. Les effets de la reconnaissance du mariage	311
Paragraphe 1. Les effets à l'égard des époux et des enfants.....	311
I. Des effets liés à la célébration du mariage.....	311
II. Les difficultés de détermination de l'étendue de la rétroactivité	313
Paragraphe 2. Les effets à l'égard des tiers	314
I. L'indispensable transcription sur les registres de l'état civil français.....	314
A. Les conditions et enjeux de la transcription	315
B. Les motifs de refus de transcription	316
II. Une date d'opposabilité aux tiers discutée	319
A. Les difficultés liées à une prise d'effets différée	319
B. L'original tempérament à la sanction d'inopposabilité	320
Section 2. La reconnaissance des mariages célébrés après la loi du 17 mai 2013	322
Sous-section 1. La reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger en France	322
Paragraphe 1. Une reconnaissance acquise par l'article 202-1 du Code civil.....	323
I. Les conditions favorables à l'accueil des mariages entre personnes de même sexe	323

A.	Le respect des conditions de fond et de forme de formation de l'union	324
B.	Des critères de rattachement excessivement permissifs	324
II.	La mise à l'écart des conventions bilatérales relatives au statut personnel	326
Paragraphe 2.	Un refus exceptionnel de reconnaissance.....	327
I.	Un mariage autorisé sans aucun lien de rattachement avec le pays de célébration	327
II.	Un refus de reconnaissance contestable	328
Sous-section 2.	La reconnaissance d'un mariage célébré en France à l'étranger	329
Paragraphe 1.	Une reconnaissance conditionnée par la position de l'État d'accueil	330
I.	La reconnaissance dans un pays admettant l'union entre personnes de même sexe	330
A.	L'utilisation de la méthode classique de reconnaissance	330
B.	Une méthode classique hostile à la reconnaissance	331
II.	La reconnaissance dans un pays refusant l'union entre personnes de même sexe	333
A.	Du refus de reconnaissance à la requalification en partenariat enregistré	333
B.	De l'accueil sous certaines conditions à l'accueil pur et simple.....	336
Paragraphe 2.	Réflexions sur l'utilisation de la méthode de la reconnaissance des situations créées à l'étranger	338
I.	Une méthode <i>a priori</i> favorable à la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe	339
A.	Les conditions de mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance.....	339
1.	Une nécessaire cristallisation de la situation	340
2.	Le contrôle de l'intervention de l'État d'origine dans la constitution de la situation.....	341
B.	L'exemple de la Convention de La Haye du 14 mars 1978	343
II.	Une méthode alignée sur les exigences supranationales.....	346
A.	Le respect des droits fondamentaux garanti par la Convention européenne	346
1.	Une influence sur les règles de conflit de lois	346
2.	Une influence sur l'ordre public international	348
B.	Le respect des droits et libertés garanti par l'Union européenne	350
1.	Une jurisprudence initialement appliquée en matière de nom	350
2.	Une possible extension en matière de mariages entre personnes de même sexe	353
	CONCLUSION DU TITRE II	359
	CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	361
	DEUXIÈME PARTIE : LA FILIATION AU SEIN DES COUPLES DE MÊME SEXE	363
	TITRE I : LES TECHNIQUES PROCRÉATIVES ENVISAGEABLES POUR UN COUPLE DE PERSONNES DE MÊME SEXE	365
	CHAPITRE I : L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION : UNE INTERDICTION RELATIVE EN FRANCE...	367
Section 1.	Accès à l'assistance médicale à la procréation et législation comparée.....	368
Sous-section 1.	L'accès refusé aux couples de personnes de même sexe en droit français	369
Paragraphe 1.	La rigueur initiale de l'accès en droit français	369
I.	Une infertilité pathologique du couple médicalement diagnostiquée.....	369
II.	Un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité.....	371
Paragraphe 2.	L'accès à ce jour limité aux couples hétérosexuels en France.....	374
I.	La demande parentale d'un couple formé d'un homme et d'une femme	374
A.	Une notion de couple précisément définie	374
B.	Une position justifiée par l'intérêt de l'enfant	376
II.	Une amorce d'évolution du caractère hétérosexuel du couple	379
1.	La remise en question constante du caractère hétérosexuel.....	379
2.	Vers l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes	383
a.	Des rapports et avis favorables au changement.....	384
b.	Les enseignements du projet de loi relatif à la bioéthique	387
Sous-section 2.	L'éventail des règles régissant l'accès aux couples de personnes de même sexe en droit étranger	391
Paragraphe 1.	Les pays ouvrant l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes	391
I.	L'hétérogénéité des législations en Europe	391
A.	Les États européens insensibles à l'état civil et à l'orientation sexuelle des bénéficiaires.....	392
B.	Le cadre juridique luxembourgeois : l'absence de réglementation.....	396
II.	Les législations libérales à l'échelle mondiale	398
Paragraphe 2.	Les pays réservant l'assistance médicale à la procréation aux couples de sexe différent	400
I.	Les cadres juridiques suisse, italien et allemand : une approche restrictive.....	401
II.	Le cadre juridique grec : l'originale ouverture aux seules femmes célibataires.....	403
Section 2.	La détermination de la loi applicable à l'accès à l'assistance médicale à la procréation	404
Sous-section 1.	L'impossible utilisation d'une règle de conflit de lois	405
Paragraphe 1.	La regrettable absence de sources internationales	405

I.	La faible émergence d'un droit international de la bioéthique	405
II.	L'omission de l'assistance médicale à la procréation des textes internationaux	408
Paragraphe 2.	La tentative vaine du règlement du conflit de lois	410
I.	Une intégration <i>a priori</i> possible au sein du statut personnel	411
II.	La loi personnelle impropre au règlement du conflit de lois	412
Sous-section 2.	Les dispositions du Code de la santé publique envisagées comme loi de police	414
Paragraphe 1.	L'absence d'encadrement strict de la notion de la loi de police	414
I.	Une identification imparfaite des lois de police	415
II.	Une application conditionnée par un lien de rattachement	417
Paragraphe 2.	L'accès à l'assistance médicale à la procréation fonction de la politique législative française	419
I.	Une pratique soumise aux seules exigences de l'État français	419
II.	L'emploi <i>a priori</i> contestable des lois de police au regard de la place du patient	422
CHAPITRE II : LA GESTATION POUR AUTRUI : UNE INTERDICTION ABSOLUE EN FRANCE	425	
Section 1.	Accès à la gestation pour autrui et législation comparée	426
Sous-section 1.	La prohibition de principe de la gestation pour autrui en droit français	427
Paragraphe 1.	Les fondements de l'interdiction	427
I.	Une condamnation jurisprudentielle	428
A.	L'interdiction initiale des associations intermédiaires	428
B.	L'illicéité subséquente du contrat de gestation pour autrui	430
II.	Une condamnation légale	431
A.	Une prohibition encadrée par la loi du 29 juillet 1994	431
1.	Une interdiction d'ordre public	431
2.	Un refus maintenu en l'état du droit positif	432
B.	Une prohibition assortie de condamnations pénales	434
1.	Des sanctions pénales sévères	434
a.	La supposition d'enfant	435
b.	Les sanctions des intermédiaires	436
2.	Une répression limitée aux infractions commises en France	438
Paragraphe 2.	Les principes juridiques en cause	442
I.	La résistance des principes classiques d'ordre public	442
A.	Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes	442
B.	Le principe d'indisponibilité du corps humain	445
II.	L'émergence du principe de la dignité de la personne humaine	447
Sous-section 2.	L'accueil de la gestation pour autrui en droit étranger	450
Paragraphe 1.	Les États prohibant la gestation pour autrui	450
I.	Un contrat nul et une pratique pénalement sanctionnée dans une majorité d'États européens	451
II.	Une pratique aux sanctions variables aux États-Unis et au Canada	452
A.	L'absence de loi fédérale signe de l'autonomie législative aux États-Unis	453
B.	Une prohibition fédérale canadienne limitée aux contrats à titre onéreux	454
Paragraphe 2.	Les États tolérant ou autorisant la gestation pour autrui	456
I.	Une pratique tolérée dans le silence de la loi dans plusieurs États	456
A.	Une tolérance limitée par des indications médicales en Europe	456
B.	Une tolérance guidée par le lien génétique dans certains États des États-Unis	458
II.	Une pratique autorisée et encadrée dans une minorité d'États	459
A.	L'autorisation légale conditionnée en Europe	459
1.	Les cadres libéraux : une technique ouverte aux couples homosexuels sous conditions	460
2.	Un cadre restreint : une technique réservée aux couples hétérosexuels	462
B.	L'autorisation légale disparate dans le reste du monde	464
1.	Des conditions de validité nettement variables aux États-Unis	464
a.	Une nette faveur à l'égard des couples hétérosexuels	464
b.	La construction jurisprudentielle californienne fondée sur l'intention	466
2.	L'évolution législative restrictive des États initialement libéraux	467
Section 2.	La réception en France des actes de naissance étrangers	469
Sous-section 1.	Le refus initial de la transcription de l'acte de naissance étranger	469
Paragraphe 1.	Les justifications du refus de transcription	470
I.	Le recours à l'exception d'ordre public international	470
A.	Le rayonnement international de la prohibition française	471
B.	Une possession d'état inefficace face au mode de conception de l'enfant	475
II.	Le recours à la fraude à la loi	477
A.	La caractérisation d'un processus d'ensemble frauduleux	477
B.	Une conformité à la réalité biologique indifférente	479
Paragraphe 2.	La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme	480
I.	L'absence de violation du droit au respect de la vie familiale des parents	481

II. La violation du droit au respect de la vie privée des enfants	483
A. Une atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française	484
B. Une atteinte cantonnée au défaut de reconnaissance de la filiation paternelle biologique	485
Sous-section 2. L'autorisation sous conditions de la transcription de l'acte de naissance étranger	490
Paragraphe 1. Le nécessaire respect de l'article 47 du Code civil	490
I. La force probante des actes de l'état civil réalisés à l'étranger conditionnée	490
II. Un acte de naissance conforme aux exigences posées par l'article 47 du Code civil	496
A. Une transcription totale de l'acte de naissance	497
B. Une transcription partielle de l'acte de naissance.....	499
Paragraphe 2. La position jurisprudentielle française confrontée à l'article 8 de la Convention européenne	502
I. La demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne	502
A. Une option offerte par le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme ...	503
B. Une jurisprudence française a priori validée par l'avis de la Cour européenne	505
II. Une solution <i>a priori</i> transposable aux couples de personnes de même sexe	510
CONCLUSION DU TITRE I	515
TITRE II : L'ÉTABLISSEMENT DU LIEN DE FILIATION AU SEIN D'UN COUPLE DE PERSONNES DE MÊME SEXE ...	517
CHAPITRE I : LA CONSÉCRATION DE LA FILIATION HOMOPARENTALE FONDÉE SUR UN LIEN ADOPTIF	519
Section 1. De la reconnaissance de la parentalité à l'assouplissement vers la parenté avant la loi du 17 mai 2013	519
Sous-section 1. La prise en compte de la parentalité homosexuelle	519
Paragraphe 1. La dissociation nécessaire entre parenté et parentalité	520
I. L'attribution d'un titre par la parenté	520
II. L'attribution d'une fonction par la parentalité	521
Paragraphe 2. L'admission de la délégation-partage de l'autorité parentale en droit interne	525
I. La délégation : mécanisme dérogatoire d'exercice de l'autorité parentale	525
A. Le principe de coparentalité impacté par la délégation	525
B. La délégation-partage : outil au service du couple homosexuel.....	530
1. Un partage principalement pratiqué au sein des couples homosexuels	530
2. Un partage en principe soumis à l'existence de circonstances particulières	536
II. Une projection à l'international dépendante de l'État de résidence habituelle de l'enfant	541
Sous-section 2. Le refus tempéré de la parenté homosexuelle	544
Paragraphe 1. La fermeture de l'adoption simple au concubin ou partenaire homosexuel en droit interne ..	545
I. L'inadaptation de l'adoption simple au service d'un couple homosexuel féminin	545
II. Une inadaptation conforme aux droits fondamentaux.....	548
A. Une disposition compatible avec les droits fondamentaux.....	549
B. Le regrettable silence quant à l'intérêt de l'enfant	552
Paragraphe 2. Le tempérament : la reconnaissance d'une adoption simple prononcée à l'étranger	554
I. Les règles relatives à la reconnaissance d'une adoption prononcée à l'étranger	554
A. Les adoptions prononcées dans un État partie à la Convention de La Haye	554
B. Les adoptions prononcées dans un État non partie à la Convention de La Haye	557
II. Une solution conditionnée : l'impossible création d'un double lien de filiation monosexuée	562
A. La seule conformité de l'adoption simple à l'ordre public international français	562
1. La tolérance de l'adoption simple fondée sur le partage de l'autorité parentale	563
2. L'étonnante inutilisation des facteurs de perturbation de l'ordre public international.....	566
B. La contrariété à l'ordre public international des conséquences sur l'état civil d'une adoption plénière.....	568
Section 2. De la consécration de l'homoparenté par l'adoption conjointe d'un enfant par un couple de personnes de même sexe	572
Sous-section 1. Les règles générales applicables à l'adoption internationale	573
Paragraphe 1. La phase administrative préliminaire	573
I. L'obtention préalable d'un agrément	573
II. La recherche d'un enfant à adopter	575
Paragraphe 2. La phase judiciaire : la loi applicable à l'adoption internationale	580
I. Retour sur la construction jurisprudentielle antérieure à la loi du 6 février 2001	580
II. L'intervention législative : la loi du 6 février 2001	585
A. La compétence principale de la loi nationale de l'adoptant.....	585
1. Les conditions de l'adoption soumises à la loi nationale de l'adoptant	586
2. Le tempérament fondé sur la prohibition de l'adoption par la loi nationale des époux	587
B. La compétence résiduelle de la loi nationale de l'adopté	589
1. La recherche d'un équilibre entre respect du droit étranger et intérêt de l'enfant.....	589
a. La prohibition de l'adoption par la loi personnelle du mineur tempérée par la proximité le liant au for.....	589
b. La jurisprudence spécifique relative à la kafala.....	593
2. La règle matérielle relative au consentement	600

Sous-section 2. Les obstacles pratiques à l'adoption conjointe d'un enfant	603
Paragraphe 1. Les difficultés posées par l'application de l'article 370-3, alinéa 1 au sein d'un couple marié de même sexe	603
I. Les difficultés inhérentes à la divergence de position quant à l'admission de l'union entre personnes de même sexe	603
II. La réaction de l'ordre public international français face aux législations restrictives	605
Paragraphe 2. Les limites posées par les États refusant l'adoption d'un enfant par deux personnes de même sexe	607
CHAPITRE II : LA CONSTRUCTION DE LA FILIATION HOMOPARENTALE À LA SUITE D'UN PROCÉDÉ D'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION.....	611
Section 1. L'établissement du lien de filiation des enfants issus d'assistance médicale à la procréation pratiquée à l'étranger.....	611
Sous-section 1. L'établissement de la filiation à l'égard de la femme ayant mis au monde l'enfant.....	611
Paragraphe 1. La détermination de la loi applicable aux filiations issues d'une AMP	612
I. La diversité des propositions doctrinales	612
II. La nécessaire application de la loi personnelle de la mère	616
Paragraphe 2. L'application des règles générales de conflit de lois françaises relatives à la filiation	617
I. Le rattachement de principe à la loi nationale de la mère	618
A. Le rattachement principal à la loi nationale de la mère	618
B. Le rattachement subsidiaire à la loi nationale de l'enfant.....	621
II. Le correctif fondé sur la proximité avec le for.....	624
Sous-section 2. L'établissement de la filiation à l'égard de la conjointe de la mère légale de l'enfant	628
Paragraphe 1. Une jurisprudence initialement instable	629
I. L'analyse préalable commune du mode de conception de l'enfant	629
A. Le prononcé de l'adoption dépendant de la licéité du mode de conception	629
B. L'indifférence du mode de conception de l'enfant.....	631
II. Une fraude à la loi française non caractérisée	634
A. L'inexistante manipulation d'un élément de la règle de conflit de lois	634
B. Une sanction de la fraude à la loi inadaptée	638
Paragraphe 2. Le contournement de l'interdit français par l'adoption de l'enfant du conjoint admise	641
I. Les fondements des avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014	641
A. Le rejet de la solution fondée sur la fraude à la loi	642
B. La volonté implicite du législateur français	645
II. Le seul respect des conditions légales de l'adoption de l'enfant du conjoint	647
Section 2. L'établissement du lien de filiation des enfants issus de gestations pour autrui pratiquées à l'étranger	651
Sous-section 1. L'établissement du lien de filiation à l'égard du parent d'intention non biologique	651
Paragraphe 1. L'admission initiale d'une voie indirecte : l'adoption de l'enfant du conjoint	651
I. L'adoption par le parent d'intention non biologique de l'enfant.....	652
A. Une possibilité offerte par les arrêts du 5 juillet 2017 de la Cour de cassation	652
1. Une jurisprudence applicable aux couples hétérosexuels.....	653
2. Une jurisprudence étendue aux couples homosexuels	654
B. Les modalités de mise en œuvre de l'adoption	657
II. L'obligation de reconnaître un lien de filiation entre enfant et parent d'intention non biologique imposée par la Cour européenne.....	661
A. Une obligation dictée par l'avis du 10 avril 2019 de la Cour européenne des droits de l'Homme..	661
B. La solution de la jurisprudence française a priori conforme aux exigences européennes	664
Paragraphe 2. La consécration actuelle d'une voie directe : la transcription totale de l'acte de naissance étranger.....	667
I. La transcription totale envisagée comme exceptionnelle.....	667
II. La transcription totale érigée au rang de principe	669
Sous-section 2. La nécessaire recherche d'un équilibre entre l'interdit français et la stabilité du statut juridique de l'enfant.....	673
Paragraphe 1. Une intervention législative interne préconisée face aux nouvelles techniques de procréation	673
I. Les insuffisances de l'opération de transcription.....	674
II. L'inadaptation du droit français de la filiation	679
A. L'inadéquation de l'adage mater semper certa est à la gestation pour autrui.....	679
B. L'inaptitude de la seule volonté comme fondement de la filiation	681
Paragraphe 2. L'indispensable élaboration d'un instrument à vocation internationale	684
I. Le rejet de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques	684
II. L'adoption d'une Convention de coopération internationale	688
A. La recherche de l'instrument adéquat	688
B. Vers un instrument de coopération internationale ?	691

1. Les travaux de la Conférence de droit international privé de La Haye	691
2. Les enseignements de la Convention de La Haye du 29 mai 1993	694
<i>CONCLUSION DU TITRE II</i>	<i>699</i>
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	701
CONCLUSION GÉNÉRALE	703
BIBLIOGRAPHIE	707
INDEX	797
TABLE DES MATIÈRES	803

Résumé en français

Cette étude a pour objectif de mettre en lumière les dernières réformes en droit interne de la famille à l'aune du droit international privé. En effet, la famille est constamment sujette à changement, mais la perception que chaque État a de celle-ci est très différente. Le développement de nouveaux modes de conjugalité et plus récemment l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe en sont certainement les meilleures illustrations. À l'heure actuelle, la question du couple homoparental en droit international privé représente un enjeu majeur. La reconnaissance juridique du couple homosexuel a été le fruit d'un long travail tant jurisprudentiel que législatif, et ce sous l'influence, plus que prédominante, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qu'il est intéressant d'étudier afin d'appréhender au mieux la situation présente. La coexistence de différents statuts conjugaux selon les États en cause entraîne de nombreuses interrogations quant à la loi applicable à la formation de ces derniers dans les rapports internationaux, mais également quant à leur reconnaissance dans les États tiers. Cette question renouvelle la place des différents mécanismes classiques de droit international privé. En outre, la récente ouverture du mariage aux couples de même sexe en France, mais également dans de nombreux autres États, tant à l'échelle européenne que mondiale, amène à s'interroger sur les potentiels modes d'établissement d'un lien de filiation au sein d'un couple homoparental. Or, dans la mesure où elles impliquent, dans la majorité des situations, un franchissement des frontières et engendrent alors la présence d'éléments d'extranéité, l'adoption homosexuelle, la gestation pour autrui et l'insémination artificielle avec tiers donneur sont autant de questions nouvelles qui méritent des éclaircissements de droit international privé. La position du droit français à l'encontre des différents modes procréatifs n'étant pas nécessairement celle partagée par les États voisins, les couples homosexuels tant masculins que féminins n'hésitent pas à se rendre à l'étranger afin de bénéficier par le biais d'une loi plus libérale de ce que le droit français leur interdit. Toute la difficulté réside alors dans la réception à leur retour en France de la filiation acquise à l'étranger. Le droit international privé mérite une attention particulière engendrée par la conciliation entre des positions législatives si différentes.

Mots-clés : couples de même sexe, filiation, homoparentalité, assistance médicale à la procréation, gestation pour autrui, droit international privé

Résumé en anglais

This study aims to highlight the latest reforms in domestic family law according to private international law. Indeed, the family is constantly subject to change but the perception that each State has of it is very different. The development of new forms of conjugality and more recently the opening of marriage to same-sex couples are certainly the best illustrations of this. Currently, the issue of same-sex couples in private international law is a major challenge. The legal recognition of same-sex couple has been the result of a long jurisprudential and legislative work, under the significant influence of the case law of the European Court of Human Rights, which it is interesting to study in order to better understand the present situation. The coexistence of different conjugal statuses according to the States involved raises many questions as to the law applicable to their formation in international relations, but also as to their recognition in third States. This question renews the place of the traditional mechanisms of private international law. Furthermore, the recent opening of marriage to same-sex couples in France, but also in many other States at both the European and world level, raises questions about the potential ways of establishing a child parent relationship within an homoparental couple. However, insofar as a crossing of borders is involved in most cases, the presence of international elements is generated. Homosexual adoption, surrogate motherhood and artificial insemination with a third-party donor are thus all new questions that deserve clarification in private international law. The position of French law against the different reproduction methods being different from the one shared by neighboring states, homosexual couples do not hesitate to go abroad in order to benefit a more liberal law. The difficulty then lies in the reception on their return to France of the filiation acquired abroad. Private international law deserves special attention caused by the conciliation between such different legislative positions.

Key words : same-sex couples, filiation, homoparentality, artificial insemination, surrogate motherhood, private international law