



**HAL**  
open science

# Le couple en droit international privé : contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple

Gaëtan Escudey

## ► To cite this version:

Gaëtan Escudey. Le couple en droit international privé : contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple. Droit. Université de Bordeaux, 2016. Français. NNT : 2016BORD0301 . tel-01447611

**HAL Id: tel-01447611**

**<https://theses.hal.science/tel-01447611v1>**

Submitted on 27 Jan 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE  
POUR OBTENIR LE GRADE DE  
**DOCTEUR DE  
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)  
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

**Par Gaëtan ESCUDEY**

**LE COUPLE EN DROIT  
INTERNATIONAL PRIVÉ**

**CONTRIBUTION À L'ADAPTATION MÉTHODOLOGIQUE  
DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DU COUPLE**

Sous la direction de Madame le Professeur Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ

Soutenue le 1<sup>er</sup> décembre 2016

Membres du jury :

**Monsieur Hugues FULCHIRON,**

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III, *rapporteur*

**Madame Fabienne JAULT-SESEKE,**

Professeur à l'Université de Versailles

**Monsieur Jean-Pierre LABORDE,**

Professeur émérite à l'Université de Bordeaux

**Monsieur Gian Paolo ROMANO,**

Professeur à l'Université de Genève, *rapporteur*

**Madame Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ,**

Professeur à l'Université de Bordeaux, *directrice de thèse*



*L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions exprimées dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*



## REMERCIEMENTS

C'est avec un profond sentiment de gratitude que je tiens à remercier les personnes qui m'ont accompagné durant ces années de recherche, et sans lesquelles cette aventure n'aurait pas été aussi belle.

Mes remerciements vont en premier lieu à ma directrice de thèse, Madame le Professeur Sandrine Sana-Chaillé de Néré, pour son soutien sans faille durant ces quatre années. De notre premier à notre dernier rendez-vous de thèse, elle a toujours su faire rimer exigence avec bienveillance. Cette étude n'aurait pas pu aboutir sans ses questionnements, souvent déstabilisants mais toujours pertinents, ses encouragements, et la totale liberté scientifique qu'elle m'a laissée. Je lui suis profondément reconnaissant de m'avoir permis d'exploiter mon idée, et de m'avoir fait grandir.

Je souhaite également remercier les membres de mon jury de soutenance, Madame le Professeur Fabienne Jault-Seseke, Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, Monsieur le Professeur Jean-Pierre Laborde et Monsieur le Professeur Gian Paolo Romano, dont les travaux ont véritablement inspiré cette étude. Plus particulièrement, je suis reconnaissant envers le Professeur Jean-Pierre Laborde pour m'avoir transmis le goût du droit international privé.

S'il est vrai que la rédaction d'une thèse est un travail solitaire, je tiens toutefois à exprimer ma gratitude aux membres du *Centre de Recherche et de Documentation Européennes et Internationales* qui, bien plus que des collègues de travail, constituent une véritable famille. Merci à Florence Quéré et à Dominique Marmié pour leur soutien quotidien et pour leur joie de vivre.

Je suis extrêmement reconnaissant d'avoir été si bien entouré durant cette aventure. Merci à mes amis de m'avoir apporté l'énergie dont j'avais besoin pour terminer ce travail, notamment Victor, Antoine, Camille, Thomas, Julia, Christopher, Hélène, Lea, Djamal, Baïna, Jean, Marion, Julien, Fabrice, Yoanna, ainsi que tous ceux qui m'ont accompagné tout au long de ces années.

Il y a enfin celle sans qui tout cela n'aurait pas été possible. Merci à ma *maman* de m'avoir toujours soutenu au travers des épreuves de la vie, d'avoir cru en moi, et de m'avoir permis de me réaliser.



## ABREVIATIONS ET ACCRONYMES

Aff.	Affaire
<i>AJDA</i>	<i>Actualité Juridique de Droit Administratif</i>
<i>AJ Famille</i>	<i>Actualité Juridique Famille</i>
C.C.	Conseil Constitutionnel
CDHNU	Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies
Cf.	Confère
CIDH	Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme
Conv. EDH	Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européenne
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CREDOF	Centre de Recherches et d'Etudes sur les Droits Fondamentaux
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
Dr. Famille	Revue droit de la Famille
<i>Deffrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Deffrénois</i>
Dir.	Sous la direction de
<i>Dr. Famille</i>	<i>Revue de droit de la Famille</i>
éd.	Edition
<i>EJLR</i>	<i>European Journal of Law Reform</i>
<i>GACED</i>	<i>Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme</i>
<i>GADIP</i>	<i>Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de Droit International Privé</i>
<i>Gaz. pal.</i>	<i>La Gazette du Palais</i>



<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>JCP G</i>	<i>Juris-Classeur Périodique – La semaine juridique, Edition Générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>Juris-Classeur Périodique – La semaine juridique, Edition notariale et immobilière</i>
<i>J.-Cl.</i>	<i>Juris-Classeur</i>
<i>JDE</i>	<i>Journal de Droit Européen</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal de Droit International</i>
<i>JEDH</i>	<i>Journal européen des droits de l’Homme,</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
n°	Numéro
p.	Page
PACS	Pacte civil de solidarité
PUAM	Presses Universitaire d’Aix-Marseille
<i>Préc.</i>	Précité
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des cours de l’académie de droit international</i>
Req.	Requête
Rep.	Répertoire
<i>RDLF</i>	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue Internationale de Droit Comparé</i>
<i>RCDIP</i>	<i>Revue Critique de Droit International Privé</i>
<i>RTD Civ.</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit civil</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme</i>
s.	Et suivant
Spé.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome

*TCFDIP*

*Travaux du Comité Français de Droit  
International Privé*

TFUE

Traité sur le Fonctionnement de l'Union  
Européenne

TUE

Traité sur l'Union Européenne

UE

Union Européenne

Vol.

Volume



# SOMMAIRE

## **PARTIE I : L'INADAPTATION ACTUELLE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE DU COUPLE**

### **TITRE I : L'INADAPTATION DE LA METHODE CONFLICTUELLE CLASSIQUE APPLIQUEE AUX COUPLES**

CHAPITRE I : L'INADAPTATION DES RATTACHEMENTS CONFLICTUELS

CHAPITRE II : L'INADAPTATION DE LA LOGIQUE CONFLICTUELLE

### **TITRE II : L'INSUFFISANCE DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE APPLICABLE AUX COUPLES**

CHAPITRE PRELIMINAIRE : LES ASSISES THEORIQUES DE LA METHODE DE LA  
RECONNAISSANCE

CHAPITRE I : L'APPLICABILITE INCERTAINE DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE

CHAPITRE II : L'EFFECTIVITE LIMITEE DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE

## **PARTIE II : L'ADAPTATION PROPOSEE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE DU COUPLE**

### **TITRE I : LE CADRE THEORIQUE DE L'ADAPTATION PROPOSEE**

CHAPITRE I : LA PROPOSITION D'UNE NOUVELLE CATEGORIE DE RATTACHEMENT

CHAPITRE II : LA PROPOSITION DE NOUVEAUX FACTEURS DE RATTACHEMENT

### **TITRE II : LA MISE EN ŒUVRE PRATIQUE DE L'ADAPTATION PROPOSEE**

CHAPITRE I : LA LOI APPLICABLE AUX UNIONS CONJUGALES FORMELLES

CHAPITRE II : LA LOI APPLICABLE AUX UNIONS CONJUGALES INFORMELLES



# INTRODUCTION

1. Issu du terme latin *copula*, le mot « couple » renvoie au lien, à l'union, à ce qui sert à attacher, à lier. Il traduit l'idée d'un lien entre deux personnes souhaitant se donner l'une à l'autre pour vivre en commun et vieillir ensemble. Le couple fait ainsi référence à la « famille relationnelle »<sup>1</sup> qui se constitue à partir d'individus qui cherchent à « trouver ce difficile compromis entre la réalisation de soi et le respect de l'autre »<sup>2</sup>.

2. La société française traditionnelle n'a longtemps reconnu qu'une seule forme de couple, celle fondée sur le mariage et sur ses règles d'ordre public. Marquées par l'exclusivité du modèle matrimonial et de la famille légitime, ces règles consacraient la prépondérance du mari et du père<sup>3</sup>. Seule forme conjugale légalement reconnue, le mariage renvoyait alors, selon la célèbre formule de Portalis, 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 »<sup>4</sup>. La cellule familiale avait ainsi « pour vocation d'assurer l'ordre entre les générations et le mariage était le gage essentiel de la stabilité »<sup>5</sup>. A une époque où la religion catholique était particulièrement influente, le concubinage renvoyait quant à lui à des relations purement charnelles et sexuelles<sup>6</sup> considérées comme illicites, illégitimes ou immorales. En contradiction avec les valeurs de la société d'antan, le concubinage était, sinon réprimé, du moins ignoré par le législateur<sup>7</sup>. Si les révolutionnaires, avides de liberté, ont encouragé le concubinage, les rédacteurs du Code civil de 1804 ont préféré l'ignorer. En effet, selon la célèbre phrase de Napoléon, « les concubins se

---

<sup>1</sup> SINGLY DE (F.), *Le soi, le couple et la famille*, Nathan, coll. « Essais et recherches », Paris 1996.

<sup>2</sup> COMMAILLE (J.), « La construction du couple par les individus, la société et le politique. Approche sociologique » ; in *La notion juridique de couple* (dir. BRUNETTI-PONS), Economica, 1998, p. 11.

<sup>3</sup> Il s'agissait alors d'un ordre public de direction et non pas de protection, sur la question, v. notamment HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *Rep. droit civil*, Dalloz, 2015, spéc. n° 40-43.

<sup>4</sup> PORTALIS (J.-E.-M.), « Présentation du projet de loi sur le mariage au Corps législatif, le 16 ventôse an XI », in FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, p. 140.

<sup>5</sup> ROEHRIG (J.-C.), « La famille du troisième millénaire », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 311.

<sup>6</sup> En effet, du latin *concupio*, formé de *cum* et de *cubare*, le concubinage signifie étymologiquement « coucher avec ».

<sup>7</sup> V. BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *Rep. droit civil*, 2010.

passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux ». Il n'y avait donc « pas de famille sans couple et pas de couple sans mariage »<sup>8</sup>.

3. Mais, dès les années 1960, marquées par le mouvement de libération sexuelle consécutif à mai 1968, a soufflé un vent de liberté et d'individualisme que le doyen Carbonnier résumera ainsi : « A chacun sa famille, à chacun son droit »<sup>9</sup>. Le couple n'est désormais « plus une fin en soi, il devient un moyen : à chacun de choisir la formule qui lui convient »<sup>10</sup>. La famille fondée sur le mariage, autrefois perçue comme un élément indispensable à la vie en société, est désormais parfois ressentie comme un frein à l'épanouissement personnel. Le droit du mariage se libéralise alors peu à peu en laissant aux époux, désormais égaux, le droit d'organiser conventionnellement leur relation<sup>11</sup>. Leur est également reconnu un droit au divorce<sup>12</sup> qui devient le véritable corollaire de la liberté matrimoniale. Dans une société principalement tournée vers la satisfaction des désirs individuels, le couple se sépare ainsi progressivement de l'idée de famille et sa finalité n'est plus procréative. L'objet de notre étude ne sera pas la famille mais, précisément, le couple, cette relation charnelle et sentimentale qui se noue entre des individus désireux de construire un avenir en commun et de s'élever dans l'amour.

4. Alors que le couple est aujourd'hui émancipé de l'idée de famille, il ne renvoie plus non plus aux seuls liens du mariage. Le déclin de la morale religieuse, la souplesse de la politique familiale et le développement des unions hors-mariage ont en effet conduit à une reconnaissance légale du concubinage<sup>13</sup>. La société du 21<sup>ème</sup> siècle se construit « autour d'un

---

<sup>8</sup> LABEE (X.), *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 17.

<sup>9</sup> CARBONNIER (J.), *Essai sur les lois*, Deffrénois, 3<sup>ème</sup> ed. 2005, p. 167.

<sup>10</sup> ROHRIG (J.-C.), « La famille du troisième millénaire », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 312.

<sup>11</sup> V. RUBELLIN-DEVICHI (J.), *Mariage et famille en question, l'évolution contemporaine du droit français*, éditions du CNRS, t. 1, 1978, p. 75s : « la diminution de l'importance du mariage est marquée par la disparition de l'automatisme de ses effets » et FRANK (R.), « Mariage et concubinage, réflexions sur le couple et la famille », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 5 : « dans le droit actuel du mariage, on chercherait en vain des dispositions sur lesquelles la volonté des époux n'aurait aucune emprise ».

<sup>12</sup> Ainsi la réforme du 26 mai 2004, avec l'instauration du divorce pour altération définitive du lien conjugal, a-t-elle marquée le passage du droit de divorcer à un véritable droit au divorce dont la seule condition est le respect d'un délai de deux ans depuis la cessation de la communauté de vie entre les époux.

<sup>13</sup> JEANMART (N.), *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Larcier, 1975, n°1 : « la fréquence des relations hors mariages est telle que celles-ci constituent un fait dont le juriste ne peut se désintéresser ». Certains droits avaient, de façon très ponctuelle, déjà été reconnus par la loi 14 juillet 1913 qui

couple qui ne veut plus vivre hors la loi, mais qui ne semble plus vouloir non plus du modèle impératif proposé par le Code civil »<sup>14</sup>. Le concubinage est ainsi passé « de l'ombre à la lumière, de la déviance à la normalité et, finalement, du non-droit au droit »<sup>15</sup>. Le droit s'intéresse désormais aux couples non pas pour leur imposer un modèle conjugal unique et préétabli mais pour assurer l'effectivité, la solidité et la stabilité de leur union. De nombreuses législations nationales<sup>16</sup> ont ainsi admis de faire produire certains effets juridiques à ces « couples sans papiers »<sup>17</sup>. Elles cherchent à protéger un mode de conjugalité qui, bien que non traditionnel et informel, repose sur une vie commune stable et continue. Malgré leur diversité, ce qu'il est aujourd'hui courant d'appeler les « cohabitations hors-mariages », les « unions libres » ou encore les « concubinages »<sup>18</sup>, peuvent être définis comme des « relations affectives stables mais informelles 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 »<sup>19</sup>. Protégée par quelques dispositions de droit social et fiscal notamment<sup>20</sup>, l'union de fait que constitue le concubinage fait l'objet, en droit français, d'une définition légale depuis la loi du 15 novembre 1999. Ainsi, l'article 515-8 du Code civil dispose-t-il que « le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune

---

accorda des allocations sociales aux unions irrégulières et loi du 23 août 1914 qui admit l'attribution de secours aux personnes sans lien de droit avec le militaire à sa charge.

<sup>14</sup> LABBE (X.), *Le droit commun du couple*, Presses universitaires du Septentrion, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 28.

<sup>15</sup> DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 1 reprenant les propos du Doyen Carbonnier. Et l'auteur de continuer : « renonçant au mythe du modèle unique, celui du mariage, le droit pénètre le non droit-droit pour structurer le non-mariage ».

<sup>16</sup> Notamment dans les pays d'Europe de l'Est (au Kosovo dès 1974, en Slovénie dès 1976, en Croatie dès 1978, en Bosnie-Herzégovine dès 1979, en Serbie dès 1980) et de tradition hispano-portugaise (en Equateur dès 1982, en Colombie dès 1990, au Brésil dès 1994). Pour une étude des concubinages en droit comparé, v. notamment *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002 et DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004.

<sup>17</sup> Selon l'expression du Doyen Carbonnier in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 264 : « leur jeunesse prolongeable faisant présumer l'amour romantique, un amour libre, librement noué, librement rompu, ils semblent ne subir de pression que de leur passion et demeurer imperméable au conditionnement social ».

<sup>18</sup> Dans le cadre de nos développements, nous tiendrons ces appellations pour équivalentes en ce qu'elles renvoient toutes à ce que nous considérons comme des « unions conjugales informelles ». Sur la définition de ces unions au travers de l'utilisation proposée de la distinction entre unions formelles et informelles, cf. *infra* n°391s.

<sup>19</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 98. Et ce, parfois, même si les cohabitants ne partagent pas de relations intimes ou sexuelles. Il en va ainsi de la cohabitation légale en droit belge, des *reciprocal beneficiaries* d'Hawai et des *caring relationships* de Tasmanie. Plus généralement, sur les « couples non conjugaux », v. POUSSON-PETIT (J.), « Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 563s.

<sup>20</sup> Sur l'utilisation de la notion juridique de couple et la protection corrélative des concubins par le Code de la sécurité sociale, de l'action sociale et des familles, le Code général des impôts et le Code de la santé publique, cf. *infra* n°367s.



présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Par cet unique article, le législateur a donc défini les caractéristiques essentielles que doit présenter la relation pour être considérée comme un « concubinage » au sens du droit français, sans pour autant instaurer de réel régime juridique applicable au concubinage.

5. Pour autant, la loi du 15 novembre 1999 n'a pas seulement été l'occasion d'apporter une définition légale du concubinage. Elle a également consacré un troisième mode de conjugalité : le pacte civil de solidarité, forme française de ce qu'il convient aujourd'hui d'appeler les « partenariats enregistrés »<sup>21</sup>. C'est notamment face aux revendications des couples de personnes de même sexe et au refus des autorités nationales de leur ouvrir l'accès au mariage que ce nouveau statut conjugal a été proposé<sup>22</sup>. Une forme de partenariat enregistré avait ainsi été instituée au Danemark par la loi du 7 juin 1989, en Norvège par la loi du 30 avril 1993, en Suède par la loi du 23 juin 1994, en Islande par la loi du 27 juin 1996, aux Pays-Bas par la loi du 1<sup>er</sup> janvier 1998 et en Belgique par la loi du 23 novembre 1998. En France, l'article 515-1 du Code civil énonce désormais que le PACS est « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Par la création de ce nouveau statut conjugal, le mariage a donc perdu son exclusivité, il cesse « d'être, en droit, le seul lieu où s'institue publiquement et socialement le couple »<sup>23</sup>. Au contraire, « une pluralité inédite de formes de vie conjugale a été créée en droit de la famille »<sup>24</sup>, si bien que le couple ne renvoie désormais plus aux seuls rapports nés du mariage.

---

<sup>21</sup> Sur la question, v. notamment GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Concubinages, partenariats enregistrés et mariages entre homosexuels en Europe », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 375s. et « Les législations européennes relatives à l'enregistrement des couples hors mariage », *Dr Famille*, janvier 2005, p. 12s.

<sup>22</sup> Dès les années 1990, la création d'un contrat d'union civile avait en effet été proposée, puis celle d'un contrat d'union sociale et d'un pacte d'intérêt commun. C'est finalement le PACS, ouvert tant aux couples homosexuels qu'aux couples hétérosexuels, qui fut adopté. Un tel choix a ainsi permis au législateur français de réserver certains droits aux seuls couples mariés sans pour autant encourir le grief d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

<sup>23</sup> RENCHON (J.-L.), « Mariage, cohabitation légale et union libre » in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Bruylant, 1998, p. 549 (à propos de la cohabitation légale belge).

<sup>24</sup> DE BOYSSON (B.), *Mariage et conjugalité - Essai sur la singularité matrimoniale*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2012, p. 16.

6. Cette diversification des modes de conjugalité s'est également accompagnée d'une libéralisation de la conception de l'union matrimoniale elle-même. Ainsi le législateur français a-t-il, à l'instar d'une vingtaine d'autres Etats<sup>25</sup>, ouvert le mariage aux couples de même sexe par la loi si controversée du 17 mai 2013<sup>26</sup>, inscrivant à l'article 143 du Code civil que « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». Dès lors, si le mariage est une institution connue de tous les Etats, il ne se présente pas sous une forme commune dans chacun d'eux. A cet égard, l'ouverture, par certains pays, du mariage aux couples de même sexe constitue le point d'orgue de cette acception divergente de la liberté matrimoniale et démontre, s'il en était besoin, qu'il n'existe pas de compréhension universelle du mariage. Cette possibilité, pour les couples de même sexe, de s'unir dans les liens du mariage constitue certainement l'exemple paroxystique de la diversité des législations nationales en matière conjugale.

7. 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 véritable pluralisme des formes conjugales. Le couple connaît dès lors une acception plus large de nos jours. Il correspond à l'union de deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, entre lesquelles existent des relations charnelles et une communauté de vie, soit en mariage, soit dans les liens

---

<sup>25</sup> Sur les cent quatre-vingt-treize Etats composant la société internationale, vingt-deux Etats, dont la France, ont à ce jour ouvert le mariage aux couples de même sexe : l'Afrique du Sud (30 novembre 2006), l'Argentine (22 juillet 2010), la Belgique (1<sup>er</sup> juin 2003), du Brésil (14 mai 2013), le Canada (20 juillet 2005), la Colombie (28 avril 2016), le Danemark (15 juin 2012), l'Espagne (3 juillet 2005), les Etats-Unis (au niveau fédéral depuis la décision de la Cour suprême du 26 juin 2015 et dans 36 Etats fédérés), la Finlande (depuis la loi du 20 février 2015 qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2017), l'Irlande (29 août 2015) l'Islande (27 juin 2010), le Luxembourg (1<sup>er</sup> janvier 2015), le Mexique (dans dix Etats et la capitale fédérale), la Norvège (1<sup>er</sup> janvier 2009), la Nouvelle Zélande (19 août 2013), les Pays-Bas (3 avril 2001), le Portugal (5 juin 2010), le Royaume-Uni, la Suède (1<sup>er</sup> mai 2009) et l'Uruguay (5 août 2013).

<sup>26</sup> Pour une analyse des dispositions de droit international privé contenues dans la loi du 17 mai 2013, v. principalement 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. 1756s. ; FULCHIRON (H.), « 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. 1055s. ; HAMMJE (P.), « Mariage pour tous et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe », *RCDIP* 2013, p. 773s. ; BUREAU (D.), « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 155s ; PANET (A.), « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *Dr. Famille*, n°7, juillet 2013, dossier 29 et LABORDE (J.-P.), « Quelques brèves observations sur les dispositions de droit international privé de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe », *Bulletin du CERFAP* n°15, novembre 2013.

d'un partenariat enregistré, soit en concubinage<sup>27</sup>. Chaque couple, en fonction du statut conjugal auquel il appartient, se voit ainsi soumis à un cadre juridique distinct prévoyant plus ou moins de droits et d'obligations<sup>28</sup>. Comme nous l'avons vu, ce mouvement de diversification des modes de conjugalité n'est pas propre au système juridique français. Au contraire, il se produit dans de nombreux pays, notamment sur les continents européen<sup>29</sup> et américain. Comme le relevaient, du reste, les Professeurs Batiffol et Lagarde, « l'union des sexes est un problème commun à toute l'humanité »<sup>30</sup>. Chaque Etat règlemente donc les relations conjugales et prévoit un ou plusieurs statuts conjugaux à disposition des individus qui souhaitent formaliser leur union en adhérant à un cadre juridique établi. Mais si les problèmes juridiques soulevés par les couples sont similaires d'un pays à un autre, les réponses apportées par les législations nationales diffèrent grandement<sup>31</sup>. Le pluralisme conjugal est donc double : il existe au sein des ordres juridiques étatiques et entre les ordres juridiques étatiques.

8. A ce premier constat, s'ajoute celui, aujourd'hui banal, selon lequel les échanges internationaux se multiplient et les individus voyagent de plus en plus. Il n'est désormais pas rare que les membres d'un couple se soient mariés dans un pays, aient vécu dans différents endroits du monde avant de divorcer dans un autre pays. Il n'est pas non plus rare que les membres du couple aient des nationalités différentes. Ainsi, selon l'Institut National d'Etudes Démographiques, plus de 18% des mariages célébrés en France en 2014 concernaient des couples dont l'un des membres au moins n'avait pas la nationalité française. On assiste donc à une multiplication des unions de personnes de nationalités différentes et à des déplacements des couples d'un bout à l'autre de la planète<sup>32</sup>. Mais il n'est pas certain, en

---

<sup>27</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 276.

<sup>28</sup> Comme nous le verrons, la Cour européenne des droits de l'Homme justifie les différences de traitement résultant de ce pluralisme conjugal par le privilège du mariage et l'officialisation de l'union Partant, elle n'impose pas d'égalité entre les couples. Cf. *infra* n°376s.

<sup>29</sup> Les juges européens participent d'ailleurs au développement d'un pluralisme conjugal en droit interne comme l'atteste l'arrêt *Oliari et autres c/ Italie* du 21 juillet 2015 (n°18766/11) ; note FULCHIRON (H.), *D.* 2015, p. 2160s par lequel la Cour européenne des droits de l'Homme impose aux Etats l'obligation positive d'offrir un statut juridique aux couples de même sexe, sans pour autant leur imposer d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Pour une confirmation d'une jurisprudence constante, v. l'arrêt *Chapin et Charpentier c/ France* du 9 juin 2016, (n°40183/07) ; note SUDRE (F.), *JCP G*, 2016, 760.

<sup>30</sup> BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, t. 2, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 1993, n° 417.

<sup>31</sup> Il convient en effet de les analyser comme « des réponses différentes à des problèmes que nous résolvons autrement » in BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz, 2002, p. 43, n°19.

<sup>32</sup> V. GAUDEMET –TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, vol. 312, 2005, p. 26. Tirant les conséquences du phénomène de la mondialisation, certains auteurs ont dégagé le concept post-moderne « d'expatrie » visant les individus non

cas de circulation des membres du couple, que le statut conjugal acquis dans un pays soit reconnu à l'étranger, ni que les effets juridiques que développe cette union soient ceux de la loi sur la base de laquelle ils avaient pu former leurs prévisions. C'est alors aux règles de droit international privé qu'il appartient de gérer ce « pluralisme juridique »<sup>33</sup> en vue d'assurer la continuité des relations privées internationales.

9. Le droit international privé a pour objet la réglementation des relations privées internationales, c'est-à-dire des rapports de droit privé présentant un élément d'extranéité caractérisé, par exemple, par la possession de nationalités différentes ou par l'établissement de résidences dans différents pays. Le droit international privé vise ainsi 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 »<sup>34</sup>. Partant, les règles de droit international privé « appréhendent toutes, sous un angle ou un autre, les effets sur les relations privées du phénomène de la frontière »<sup>35</sup>. Elles ont pour objectif d'assurer une harmonie internationale et une prévisibilité des solutions. Ainsi un mariage valablement conclu ici, devrait-il être légitimement reconnu ailleurs. La théorie générale classique du droit international privé français repose sur la distinction entre les règles de conflit de lois et les règles de conflit de juridictions. Comme chacun le sait, les règles de conflit de lois visent à déterminer la loi applicable au problème juridique litigieux alors que les règles de conflit de juridictions permettent de déterminer le juge compétent<sup>36</sup> pour trancher le litige ainsi que les conditions de reconnaissance de la décision rendue par celui-ci. Ces deux types de règles, parce que l'une porte sur une norme générale alors que l'autre porte sur une décision individuelle, sont inspirées par des logiques différentes<sup>37</sup>. Alors que les premières visent une coordination abstraite des ordres juridiques nationaux par l'harmonie internationale des

---

juridiquement dépourvus de nationalité mais dont la vie est tellement cosmopolite et nomade, qu'ils ne peuvent se rattacher à une communauté nationale déterminée

<sup>33</sup> Selon la formule utilisée par le Professeur Phocion Franceskakis dans la préface de l'ouvrage de Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2002, p. XVI.

<sup>34</sup> BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, réed. Dalloz, 2002, p. 16, n°5.

<sup>35</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°3, p. 24 reprenant l'expression de NIBOYET (J.-P.), *Cours de droit international privé*, Sirey, 1946, n°12, p. 22.

<sup>36</sup> Plus précisément, les règles de conflit de juridictions françaises, qui, contrairement aux règles de conflit de lois, sont de nature unilatérale, permettent de déterminer si le juge français est compétent ou non. Seules les règles de conflit de juridictions adoptées dans un instrument international sont de nature bilatérale et permettent donc de déterminer quel est le juge compétent pour trancher le litige.

<sup>37</sup> V. notamment MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973.

solutions à laquelle est censée parvenir la localisation du rapport de droit, les secondes visent une coordination concrète de ces ordres juridiques par l'objectif de reconnaissance de la situation juridique créée par le jugement étranger. Pour comprendre les difficultés particulières auxquelles est exposé le couple dans l'ordre international, il convient, pour débiter, d'analyser les règles de conflit de lois applicables du point de vue de l'ordre juridique français.

**10.** Selon la méthode classique de résolution des conflits de lois adoptée en droit international privé français, le choix de la loi applicable se fait par détermination du point de rattachement en fonction de la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit. Savigny, père fondateur de cette méthode qualifiée de « savigniano-bartinienne » par le Professeur Bertrand Ancel<sup>38</sup> eu égard aux apports considérables de la théorie des conflits de qualifications développée par Etienne Bartin<sup>39</sup>, considérait qu'il fallait « montrer le lien qui rattache les rapports de droit à un lieu déterminé, assigner à chaque classe de droit un siège déterminé d'après sa nature »<sup>40</sup>. Cette méthode désigne donc une loi applicable à un rapport de droit dont la validité et les effets dépendent des dispositions de la loi désignée par la règle de conflit. Le rattachement réel ou personnel des membres du couple à plusieurs ordres juridiques entraîne en effet une concurrence virtuelle de plusieurs lois à régir leur rapport de droit. Le mariage étant la seule forme conjugale reconnue en droit interne jusqu'à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, les règles de droit international privé français applicables aux couples se sont construites par référence à celles retenues en matière de mariage. Or, en ce qu'il affecte l'état des personnes, le mariage a très vite été considéré comme faisant partie du statut personnel. Et, s'agissant d'une catégorie dans laquelle la personne est « directement mise en cause »<sup>41</sup>, le statut personnel a été rattaché à la seule loi nationale en droit international privé français.

---

<sup>38</sup> V. ANCEL (B.), « Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – Esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 1s.

<sup>39</sup> En effet, si Savigny suppose que la nature du rapport de droit n'est douteuse pour personne, Bartin met en exergue la nécessité de fixer préalablement la loi permettant de définir la nature dudit rapport. V. BARTIN (E.), « De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois », *JDI* 1897, p. 225 ; « La théorie des qualifications en droit international privé » in *Etudes de droit international privé*, A. Chevallier-Marescq, 1899 ; « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois », *RCADI*, vol. 30, 1930.

<sup>40</sup> SAVIGNY (F.-C.), *Traité de droit romain*, t.VIII, trad. GUENOUX (C.), Firmin-Didot, 1860, p. 108.

<sup>41</sup> MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 367.

11. Mais face à la mobilité internationale croissante des individus, la consécration d'un pluralisme conjugal en droit interne n'a pas été sans incidence sur les règles régissant les relations privées internationales. Le pluralisme des formes conjugales a considérablement accru la diversité des règles de droit international privé applicables aux couples internationaux. L'on constate en effet une complexification croissante du droit international privé du couple qui provient, d'une part, du degré variable de porosité entre les frontières<sup>42</sup> et, d'autre part, du flou qui entoure la notion de couple<sup>43</sup>. La variété des formes de conjugalité est, de fait, un facteur majeur de multiplication des conflits de lois et des difficultés liées à leur résolution. La diversité contemporaine des règles de droit international privé applicables aux couples – auquel sont confrontés tant le juriste dans sa pratique quotidienne que le justiciable en cas de litige – résulte d'un triple mouvement de diversification, de spécialisation et de matérialisation<sup>44</sup>.

12. D'abord, le processus de diversification des règles de droit international privé applicables aux couples provient de la multiplication des règles de source interne mais également internationale. En effet, aux législations nationales, dont les dispositions de droit international privé ne cessent de se développer face à l'internationalisation croissante des rapports de droit privé, s'ajoutent diverses normes d'origine internationale. En matière conjugale, ces règles sont notamment établies par la Conférence de La Haye de droit international privé et par l'Union européenne. Les règles de droit international privé actuellement applicables aux couples proviennent donc non seulement du législateur national<sup>45</sup> mais également de conventions bilatérales et multilatérales<sup>46</sup> ainsi que de

---

<sup>42</sup> Porosité que l'intégration européenne et l'instauration corrélative d'un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice met d'ailleurs plus que jamais en lumière.

<sup>43</sup> V. en ce sens GAUDEMET-TALLON (H.), « Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé ? », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, p. 147s.

<sup>44</sup> V. GONZALEZ CAMPOS (J.), « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit », *RCADI*, vol. 287, 2000. Nous considérons que le processus de flexibilisation qui, par l'essor de l'autonomie de la volonté, entraîne un assouplissement des rattachements utilisés, est une forme de matérialisation des règles de conflits en ce que la technique des options de législation permet aux parties de choisir la loi applicable en fonction du résultat substantiel qu'elles souhaitent atteindre.

<sup>45</sup> Soutenu par une importante jurisprudence et une riche doctrine, qui vaudra d'ailleurs à la matière l'appellation de « droit savant ». V. notamment OPPETIT (B.), « Le droit international privé, droit savant », *RCADI*, vol. 234, 1992 et KESSEDJIAN (C.), « Les effets pervers du caractère savant du droit international privé », in *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 379s.

<sup>46</sup> Nous retiendrons notamment la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ainsi que le protocole additionnel du 23 novembre 2007, la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et la Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (non ratifiée par la France).

règlements européens<sup>47</sup>. Or, loin de s'articuler harmonieusement<sup>48</sup>, ces différentes sources rendent délicates la lisibilité et l'accessibilité de la réglementation actuelle.

13. Ensuite, le processus de spécialisation des règles de droit international privé applicables aux couples provient du mouvement de fragmentation continue auquel est en proie le statut personnel depuis les années 1950. Cette fragmentation résulte de l'essor, pour des raisons démographiques puis d'égalité des sexes, des cas de plurinationalité au sein des familles<sup>49</sup>. Elle remet ainsi en question la pertinence du rattachement à la loi nationale<sup>50</sup> et fait de « l'idée d'un statut personnel parfaitement cohérent, permanent et unitaire » une pure utopie<sup>51</sup>. Les règles de conflit applicables aux couples prévoient donc, à côté du rattachement à la loi nationale, différents rattachements tels que le domicile, la résidence habituelle, l'autorité saisie ou encore la loi choisie par les époux. Ces règles de conflit de lois spécifiques répondent elles-mêmes à des principes directeurs différents. En fonction du rapport de droit qu'elle entend régir, la règle de conflit de lois vise parfois le principe de souveraineté<sup>52</sup>, parfois le principe de proximité<sup>53</sup>, d'autres fois celui de l'autonomie de la volonté<sup>54</sup>, ou encore

---

<sup>47</sup> Nous retiendrons notamment le 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 ; le règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ; le règlement (CE) n°4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires ; le règlement (UE) 2016/1103 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et le règlement (UE) 2016/1104 relatif et à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

<sup>48</sup> Les risques de conflit d'instruments internationaux ont toutefois été en partie encadrés grâce à l'adoption de clauses de déconnexion.

<sup>49</sup> Ces considérations sont directement inspirées du cours de droit international privé de Master 2 dispensé en 2011 par le Professeur Jean-Pierre LABORDE et intitulé « Les crises et mutations du statut personnel ». On n'admet ainsi plus que seul le père puisse transmettre sa nationalité à ses enfants et que la femme doive perdre sa nationalité au profit de celle de son mari.

<sup>50</sup> On peut d'ailleurs se demander si le choix de la loi nationale en matière de statut personnel ne relevait pas d'une certaine forme de politique juridique. En effet, si les règles de conflit de lois sont neutres, elles ne sont pas pour autant désincarnées. Sur ce dernier point, v. LOUSSOUARN (Y.), « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP*, 1980-1981, Pedone, 1982, p. 43s.

<sup>51</sup> VIGNAL (T.), *Droit international privé*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 139.

<sup>52</sup> Par exemple, la qualification des règles du régime primaire en lois de police participe du principe de souveraineté.

<sup>53</sup> Par exemple, si les rattachements prévus en matière de régimes patrimoniaux font une place certaine au principe d'autonomie, ils restent fondés sur le principe de proximité.

<sup>54</sup> Ainsi l'ouverture d'une option de législation par le règlement Rome III en matière de divorce par exemple participe-t-elle du principe d'autonomie de la volonté.

celui de faveur à la validité de l'union<sup>55</sup>. L'absence de logique d'ensemble dans l'élaboration de telles règles met en exergue un manque de cohérence dans la réglementation actuelle des situations conjugales et ne garantit pas, au plan international, un traitement juridique satisfaisant de ces dernières. Partant, la spécialisation des règles de conflit de lois applicables aux couples ne permet plus de trouver des principes communs à des situations qui, bien que diverses, sont toutefois, sinon directement liées, au moins particulièrement proches.

**14.** Enfin, le processus de matérialisation des règles de droit international privé applicables aux couples provient de la prise en compte, plus ou moins avouée, de divers intérêts. Le postulat longtemps prôné de la neutralité de la règle de conflit a en effet laissé place à des règles de conflit, qui, en multipliant les facteurs de rattachement et en accordant une plus grande place à l'autonomie individuelle, tendent à la réalisation d'un résultat substantiel. Si la justice conflictuelle est concurrencée, en cette matière notamment, par une justice matérielle, c'est que « l'essor d'une idéologie individualiste dans les droits internes occidentaux tend à privilégier une approche fondée sur la notion d'intérêt – qu'il s'agisse de celui de l'individu, de l'enfant ou des parents – faisant de l'état des personnes et de la famille le lieu d'affrontement d'intérêts divergents et souvent contingents »<sup>56</sup>. L'intérêt à protéger variant nécessairement selon la question litigieuse, sa protection particulière entraîne inévitablement une perte de cohérence dans la réglementation d'ensemble des rapports conjugaux internationaux. Certes, ce mouvement libéral vise une meilleure prise en compte des intérêts en jeu par l'introduction d'une justice matérielle dans un système originellement conflictuel. Mais il ne permet cependant pas d'assurer « le respect des ensembles législatifs »<sup>57</sup> ni l'homogénéité des solutions. Ce mouvement de matérialisation désordonné nuit donc considérablement à l'intelligibilité des règles applicables aux justiciables.

**15.** Ce triple processus de diversification, de spécialisation et de matérialisation des règles de conflit de lois applicables aux couples en droit international privé contemporain

---

<sup>55</sup> Ainsi la règle de conflit de loi applicable au mariage entre personnes de même sexe est-elle emprunte d'une idée de faveur à la validité de cette forme de conjugalité. Il en va de même pour le rattachement des règles relatives aux obligations alimentaires dont fait partie la prestation compensatoire.

<sup>56</sup> V. BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 89.

<sup>57</sup> LEQUETTE (Y.), « Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *TCFDIP*, 1982-1984, Pedone, 1985, p. 163s.



s'est parallèlement accompagné d'un renouvellement méthodologique d'ampleur. Il arrive en effet que l'application de la méthode savignienne, par les rattachements qu'elle prévoit et les mécanismes sur lesquels elle se fonde, ne permette pas de respecter l'intégrité du lien conjugal en cas de franchissement de frontière. Ce phénomène se trouve aggravé par la diversification contemporaine des modes de conjugalité. La localisation abstraite du rapport de droit sur laquelle repose la méthode conflictuelle ne semble en effet plus adaptée à la matière conjugale. Cela résulte notamment du fait que les situations juridiques de nature conjugale sont très souvent constituées par l'intervention d'une autorité qui les localise ainsi directement dans un ordre juridique donné. Malgré son internationalité, le rapport de droit est donc déjà localisé et 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. Pour cette raison, la méthode conflictuelle développée par Savigny, qui, du reste, n'a jamais été l'unique méthode de résolution des conflits de lois mais qui constitue plutôt « un procédé parmi d'autres »<sup>58</sup>, se trouve aujourd'hui remise en cause par les tenants de la méthode de la reconnaissance qu'ils estiment particulièrement adaptée aux rapports de couples. Les mariages et les partenariats enregistrés sont, pour eux, « les illustrations les plus topiques »<sup>59</sup> de ce renouvellement méthodologique.

**16.** La méthode de la reconnaissance vise à reconnaître dans le for une situation qui s'est légalement constituée à l'étranger sans vérifier la conformité de celle-ci aux règles de conflit de lois du for. Son objectif est la continuité internationale des situations juridiques. Cette méthode tend donc à lutter contre la création de situations boiteuses et l'existence de « conflits internationaux de statuts »<sup>60</sup> qu'engendre la méthode classique de résolution des conflits de lois<sup>61</sup>. Il a alors été proposé d'appliquer la méthode de la reconnaissance aux partenariats enregistrés et aux mariages entre personnes de même sexe. Il est vrai que pour ces

---

<sup>58</sup> FRANCESKAKIS (P.), « Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate' et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP*, 1966, p. 1s. Au titre des procédés alternatifs de résolution des conflits de lois se retrouvent notamment la méthode des intérêts gouvernements, les règles matérielles, l'application généralisée de la *lex fori*, l'autonomie de la volonté ou encore la méthode de référence à l'ordre juridique compétent.

<sup>59</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 182.

<sup>60</sup> V. ROMANO (G. P.), « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 185s.

<sup>61</sup> Par opposition à la méthode de la reconnaissance, nous considérerons comme synonymes les expressions « méthode classique », « méthode conflictuelle », « méthode bilatérale » ou encore « méthode savignienne ».

types de conjugalité, la méthode classique – par la soumission abstraite du rapport de droit litigieux à une loi pouvant ne pas connaître l’institution – s’avère parfois inadaptée. Cette nouvelle méthode éclipse ainsi le conflit de lois et déplace le problème sur le terrain de la reconnaissance des droits. Autrement dit, la méthode de la reconnaissance des situations juridiques adopte un raisonnement en termes de conflit de juridictions, renouvelé par le prisme du conflit d’autorités, dans des domaines auparavant soumis à la méthode des conflits de lois. Les règles de conflit d’autorités, naguère développées par Niboyet<sup>62</sup>, n’ont pas retenu, en son temps, toute l’attention de la doctrine. En revanche, les théories unilatéralistes autrefois développées par Quadri<sup>63</sup> et Gothot<sup>64</sup> notamment et, plus récemment, par les tenants de la méthode de la reconnaissance<sup>65</sup>, ont fortement ravivé leur intérêt. L’exigence de continuité internationale des situations juridiques personnelles, qu’avait notamment mis en exergue la théorie des droits acquis de Pillet<sup>66</sup>, renouvelle ainsi le débat entre bilatéralisme et unilatéralisme<sup>67</sup> et laisse entrevoir un profond renouvellement méthodologique de la matière auquel cette étude souhaite contribuer.

17. La méthode de la reconnaissance cherche à remplacer la distinction classique entre règles de conflit de lois et règles de conflit de juridictions, par une nouvelle distinction entre, d’une part, la création d’une situation dans un ordre juridique et, d’autre part, sa réception dans un autre ordre juridique<sup>68</sup>. Fort du constat de ce changement de paradigme

---

<sup>62</sup> NIBOYET (J.-P.) *Traité de droit international privé*, Sirey, t. VI, 1949, spé. n°1571.

<sup>63</sup> QUADRI (R.), *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori, Naples, 5<sup>ème</sup> éd., 1969.

<sup>64</sup> GOTHOT (P.), « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP*, 1971, p. 415s.

<sup>65</sup> V. principalement LAGARDE (P.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013, Pedone, 2013 ; LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d’emploi », in *Mélanges en l’honneur d’Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 490s ; MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – Esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 547s ; PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515s ; BOLLEE (S.), « L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 307s ; BARATTA (R.), « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, vol. 348, 2010.

<sup>66</sup> PILLET (A.), « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, vol. 8, 1925.

<sup>67</sup> V. notamment FRANCK (S.), « Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, dir. AZZI (T.) et BOSCOVIC (O.), Bruylant, 2015, p. 49s. et GOTHOT (P.), « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP*, 1971, p. 415s.

<sup>68</sup> V. notamment les réflexions conclusives du Professeur LAGARDE (P.), in *Vers un statut européen de la famille ?* (dir. FULCHIRON H. et BIDAUD-GARON C.), Dalloz, 2014, p. 268 : « la distinction essentielle en droit international privé [...], à mes yeux, n’est pas celle entre conflit de lois et de juridictions, mais entre création et reconnaissance des situations juridiques ».

dans la réglementation internationale des rapports de droit privé, nous ne soumettrons pas les règles de conflit de juridictions, en tant que telles, à une étude critique aussi importante que celle que nous apporterons aux règles de conflit de lois. En effet, l'étude des méthodes du conflit d'autorités et de la reconnaissance des situations juridiques nous permettra d'aborder la logique des conflits de juridictions sous un angle nouveau. Les règles de conflit de juridictions seront ici analysées afin, notamment, d'aiguiller la détermination proposée des règles de compétence internationale des autorités habilitées à créer une union conjugale ainsi que les modalités de réception du statut conjugal constitué par une autorité étrangère. Mais, si la méthode de la reconnaissance, parce qu'elle est fondée sur un raisonnement en termes de conflit de juridictions, semble particulièrement adaptée pour assurer la continuité du lien conjugal, cette méthode est, pour l'heure, inopérante à instaurer une circulation pérenne des statuts conjugaux. Comme nous le verrons, le franchissement de frontière constitue toujours un risque susceptible de remettre en question le statut conjugal dont les intéressés pensent légitimement être détenteurs<sup>69</sup>.

**18.** Un constat peut donc être dressé quant à la réglementation actuelle des couples en droit international privé. Cette réglementation est caractérisée par un important désordre des règles conflictuelles classiques actuellement appliquées aux couples et par l'inaptitude de la méthode de la reconnaissance à atteindre ses propres objectifs. Dès lors, l'actuel droit international privé du couple ne permet pas d'assurer la continuité internationale du lien conjugal, pas plus qu'elle ne permet d'assurer un règlement juridique cohérent des problèmes auxquels sont confrontés les couples internationaux. En l'état, le droit international privé du couple n'assure aucunement l'objectif d'intelligibilité des règles applicables et de prévisibilité des solutions et, partant, il nuit gravement à la sécurité juridique des couples internationaux. C'est sur la base de ce constat qu'il nous est apparu opportun de réfléchir à l'avenir des règles et des méthodes de droit international privé applicables aux couples.

**19.** La question à laquelle nous nous proposons de répondre est de savoir s'il est possible de rendre aux règles de droit international privé applicables aux couples une

---

<sup>69</sup> Sur l'insuffisance de la méthode de la reconnaissance, cf. *infra* Partie I, Titre 2.

meilleure cohérence tout en assurant aux rapports conjugaux internationaux<sup>70</sup> une réelle stabilité. Il nous semble que la réponse est positive et qu'elle passe par l'adoption de nouvelles règles de conflit de lois. Il s'agit donc de contribuer à l'élaboration d'un droit international privé du couple en harmonie avec les mutations de la société contemporaine et apte à assurer une plus grande sécurité juridique aux couples dans l'ordre international. L'analyse des couples en droit international privé nous permettra ainsi de repenser le droit international privé du couple. Précisons que notre étude n'a de sens que dans une dimension universaliste et comparatiste. Il ne s'agit pas en effet de réfléchir à une adaptation des seules règles de droit international privé français mais de proposer une solution transposable à plusieurs ordres juridiques nationaux. Autrement dit, si l'ordre juridique que nous prendrons comme référence sera nécessairement l'ordre juridique français, les solutions que nous proposerons auront également vocation à être adoptées par d'autres Etats, malgré les particularités révélées par une analyse de droit comparé. Notre ambition est de proposer, sous la forme d'un instrument juridique international dont le projet figure en conclusion de la présente étude, des règles de droit international privé permettant d'assurer une réelle continuité du lien conjugal ainsi qu'une réglementation cohérente des problèmes auxquels sont confrontés les couples internationaux.

**20.** L'élaboration d'un droit international privé du couple renouvelé suppose de procéder à un double mouvement de déconstruction et de reconstruction de la matière. Dans un premier temps, le mouvement de déconstruction du droit international privé du couple se fera sous une approche déductive. Il nous permettra de comprendre les conséquences et les difficultés générées par le pluralisme conjugal en droit interne en ce qui concerne les règles et méthodes de droit international privé. Dans un second temps, le mouvement de reconstruction du droit international privé du couple se fera selon une démarche inductive. L'adaptation méthodologique du droit international privé du couple que nous proposons vise à pallier, dans la mesure du possible, les insuffisances constatées de la réglementation actuelle. Partant, il s'agira de proposer une réglementation internationale du couple apte à satisfaire les objectifs de continuité internationale du statut conjugal, de proximité de la loi applicable avec la vie du

---

<sup>70</sup> On utilisera indifféremment les expressions « rapports conjugaux internationaux » et « situations conjugales internationales », pour désigner les unions conjugales affectées d'un élément d'extranéité par le rattachement réel ou personnel à plus d'un Etat.

couple et de cohérence du traitement juridique des problèmes qui émaillent une vie conjugale dans l'ordre international.

**21.** La déconstruction du droit international privé du couple nous invitera tout d'abord à mener une analyse critique de la méthode conflictuelle telle qu'elle est mise en œuvre aujourd'hui. Cette analyse mettra en évidence l'inadaptation actuelle des rattachements conflictuels au regard de la mobilité internationale croissante des couples et de la fragmentation du modèle familial traditionnel sur lequel ces rattachements sont fondés<sup>71</sup>. Plus encore, cette analyse révélera qu'à l'inadaptation des facteurs de rattachement prévus correspond une certaine inadaptation de la logique conflictuelle<sup>72</sup> elle-même<sup>73</sup>. Celle-ci n'est plus totalement en adéquation avec la conception contemporaine du droit international privé emprunte de l'idéologie libérale et individualiste et de plus en plus influencée par les droits de l'Homme<sup>74</sup>. La localisation abstraite du rapport de droit qui anime la méthode savignienne et en façonne les mécanismes n'est en effet plus en mesure de faire face à la diversification des formes de conjugalité alors même qu'une exigence de continuité internationale des unions conjugales tend à se développer.

**22.** Ces carences du droit positif suggèrent, de façon prospective, des ajustements méthodologiques. Ce sera alors l'occasion d'opérer une analyse critique de la méthode de la reconnaissance dont il est prétendu qu'elle serait particulièrement pertinente en matière conjugale. Il conviendra de vérifier son aptitude réelle à combler les lacunes de la méthode savignienne et à améliorer la circulation des unions conjugales. Si cette méthode semble particulièrement « adaptée à l'ère de la globalisation et à l'extrême mobilité internationale des acteurs de la vie juridique, à l'origine d'un besoin renforcé de cohérence et de stabilité de leur statut »<sup>75</sup>, son analyse critique révélera toutefois son inaptitude à assurer une réglementation satisfaisante des situations juridiques dans lesquelles sont impliqués les couples dans l'ordre

---

<sup>71</sup> Sur l'inadaptation des rattachements conflictuels en matière conjugale, *cf. infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>72</sup> Nous entendons par « logique conflictuelle », le raisonnement à la base de la méthode conflictuelle. Nous préférons ce terme à celui de « justice conflictuelle » puisque nous ne l'opposons pas à l'idée de « justice matérielle ».

<sup>73</sup> Sur l'inadaptation de la logique conflictuelle en matière conjugale, *cf. infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

<sup>74</sup> Sur la confrontation, conséquence directe du processus de matérialisation, du droit international privé et des droits de l'Homme, v. notamment KINSCH (P.), « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, vol. 318, 2005.

<sup>75</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015 n°292, p. 211.

international. En effet, malgré des soubassements théoriques intéressants et des objectifs séduisants<sup>76</sup>, l'application de cette méthode aux unions conjugales paraît fort délicate. A la détermination hasardeuse des unions conjugales auxquelles elle entend s'appliquer – fruit d'une définition extensive du critère de cristallisation et d'une exigence incertaine de proximité – s'ajoute une indétermination de la portée de cette méthode<sup>77</sup>. Insuffisante à répondre convenablement à la question des effets que sera susceptible de développer la situation juridique litigieuse dans l'Etat de reconnaissance, cette méthode n'est pas non plus en mesure d'assurer une reconnaissance effective des unions conjugales<sup>78</sup>.

23. La déconstruction du droit international privé du couple mettra donc en lumière à la fois l'inadaptation actuelle de la méthode classique et l'insuffisance de la méthode de la reconnaissance. Sa reconstruction nous invitera alors à une réflexion quant à une possible adaptation méthodologique. L'objectif poursuivi par cette étude n'est pas de proposer une nouvelle méthode applicable à l'ensemble des relations privées internationales<sup>79</sup> mais de contribuer à l'adaptation des règles existantes et, partant, à l'adaptation des méthodes proposées en matière conjugale. Il convient alors de savoir si cette adaptation méthodologique du droit international privé du couple suppose d'aménager la méthode de la reconnaissance pour lui permettre de combler efficacement les lacunes de la méthode classique, ou si elle nécessite plutôt de maintenir la méthode conflictuelle classique en l'adaptant à l'objectif poursuivi par la méthode de la reconnaissance. L'adaptation de la méthode de la reconnaissance en matière conjugale est sans doute envisageable et sera certainement envisagée par d'autres<sup>80</sup>. Toutefois, même si une telle démarche venait à assurer le respect de la continuité des rapports conjugaux internationaux, elle ne résoudrait pas le problème de la complexité et de la diversité des règles prévues par la méthode classique dont l'application reste nécessaire au stade de la création du rapport de droit. Autrement dit, la consécration de la méthode de la reconnaissance ne jouerait que sur le terrain de la circulation des situations

---

<sup>76</sup> Sur les assises théoriques de la méthode de la reconnaissance, *cf. infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre préliminaire.

<sup>77</sup> Sur l'applicabilité incertaine de la méthode de la reconnaissance en matière conjugale, *cf. infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

<sup>78</sup> Sur l'effectivité limitée de la méthode de la reconnaissance en matière conjugale, *cf. infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

<sup>79</sup> A l'instar, par exemple, de la méthode fonctionnaliste proposée par le Professeur Johanna Guillaumé in *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2011, spéc. pp. 365-501 dont nous nous inspirons par ailleurs.

<sup>80</sup> LEMAIRE (S.), *La méthode de la reconnaissance des situations juridiques à l'épreuve du couple*, dir. LEQUETTE (Y.), en préparation depuis 2009. L'auteur semble proposer de dessiner le domaine dans lequel cette méthode pourrait légitimement jouer, puis de préciser les conditions de sa mise en œuvre.

juridiques et non sur celui de leur création. Elle ne pourrait donc nullement résoudre le désordre des règles de conflit. Une adaptation de la méthode classique à l'aune des objectifs de la méthode de la reconnaissance nous semble bien plus judicieuse. Une telle adaptation présenterait en effet le double avantage d'assurer une circulation internationale pérenne des statuts conjugaux et d'apporter une certaine cohérence à la réglementation actuelle des situations conjugales. Autrement dit, elle garantirait la prévisibilité et l'intelligibilité des règles de droit international privé et rendrait inutile le recours subsidiaire<sup>81</sup> à la méthode de la reconnaissance. La proposition d'un droit international privé du couple cohérent et respectueux de l'exigence de continuité internationale suppose donc de rester dans le cadre de la méthode conflictuelle classique mais de l'adapter à l'aune des objectifs de la méthode de la reconnaissance. C'est ce qui sera le cœur de notre démonstration.

**24.** Adapter la méthode conflictuelle à la diversification des modes de conjugalité et à l'exigence de continuité internationale des situations juridiques suppose tout d'abord de réfléchir à l'élaboration d'une nouvelle catégorie de rattachement<sup>82</sup>. Cette catégorie devrait être fondée sur un concept assez large pour faire face à la diversité des statuts conjugaux prévus par les différents ordres juridiques nationaux. Elle devrait dépasser, au plan international, les distinctions entre mariages, partenariats ou concubinages et entre unions homosexuelles, hétérosexuelles ou polygamiques. Elle viserait ainsi à résoudre les problèmes engendrés par la diversité des formes de conjugalité et la qualification équivoque des unions étrangères à l'aune des unions prévues par le *for*<sup>83</sup>. A ce titre, l'utilisation de la notion juridique de couple a permis un certain rapprochement des différents modes de conjugalité autour de l'idée d'un droit commun du couple en droit interne<sup>84</sup>. Si les limites au caractère englobant de la notion de couple nous feront douter de la légitimité d'une uniformisation des statuts conjugaux en droit interne, elles mettront toutefois en exergue la possibilité d'un rapprochement fonctionnel entre les différents statuts conjugaux. Nous démonterons ainsi

---

<sup>81</sup> Ce n'est en effet qu'après avoir constaté la nullité de l'acte selon la loi normalement applicable que le recours à la méthode de la reconnaissance s'impose. V. en ce sens MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 571s. L'auteur propose ainsi de faire de la méthode de la reconnaissance une exception à la règle de conflit classique.

<sup>82</sup> Sur la proposition d'une nouvelle catégorie de rattachement intégrant l'ensemble des modes de conjugalité, *cf. infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>83</sup> Sur le risque de qualification équivoque des unions conjugales, *cf. infra* n°149s.

<sup>84</sup> Sur l'appréhension de la diversité des modes de conjugalité par la notion juridique de couple, *cf. infra* n°367s. Sur les propositions relatives à l'instauration d'un régime commun du couple v. notamment LABEE (X.), *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2012.

qu'il est possible de respecter le pluralisme conjugal propre à chaque Etat tout en soumettant les différentes formes de conjugalité à des règles conflictuelles communes, à condition de prendre en compte la distinction irréductible entre les couples formels et les couples informels. Le respect du pluralisme conjugal ne s'oppose donc pas à l'instauration d'un régime commun du couple en droit international privé<sup>85</sup>, c'est-à-dire à l'adoption d'une « série de dispositions formant un ensemble cohérent »<sup>86</sup>. Il impose simplement de distinguer les couples formels – dont l'union a été consacrée par l'intervention d'une autorité compétente en vue d'officialiser prospectivement une vie de couple et de déterminer les modalités de leur vie conjugale à venir – et les couples informels – dont l'union ne fait pas l'objet d'un acte constitutif mais repose sur une reconnaissance rétrospective d'une vie de couple passée.

25. Nous démontrerons que cette catégorie pourrait intégrer le statut personnel sous la forme d'un statut conjugal distinct du statut individuel<sup>87</sup> et du statut familial<sup>88</sup>. La distinction entre les statuts individuel, familial et conjugal permettrait de respecter la logique des sous-ensembles et la cohérence des règles de conflit. Les divergences entre les règles applicables ne seraient plus le fruit d'une diversification incohérente mais constitueraient des réponses différenciées à des situations différentes. Fondé sur des rattachements renouvelés, ce statut conjugal permettrait alors de soumettre, de manière plus cohérente, les différentes formes de vie conjugale à des règles conflictuelles communes et, partant, de faciliter leur réception dans les différents ordres juridiques nationaux. A cette nouvelle catégorie de rattachement devraient alors être affectés de nouveaux facteurs de rattachement qu'il

---

<sup>85</sup> Cette proposition fait ainsi écho à l'instauration d'un régime commun du couple proposé par le Professeur Fabienne Jault-Seseke en réponse à la diversité des méthodes applicables au mariage et aux partenariats enregistrés en droit international privé. V. JAULT-SESEKE (F.), « Mariage et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 311s. L'auteur esquisse un régime commun du couple en droit international privé en substituant au raisonnement en termes de conflit de lois, un raisonnement en termes de conflit d'autorités, en proposant une option de législation faisant place à la loi de l'autorité et à la loi de la résidence commune pour la dissolution du couple et en envisageant une catégorisation des différents effets découlant de telles unions.

<sup>86</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 869.

<sup>87</sup> Nous verrons que dans le cadre du statut individuel, la vocation de la loi nationale, parce qu'elle assure le respect de l'identité culturelle de l'individu, devrait être conservée même si une certaine place devrait toutefois être attribuée à la loi de la résidence habituelle afin de garantir l'intégration de l'individu dans l'Etat d'accueil. Cf. *infra* n°401s.

<sup>88</sup> Nous verrons que, dans le cadre du statut familial, le rattachement à la loi nationale n'est pertinent que si cette loi permet une protection convenable de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il doit donc faire prioritairement l'objet de règles à coloration matérielle permettant une meilleure protection de cet intérêt. Cf. *infra* n°406s.



conviendra de déterminer en fonction des avantages et des inconvénients respectifs des règles actuellement prévues. Le rattachement du statut conjugal doit permettre de déterminer la loi applicable aux questions juridiques soulevées par le rapport de droit. Ces questions sont relatives à la validité et aux effets du lien conjugal, dont la dissolution constitue « l'effet ultime » selon la formule du Doyen Batiffol que nous reprenons à notre compte. Or, le lien conjugal n'ayant pas la même fonction s'agissant des couples formels, pour lesquels il est prospectif, ou des couples informels<sup>89</sup>, pour lesquels il est rétrospectif, il conviendra de les traiter différemment en ce qui concerne le rattachement.

26. Concernant les unions conjugales formelles, un rattachement de principe à la loi de l'autorité sera proposé<sup>90</sup>. Le rattachement à la loi de l'autorité constitue en effet une adaptation de la méthode conflictuelle à l'évolution libérale que connaît le droit international privé ainsi qu'aux objectifs de la méthode de la reconnaissance. Comme le relève le Professeur Mayer, ce rattachement ne constitue « pas une règle de conflit comme une autre car elle est compatible avec le raisonnement en deux temps caractéristique de la méthode de la reconnaissance : c'est parce qu'il y a eu cristallisation par l'intervention d'une autorité que la loi de cette autorité est appelée à jouer »<sup>91</sup>. Il constitue donc un point de convergence entre la méthode conflictuelle classique et la méthode de la reconnaissance et repose sur un raisonnement en termes de conflit d'autorités particulièrement judicieux en matière conjugale. Ce rattachement permet ainsi à la validité du rapport de droit de ne plus être soumise à une loi abstraitement déterminée mais à la loi de l'autorité ayant constitué le statut conjugal. Autrement dit, l'adaptation méthodologique que nous proposerons viendra, selon la formule du Professeur Gian Paolo Romano, « éclipser la bilatéralité par l'autorité »<sup>92</sup>. Ce nouveau rattachement, récemment apparu en matière de partenariats enregistrés<sup>93</sup>, sera étendu aux mariages constitués par l'intervention d'une autorité. Ainsi, au lieu d'étendre les rattachements classiques retenus en matière de mariage, nous proposons, au contraire, de

---

<sup>89</sup> Dans le cadre de l'adaptation du droit international privé du couple que nous proposons, cette distinction entre les unions « formelles » et « informelles » procède d'une qualification autonome et fonctionnelle. Cf. *infra* n°389s.

<sup>90</sup> Sur la vocation de la loi de l'autorité à régir le statut conjugal, cf. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

<sup>91</sup> MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005 p. 564.

<sup>92</sup> ROMANO (G. P.), « La bilatéralité éclipsee par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457s.

<sup>93</sup> L'article 515-7-1 du Code civil prévoit en effet 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'Etat de l'autorité qui a procédé à son enregistrement.

prendre en compte les solutions particulières adoptées s'agissant de cette nouvelle forme de conjugalité afin de repenser les rattachements traditionnels. Nous démontrerons que le rattachement de la validité des unions conjugales formelles à la loi appliquée par l'autorité saisie de la création de l'union permet, mieux que tout autre rattachement, d'assurer l'intégrité internationale du lien conjugal formalisé par l'intervention d'une autorité compétente. Afin de tempérer le libéralisme du rattachement à la loi de l'autorité et, partant, le tourisme conjugal que cette règle de conflit pourrait induire, l'autorité saisie de la constitution de l'union conjugale ne devrait toutefois être compétente que lorsque le couple entretient une proximité certaine avec l'ordre juridique qu'elle représente. Nous proposerons donc des règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale<sup>94</sup>. Au stade de la création de l'union conjugale, la liberté conférée aux membres du couple par le rattachement de la validité de leur union à la loi de l'autorité sera ainsi encadrée par les règles de compétence internationale des autorités. Au stade de la circulation de l'union, le rattachement proposé à la loi de l'autorité garantira une continuité concrète du statut conjugal dont la reconnaissance est légitimement demandée<sup>95</sup>. Comme nous le montrerons, ce rattachement ferait en outre disparaître les difficultés liées aux conflits mobiles, aux conflits positifs et négatifs de rattachements et limiterait les hypothèses de fraude à la loi.

27. Dans le cadre de l'adaptation du droit international privé du couple que nous proposons, les questions relatives aux effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux ainsi qu'à la dissolution des unions conjugales formelles seront également soumises à la loi de l'autorité saisie de la formalisation de l'union. Toutefois, la loi applicable aux effets des unions formelles ne doit pas seulement garantir la continuité du statut conjugal. Elle doit également permettre la désignation d'une loi unique qui présente une proximité certaine et commune avec les membres du couple. Or, le rattachement à la loi de l'autorité présente l'inconvénient d'être très rigide dans l'hypothèse d'époux mobiles car elle ne permet pas de déterminer la loi présentant les liens les plus étroits<sup>96</sup>. La vocation de la loi de l'autorité s'estompe si les membres du couple n'entretiennent plus de liens avec l'Etat de l'autorité au moment où une

---

<sup>94</sup> Sur la proposition de nouvelles règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale, *cf. infra* n° 513s.

<sup>95</sup> Sur la légitimité de cette reconnaissance et, partant, les limites posées à l'application de la loi de l'autorité par l'exigence d'une réelle intention matrimoniale et d'un consentement libre et éclairé, *cf. infra* n°550s.

<sup>96</sup> V. en ce sens MIGNOT (M.), « Effets en France d'un mariage homosexuel célébré dans un pays de l'Union européenne », *JCP G*, n° 48, 30 novembre 2005, 652.

question relative aux effets de leur union se pose. Le respect du principe de proximité<sup>97</sup> suppose alors de laisser une place à des rattachements plus « proximites ». Il pourra d'abord s'agir de la loi de la résidence conjugale<sup>98</sup>. Inspiré du rattachement à la loi de la résidence habituelle, ce rattachement « correspond indéniablement au centre de gravité de la situation »<sup>99</sup>. Il permet en effet de désigner la loi du lieu de réalisation effective de la vie commune et d'exécution des obligations découlant de cette communauté de vie. Il pourra également s'agir de la loi nationale commune des membres du couple. Si le rattachement à la loi nationale n'est pas, selon nous, pertinent quant à la validité des unions conjugales formelles, ce rattachement retrouve sa pertinence quant à leurs effets. Il permet en effet la désignation d'une loi qui présente une proximité avec les membres du couple, objectif prépondérant de la règle de conflit de lois proposée. Nous montrerons que l'articulation de ces différentes lois pourrait être assurée par une option de législation. La prise en compte de l'essor de l'autonomie de la volonté en la matière suppose d'ouvrir une option de législation aux membres de l'union conjugale formelle afin de leur laisser la possibilité de soumettre lesdits effets à une autre loi avec laquelle ils entretiennent une certaine proximité. Dans le cadre d'une règle de conflit de lois unique, le couple pourrait ainsi choisir comme loi applicable à l'ensemble des effets de l'union la loi de la nationalité commune de ses membres ou la loi de la résidence conjugale. En l'absence de choix ou en cas d'impossibilité d'en faire un, la loi objectivement applicable aux effets des unions conjugales formelles sera celle de l'autorité ayant présidé à la création de l'union. La cohérence de la loi applicable aux effets des unions conjugales formelles serait ainsi retrouvée et un traitement juridique uniforme garanti.

**28.** S'agissant du rattachement des unions informelles, il n'a pas, quant à lui, vocation à assurer la continuité du lien conjugal, constitué ici *a posteriori*, mais à prendre en compte leur vie commune passée. Pour les unions informelles, la localisation du lien conjugal dépend donc du lieu de réalisation de la vie commune au terme de laquelle certains droits seront rétrospectivement reconnus. Le caractère rétrospectif de cette reconnaissance rend ainsi

---

<sup>97</sup> V. notamment LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986.

<sup>98</sup> Sur la vocation de la loi de la résidence conjugale à régir le statut conjugal, *cf infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

<sup>99</sup> JAULT-SESEKE (F.), « Mariage et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 318.

impossible la distinction entre la validité<sup>100</sup> et les effets de l'union. Nous démontrerons que la loi ayant la plus grande vocation à régir ces questions est celle de la résidence conjugale, c'est-à-dire celle de l'ordre juridique dans lequel s'est développée la vie commune, quand bien même la résidence habituelle des membres du couple serait située dans deux Etats différents. En effet, si les membres du couple n'ont pas d'attente légitime à voir leur union reconnue à l'étranger – parce qu'aucune autorité n'est venue l'officialiser dans leur ordre juridique d'origine, ne leur octroyant ainsi aucun droit subjectif à la continuité concrète du lien conjugal<sup>101</sup> – il semble toutefois légitime pour eux d'attendre que les problèmes juridiques découlant de leur union soient régis par la loi de l'Etat dans lequel s'est déroulée leur vie conjugale. Nous proposerons donc une règle de conflit unique applicable aux nombreux problèmes soulevés, à titre préalable ou à titre principal, par les unions conjugales informelles en lieu et place de l'actuelle diversité des rattachements retenus en fonction de la qualification donnée au problème principal.

**29.** La reconstruction du droit international privé du couple supposera enfin d'analyser les problèmes pratiques que notre proposition pourrait soulever. En effet, si le cadre théorique de l'adaptation proposée du droit international privé du couple contribuera à établir de nouvelles règles de conflit de lois, seule l'analyse de leur mise en œuvre pratique permettra de s'assurer de leur efficacité, c'est-à-dire de leur aptitude à atteindre l'objectif recherché. Cela supposera d'analyser les problèmes concrets qui pourraient résulter de ces propositions si elles venaient à être retenues dans le cadre d'un instrument international. Une réflexion sur la mise en œuvre pratique des règles proposées nous permettra ainsi d'encadrer notamment les modalités de l'option de législation retenue, le champ d'application des règles de conflit adoptées ainsi que les mécanismes perturbateurs que constituent l'ordre public international, la fraude à la loi, le renvoi ou encore le conflit mobile. Les réponses apportées confirmeront l'efficacité potentielle des règles retenues. Nous espérons donc que cette étude contribuera à l'adaptation nécessaire des règles de droit international privé et au renouvellement méthodologique auquel est en proie la matière depuis quelques années.

---

<sup>100</sup> Nous verrons d'ailleurs qu'il est impropre de parler de « conditions de validité » concernant les unions conjugales informelles puisqu'elles ne reposent sur aucun acte constitutif. Il s'agit plutôt, selon nous, de « conditions de reconnaissance juridique ».

<sup>101</sup> Sur l'émergence d'un droit subjectif à la continuité du statut conjugal, *cf. infra* n°196s.

**30.** L'adaptation méthodologique sur la base de laquelle se fonde la reconstruction du droit international privé du couple (*Partie II*) suppose donc au préalable de comprendre les raisons de l'inadaptation actuelle des méthodes applicables aux couples en droit international privé (*Partie I*).

# **PREMIÈRE PARTIE**

## **L'INADAPTATION ACTUELLE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DU COUPLE**



31. Entre bilatéralisme et unilatéralisme, « l'histoire méthodologique du droit international privé est celle d'un remarquable chassé-croisé<sup>102</sup>, dans le temps et dans l'espace, entre les démarches dont Savigny a formalisé l'opposition au XIX<sup>ème</sup> siècle »<sup>103</sup>. Développée suite aux doctrines dogmatiques de la territorialité et de la personnalité des lois et aux doctrines pragmatiques de l'école statutaire italienne des glossateurs et postglossateurs, la méthode savignienne se fonde sur une approche renouvelée de la théorie des statuts développée par Charles Dumoulin. Cette méthode, a présenté un caractère hégémonique pendant une grande partie du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>104</sup> à tel point que certains auteurs ont pu dire que « Savigny a fait jaillir la lumière de la vérité au sein d'une quasi-obscurité »<sup>105</sup>.

32. Contrairement à ses contemporains, Savigny n'analyse pas le conflit de lois comme un conflit de souverainetés. La détermination de la solution la plus satisfaisante se fait rationnellement, à partir du siège du rapport de droit et de sa localisation dans l'espace, et non plus en déterminant le champ d'application des diverses lois<sup>106</sup>. Ainsi, la règle de conflit n'assure plus une fonction de répartition des lois dans l'espace mais une fonction de régulation des situations juridiques individuelles. Il ne s'agit plus « de déterminer le champ d'application de la loi mais de rechercher la loi à laquelle la personne sera soumise »<sup>107</sup>. Dès lors, le juge cherchera « seulement à découvrir, pour pouvoir la suivre, la loi qui correspond le plus adéquatement à la nature de la cause »<sup>108</sup>. La règle de conflit de lois, selon le modèle savignien, est indirecte en ce qu'elle ne résout pas directement la question de fond mais se contente de déterminer abstraitement la loi applicable à sa résolution. Elle est également bilatérale en ce qu'elle peut désigner aussi bien la loi du for qu'une loi étrangère. Elle désigne

---

<sup>102</sup> V. GOTHOT (P.), « Simples réflexions à propos de la saga des conflits de lois » in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 343s.

<sup>103</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 346, p. 399.

<sup>104</sup> V. notamment GUTSWILLER (M.), « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, vol. 29, 1929 ; MEIJERS (E. M.), « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé », *RCADI*, vol. 49, 1934 ; HALPERIN (J.-L.), *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999.

<sup>105</sup> MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n°71, p. 64.

<sup>106</sup> Par cette analyse, Savigny se détachait fortement de son contemporain Mancini pour lequel les règles du droit international privé devaient puiser leur source dans celles du droit international public ; la nationalité étant pour ce dernier le fondement du droit des gens que le droit international privé devait adopter comme solution de principe. La vision publiciste du droit international privé a dominé jusqu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle sous la plume de certains auteurs tels que Bartin, Pillet ou encore Niboyet.

<sup>107</sup> KOHLER (C.), « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *RCADI*, vol. 359, 2013, p 410.

<sup>108</sup> LAGARDE (P.) et GOTHOT (P.), « Conflit de lois (principes généraux) », *Rep. droit international*, Dalloz, 2006, n°28.



ainsi une loi applicable à un rapport de droit dont la validité dépend des dispositions de la loi désignée. Enfin, cette règle de conflit se veut neutre en ce qu'elle ne prend pas en compte la solution substantielle pour déterminer la loi applicable ni ne donne préférence à l'application de la loi du for. Le postulat d'une neutralité absolue de la règle de conflit de lois est toutefois à relativiser. En effet, le « droit international privé, bien qu'il soit un droit de classement, est perméable à la pénétration de valeurs sociales. Il n'est nullement, et c'est fort heureux, un droit désincarné, à supposer qu'il l'ait jamais été »<sup>109</sup>.

**33.** La méthode bilatérale développée par Savigny a fait l'objet de vives oppositions chez les tenants de l'unilatéralisme pour lesquels chaque droit national contient des normes sur ses limites d'efficacité, c'est-à-dire sur son domaine spatial d'application<sup>110</sup>. L'unilatéralisme peut être défini comme « un système dans lequel les règles de conflit d'un Etat déterminent uniquement le champ d'application des lois de cet Etat et laissent s'appliquer aux situations situées hors de ce champ la ou les lois qui se veulent applicables »<sup>111</sup>. De cette définition ressortent les deux dimensions de l'unilatéralisme : la première est nationaliste en ce qu'elle laisse aux Etats le monopole dans la détermination du champ d'application de leurs lois ; la seconde est internationaliste en ce qu'elle ne soumet pas les situations étrangères à l'application des règles de conflit de lois du for. La subtile doctrine unilatéraliste de Rolando Quadri<sup>112</sup>, dont s'inspira plus tard la méthode de référence à l'ordre juridique compétent développée par Paolo Picone<sup>113</sup>, visait ainsi à assurer la cohérence de la vie internationale des particuliers en donnant effet aux prévisions qu'ils ont pu former quant à l'applicabilité d'une loi déterminée à leurs propres activités<sup>114</sup>.

---

<sup>109</sup> LOUSSOUARN (Y.), « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP*, 1980-1981, Pedone, 1982, p. 43s. V. également BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009.

<sup>110</sup> V. HALPERIN (J.-L.), « Le recul de l'école historique du droit ou le déclin de la méthode savignicienne », *Droit et philosophie, Annuaire de l'institut Michel Villey*, 2009, vol. 1

<sup>111</sup> LAGARDE (P.) et GOTHOT (P.), « Conflit de lois (principes généraux) », *Rep. droit international*, Dalloz, 2006.

<sup>112</sup> QUADRI (R.), *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples, 5<sup>ème</sup> éd., 1969

<sup>113</sup> PICONE (P.), « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, vol. 276, 1999, p. 137. Pour plus de développements, voir PICONE (P.), « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, vol. 197, 1986.

<sup>114</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°357, p. 414.

**34.** Le souci d'endiguer les rapports boiteux inexorablement créés par la méthode conflictuelle classique, selon laquelle chaque for est finalement représenté comme « un microcosme dépositaire des seules solutions pour ainsi dire justes en ce qui concerne le choix de la loi applicable »<sup>115</sup>, a alors conduit à un renouveau de l'unilatéralisme en droit international privé<sup>116</sup>. L'émergence de la méthode de la reconnaissance unilatérale des situations juridiques constitue à cet égard un renouvellement méthodologique d'ampleur. En vertu de cette nouvelle méthode, une situation qui s'est légalement constituée à l'étranger devrait être reconnue dans le for sans vérifier la conformité de cette situation aux règles de conflit de lois du for. Encore essentiellement doctrinale, cette méthode prend en compte le besoin de continuité des relations privées internationales face auquel la méthode classique s'avère parfois inadaptée. La localisation abstraite du rapport de droit qui anime la méthode savignienne et en façonne les mécanismes ne semble en effet pas adaptée aux situations constituées par l'intervention d'une autorité publique. Les tenants de la méthode de la reconnaissance proposent alors d'appliquer un raisonnement en termes de conflit de juridictions, renouvelé par le prisme du conflit d'autorités, dans des domaines auparavant soumis à la méthode des conflits de lois. Cette méthode semble particulièrement adaptée aux situations conjugales ; les mariages et les partenariats enregistrés en étant « les illustrations les plus topiques »<sup>117</sup>.

**35.** L'analyse du droit international privé du couple suppose ainsi de se demander si les carences de la méthode conflictuelle classique, dans son application aux unions conjugales en droit international privé positif, justifient le recours proposé à la méthode de la reconnaissance. Pour ce faire, il nous semble nécessaire de mener une analyse critique de ces deux méthodes afin de déterminer, d'une part, les raisons de l'inadaptation de la méthode classique et, d'autre part, de savoir si la méthode de la reconnaissance peut utilement en combler les lacunes. Cette analyse nous permettra, dans un premier temps, de mettre en exergue l'inadaptation actuelle des rattachements prévus par la méthode conflictuelle en matière d'unions conjugales, reflet d'une certaine inadaptation de la logique conflictuelle elle-même à la matière conjugale et, plus largement, aux exigences de la société contemporaine.

---

<sup>115</sup> PICONE (P.), « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, vol. 276, 1999, p. 39.

<sup>116</sup> V. GOTHOT (P.), « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP*, 1971, p. 415s.

<sup>117</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2014, n°293, p. 212.

Dans un second temps, l'analyse de la méthode de la reconnaissance révélera son incapacité à assurer, à elle-seule, une réglementation satisfaisante des situations juridiques auxquelles font face les couples en droit international privé. En effet, si les soubassements théoriques de cette méthode sont intéressants, son domaine d'application est fort incertain et son effectivité est apparaît particulièrement limitée.

**36.** Nous démontrerons donc que l'inadaptation actuelle du droit international privé du couple provient de l'inadaptation de la méthode conflictuelle classique telle qu'actuellement appliquée aux couples (*Titre I*) et de l'insuffisance de la méthode de la reconnaissance éventuellement applicable à ces derniers (*Titre II*).

## TITRE I : L'INADAPTATION DE LA MÉTHODE CONFLICTUELLE

### CLASSIQUE APPLIQUÉE AUX COUPLES

37. Le mariage étant la seule forme conjugale reconnue en droit interne jusqu'à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, les règles de droit international privé français applicables aux couples se sont construites par référence à celles retenues en matière de mariage. Or, en ce qu'il affecte l'état des personnes, le mariage a dès l'origine été considéré comme faisant partie du statut personnel et a donc été rattaché à la loi nationale en droit international privé français. Le rattachement à la loi nationale n'a toutefois pas été retenu concernant les conditions de forme du mariage soumises, elles, à la loi du lieu de célébration du mariage. Peu adapté aux nouvelles formes de conjugalité que constituent le partenariat enregistré et le mariage entre personnes de même sexe, le rattachement à la loi nationale n'a pas non plus été retenu pour en régir la validité. Les effets du mariage ont, quant à eux, été progressivement soumis à différentes règles de conflit de lois si bien que « la règle générale qui retenait un présupposé large englobant l'état, la capacité de l'individu et ses relations de famille pour les soumettre ensemble à sa seule loi nationale a complètement éclaté »<sup>118</sup>.

38. L'actuel droit international privé du couple est ainsi marqué par une diversification des règles de conflit applicables qui ne semble pas permettre d'assurer un traitement juridique cohérent des problèmes rencontrés par les couples à l'échelle internationale. Cette diversification, constatée de tous, invite à une réflexion quant aux fondements théoriques et aux implications pratiques des règles de droit international privé retenues en matière d'unions conjugales. Ainsi, une analyse critique des rattachements initialement adoptés pour régir le mariage traditionnel nous permettra de comprendre les raisons de leur inadaptation actuelle. La mobilité internationale croissante des couples, la diversification des formes de conjugalité et la fragmentation du modèle familial traditionnel sur lequel sont fondés les rattachements de la méthode conflictuelle classique mettront alors en exergue un certain manque de pertinence et de cohérence des règles de conflit applicables à la formation et aux effets des unions conjugales en droit international privé positif.

---

<sup>118</sup> LAGARDE (P.) et GOTHOT (P.), « Conflit de lois (principes généraux) », *Rep. droit international*, Dalloz, 2006, p. 15.

**39.** Cette pluralité – qui, contrairement au pluralisme, n'est pas organisée – des règles de conflit applicables aux couples internationaux complexifie grandement l'accessibilité et l'intelligibilité de la matière. L'application actuelle de la méthode conflictuelle classique ne permet en effet plus la désignation d'une loi unique qui présente une proximité certaine avec les membres du couple dont elle entend régir les problèmes et qui soit conforme aux espérances légitimes des parties. Plus encore, les rattachements initialement retenus ne permettent pas d'assurer la continuité concrète du statut conjugal à l'échelle internationale et, partant, de respecter le principe directeur du droit international privé que constitue l'harmonie internationale des solutions.

**40.** Mais l'inadaptation de la méthode conflictuelle actuellement appliquée aux couples ne provient pas seulement de la nature des rattachements prévus par celle-ci. L'inadaptation des rattachements adoptés par la méthode conflictuelle classique laisse apparaître une certaine inadaptation de la logique conflictuelle elle-même. En effet, la logique qui anime la méthode savignienne et en façonne les mécanismes ne semble pas pouvoir faire face à la diversification des formes de conjugalité. Une exigence de continuité internationale des unions conjugales tend pourtant à se développer et à s'imposer aux Etats dans l'application des règles de droit international privé par le prisme des droits de l'Homme et des libertés européennes de circulation. La localisation abstraite du rapport de droit poursuivi par la méthode savignienne ne semble ainsi pas adaptée à la localisation concrète du lien conjugal qu'implique l'intervention, dans un ordre juridique donné, d'une autorité publique selon la loi de laquelle il a été constitué.

**41.** Nous démontrerons donc que l'inadaptation des rattachements prévus par la méthode conflictuelle en matière de couples (*Chapitre I*) souligne, en réalité, une inadaptation de la logique conflictuelle elle-même à la matière conjugale (*Chapitre II*).

## CHAPITRE I : L'INADAPTATION DES RATTACHEMENTS CONFLICTUELS

42. L'étude critique de la méthode conflictuelle classique suppose une analyse des rattachements prévus par celle-ci quant aux conditions de formation et aux effets des unions conjugales. Concernant la formation du mariage, ses conditions de fond sont traditionnellement rattachées, en tant qu'élément du statut personnel, à la loi nationale. Si le rattachement classique du mariage à la loi nationale se justifiait à l'époque où il a été adopté, nous démontrerons que les principes de souveraineté et d'indisponibilité sur lesquels ce facteur de rattachement repose ne semblent plus adaptés à la libéralisation du mariage et du droit international privé. Les conditions de forme du mariage relèvent, quant à elles, de la loi du lieu de célébration. Ce rattachement est fondé sur une détermination abstraite de la loi applicable à la forme d'un acte privé. Nous démontrerons qu'il s'agit là d'une application discutable du principe *locus regit actum* à la forme d'un acte, non pas privé mais quasi-public, dont la localisation concrète découle de l'intervention d'une autorité publique dans l'ordre juridique dans lequel il a été constitué. Une analyse en termes de conflit d'autorités semblerait alors plus adaptée à régir les situations conjugales constituées par l'intervention d'une autorité.

43. Les problèmes pratiques qu'entraînent les rattachements à la loi nationale et à la loi du lieu de célébration expliquent qu'ils n'aient pas été retenus pour régir la formation des nouveaux statuts conjugaux que constituent le partenariat enregistré et le mariage entre personnes de même sexe. L'originalité du partenariat enregistré en droit comparé et l'importance de l'intervention d'une autorité enregistrante que met en exergue son appellation ont en effet conduit de nombreuses législations nationales<sup>119</sup>, ainsi que les instances européennes<sup>120</sup>, à retenir un rattachement spécifique, à la carte, détaché de toute catégorie : la loi de l'autorité. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013 a également conduit le législateur français à adopter une règle de conflit spécialement applicable à sa validité.

---

<sup>119</sup> Il en va ainsi notamment en droit international privé allemand, finlandais, suisse et belge. Cf. *infra* n°427.

<sup>120</sup> V. le règlement (UE) 2016/1104 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

44. Les conditions de formation de ces trois modes de conjugalité sont donc aujourd'hui soumises à des règles de conflit différentes, poursuivant elles-mêmes des objectifs différents. Les règles de conflit de lois applicables diffèrent alors d'une conjugalité à l'autre et nous nous interrogerons sur la possibilité de soumettre ces différentes formes de conjugalité à des règles conflictuelles communes, fondées sur des objectifs renouvelés. Nous verrons à ce titre que le rattachement à la loi de l'autorité semble particulièrement pertinent en matière conjugale.

45. Le processus de diversification des règles de conflit applicables aux unions conjugales est plus prégnant encore en ce qui concerne leurs effets. L'ancienne catégorie des effets du mariage a en effet totalement éclaté au profit de règles de conflit diverses et variées. En effet, le « recul des règles impératives, l'introduction d'une certaine liberté de choix, l'égalité radicale entre les époux [et] l'irruption des droits de l'Homme »<sup>121</sup> ont suscité le développement de nouveaux rattachements aux fondements et aux objectifs différents : proximité, souveraineté, autonomie de la volonté, considérations substantielles, etc. Cette pluralité de rattachements<sup>122</sup> entraîne l'application de lois différentes en fonction de la question litigieuse si bien qu'il n'existe plus aucune harmonie entre les lois applicables aux effets du mariage, au divorce, à la prestation compensatoire ou encore au régime matrimonial des époux. Le droit commun, relayé par les conventions internationales et l'harmonisation européenne, a véritablement segmenté la matière et ne permet plus d'assurer un traitement juridique cohérent des problèmes rencontrés par les couples en droit international privé. Les effets des partenariats enregistrés ont également fait l'objet d'un rattachement spécifique à la loi de l'autorité et ses effets patrimoniaux sont désormais soumis à une règle spéciale<sup>123</sup>, différente par ailleurs de celle retenue quant aux effets patrimoniaux du mariage<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> FADLALLAH (I.), « Statut personnel », *Rep. droit international*, Dalloz, 2003, p. 3.

<sup>122</sup> V. LABORDE (J.-P.), *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, thèse, Bordeaux I, 1981.

<sup>123</sup> V. le règlement (UE) 2016/1104 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés applicable dès le 29 janvier 2019.

<sup>124</sup> V. le règlement (UE) 2016/1103 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux

46. Enfin, le concubinage ne fait pas, en droit français, l'objet « d'un statut d'ensemble qui l'institutionnaliserait au même titre que le mariage »<sup>125</sup>, il est considéré comme un élément purement matériel, de pur fait<sup>126</sup>. Cela se traduit en droit international privé par l'absence de qualification propre aux unions libres et de règle de conflit spécialement applicable. Les problèmes que les concubins sont susceptibles de soulever sont alors résolus par référence au droit commun des contrats, des délits ou des biens etc.<sup>127</sup>, en faisant abstraction de leur intégration dans une relation durable.

47. Cette importante diversification des règles de conflit applicables aux unions conjugales, contre toute logique d'ensemble, aboutit à une certaine marqueterie des lois<sup>128</sup> ne permettant pas d'assurer le respect des ensembles législatifs. Les catégories de rattachement se construisent désormais par spécialisations successives et ne permettent plus d'inclure la diversité des institutions étrangères ni de soumettre des rapports de droit, pourtant connexes, à une loi unique.

48. Nous verrons donc que l'inadaptation actuelle de la méthode conflictuelle classique s'explique par un certain manque de pertinence et de cohérence des rattachements applicables tant à la formation des unions conjugales (*Section I*) qu'à leurs effets (*Section II*).

---

<sup>125</sup> AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 713, p. 627.

<sup>126</sup> GAUTIER (P.-Y.), « Les couples internationaux de concubins », *RCDIP*, 1991, p. 525s.

<sup>127</sup> A ce titre, les mécanismes de la société créée de fait et de l'enrichissement sans cause sont notamment utilisés pour liquider les intérêts pécuniaires des concubins, même si la Cour de cassation entend en limiter l'utilisation. V. notamment LARRIBEAU-TERNEYRE (V.), « Enrichissement sans cause et société de fait ne sont pas les mamelles du concubinage », *Dr Famille* 2010, comm. n°3.

<sup>128</sup> Selon l'expression d'Etienne Bartin, cité par LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 214, p. 203.



## SECTION I : L'INADAPTATION DES RATTACHEMENTS RELATIFS A LA FORMATION DES UNIONS CONJUGALES

49. En tant qu'élément du statut personnel, les règles relatives à la formation du mariage sont, dans de nombreux Etats<sup>129</sup>, soumises à la loi nationale, entendue dans les pays de *Common law* comme la loi du domicile d'origine. D'autres Etats – tels que les Etats-Unis, certains Etats d'Amérique latine et certains pays scandinaves – soumettent la formation du mariage à la loi du lieu de célébration. Enfin, quelques Etats, dont la France, ont adopté un système mixte en soumettant les conditions de fond du mariage à la loi nationale et ses conditions de forme à la loi du lieu de célébration.

50. Il nous semble que le rattachement, partiel ou complet, des règles relatives à la formation du mariage à la loi nationale et/ou à la loi du lieu de célébration n'est plus tout à fait pertinent en droit international privé contemporain. D'une part, le rattachement à la loi nationale repose sur une idée de souveraineté et d'indisponibilité des droits en cause. Or, ces fondements théoriques, s'ils se justifiaient aisément à l'époque de Savigny, ne sont plus guère adéquats face à la libéralisation du droit international privé du couple. Du reste, le développement des cas de plurinationalité au sein des couples rend ce rattachement délicat à mettre en œuvre et l'application cumulative des lois nationales en présence d'empêchements bilatéraux peut se révéler discriminatoire. D'autre part, le rattachement des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration repose sur une analyse du mariage comme un acte privé, ce qu'il n'est pas. Quant à lui, le rattachement des conditions de fond du mariage à la *lex loci celebratonis* retenu par certains Etats ne présente, eu égard à son caractère très libéral, qu'une faible effectivité. Les rattachements choisis pour régir les règles relatives à la formation du mariage ne nous semblent donc plus totalement adaptés en droit international privé contemporain. C'est ce qu'il conviendra de démontrer.

51. En réaction à l'inadaptation des rattachements relatifs à la formation du mariage – entendu traditionnellement comme l'union d'un homme et d'une femme – de nouveaux rattachements ont été adoptés concernant la formation des mariages entre personnes

---

<sup>129</sup> Ainsi l'Autriche, l'Allemagne, l'Espagne ou encore l'Italie appliquent la loi nationale tant aux conditions de fond que de forme du mariage.

de même sexe et celle des partenariats enregistrés. Cette diversification des rattachements applicables à la formation des unions conjugales – dont l’objectif n’est pas seulement d’assurer la circulation internationale de ces nouvelles formes de conjugalité mais également de permettre un rayonnement international des législations qui se veulent plus libérales<sup>130</sup> – entraîne incontestablement un manque de logique d’ensemble au sein des règles de conflit de lois applicables aux couples en droit international privé. Il sera alors nécessaire de s’interroger sur la pertinence de cette distinction ainsi que sur celle des rattachements nouvellement retenus. Or il nous semble à ce titre que la règle de conflit spécialement prévue pour les mariages entre personnes de même sexe n’est pas exempte de critique, loin s’en faut. Quant au rattachement à la loi de l’autorité retenu en matière de partenariats enregistrés, si celui-ci présente des avantages majeurs, il nécessite toutefois d’être adapté.

**52.** Il convient donc d’analyser les raisons de l’inadaptation des rattachements relatifs à la formation du mariage (**I**) avant d’aborder celles relatives à la formation des nouveaux statuts conjugaux que constituent le mariage entre personnes de même sexe et les partenariats enregistrés (**II**)<sup>131</sup>.

### **I. L’inadaptation des rattachements relatifs à la formation du mariage**

**53.** Si le rattachement, partiel ou complet, des règles relatives à la formation du mariage à la loi personnelle fait l’objet de critiques justifiées en droit international privé contemporain (**A**), le rattachement à la loi du lieu de célébration ne semble pas davantage judicieux (**B**).

---

<sup>130</sup> Sur l’hégémonie du modèle conjugal du for, *cf. infra* n°155s.

<sup>131</sup> Le concubinage ne faisant pas l’objet d’un rattachement spécifique en droit international privé français ne sera pas abordé ici. L’objectif de reconstruction cohérente du droit international privé du couple poursuivi dans la seconde partie de la thèse sera toutefois l’occasion de proposer une règle spécialement applicable au concubinage. Sur la proposition de loi applicable aux unions conjugales informelles, *cf. infra* Partie II, Titre II, Chapitre II.

## A. L'inadaptation du rattachement à la loi nationale

54. La loi personnelle peut viser la loi nationale ou la loi du domicile. Le législateur français a clairement pris parti pour la loi nationale afin d'assurer une corrélation entre la communauté nationale et les lois qu'elle sécrète<sup>132</sup>. C'est ainsi que l'article 3 du Code civil énonce dans son troisième alinéa que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Cet article a très vite été bilatéralisé par la Cour de Paris dans son désormais célèbre arrêt *Busqueta*<sup>133</sup>. Cet arrêt a ainsi consacré le rattachement des éléments du statut personnel à la loi nationale, qu'il s'agisse de la loi française ou d'une loi étrangère. Largement influencés par la doctrine personaliste de Mancini, de nombreux pays continentaux ont retenu ce rattachement à la loi nationale entendue, dans les pays de *Common law*, comme le domicile d'origine « attribué à la naissance et qui se maintient par une présomption dont la preuve contraire est difficile à apporter »<sup>134</sup>. Ce rattachement pose pourtant des problèmes tant d'ordre théorique (1) que pratique (2) en matière de mariage en droit international privé contemporain.

### 1) L'inadaptation théorique du rattachement à la loi nationale

55. Les droits découlant du mariage étant classiquement considérés comme indisponibles, le rattachement des règles relatives à la formation du mariage à la loi nationale traduit la volonté, plus ou moins avouée, du législateur national d'imposer à ses sujets les comportements qu'ils doivent observer dans les matières qui concernent leur personne. Le for de nationalité semble alors être un for de souveraineté et d'indisponibilité. Or, l'évolution libérale qu'ont connu le droit international privé et le droit de la famille ces dernières années affaiblit grandement la pertinence des considérations relatives à la souveraineté (a) ainsi qu'à l'indisponibilité des droits en cause (b).

---

<sup>132</sup> V. AUDIT (B.), « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Ecrits en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 49s.

<sup>133</sup> Cour de Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, *GADIP*, n°1.

<sup>134</sup> FADALLAH (I.), « Statut personnel », *Rep. droit international*, Dalloz, 2003. Il faut en effet prouver l'établissement prolongé dans un autre lieu mais aussi et surtout la perte de l'esprit de retour.

a) Nationalité et souveraineté

56. L'article 3 du Code civil marque le passage du rattachement du statut personnel à la loi du domicile à celui de la loi nationale. L'Ancien droit retenait en effet le critère du domicile pour résoudre les conflits de coutumes et faisait de ce rattachement le « critère d'applicabilité spatiale des coutumes personnelles »<sup>135</sup>. Le passage, en 1804, de la loi du domicile à celle de la nationalité n'a toutefois pas constitué un changement idéologique majeur, tant domicile d'origine et nationalité étaient des notions proches<sup>136</sup>. L'article 17 du Code civil de 1804 prévoyait d'ailleurs la perte de la nationalité française en cas d'établissement à l'étranger « sans esprit de retour »<sup>137</sup>, rejoignant ainsi la conception anglo-saxonne du domicile. Une telle transition idéologique s'est opérée « une fois que le domicile s'est détaché conceptuellement de la nationalité ou de l'*origo*<sup>138</sup>, tant par l'affirmation d'un contenu volontariste, que par sa vocation à exprimer un lien sociologique d'appartenance à une communauté différent du lien féodal ou d'allégeance politique qui caractérise la nationalité »<sup>139</sup>. Depuis lors, le rattachement à la loi nationale s'écarte donc du rattachement à la loi du domicile. Si le second démontre un lien horizontal d'appartenance à la communauté étatique, le premier démontre un lien vertical de soumission à l'Etat national<sup>140</sup>.

57. La formulation unilatérale de la règle posée par le troisième alinéa de l'article 3 du Code civil ne peut constituer, en elle-même, une manifestation de la souveraineté de l'Etat. Toutefois sa bilatéralisation par la jurisprudence ne résulte pas de la nature des choses mais

---

<sup>135</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°635, p. 83.

<sup>136</sup> V. en ce sens D'AVOUT (L.), « La *lex personalis* : entre nationalité, domicile et résidence habituelle », *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 15s. et spéc. p. 19 : « les solutions du conflit de lois fondées sur un critère domiciliaire sont simplement une autre manière de comprendre la compétence personnelle, et non territoriale, de l'Etat ; le domicile n'étant pas fondé sur la présence physique mais représentant un lien idéal entre l'individu et l'Etat ».

<sup>137</sup> CARLIER (J.-Y.), « Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits », *RCADI*, vol. 332, 2007, p. 304.

<sup>138</sup> Ce concept, contrairement au *domicilium* qui renvoyait à l'attache actuelle, rattachait l'individu à une cité par le fait de sa naissance. V. THOMAS (Y.), « Le droit d'origine à Rome. Contribution à l'étude de la citoyenneté », *RCDIP*, 1995, p. 253s.

<sup>139</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°644, p. 96.

<sup>140</sup> V. en ce sens BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz, 2002, p. 283 : « Le système du domicile [voit] dans la personne un membre de la collectivité dans laquelle elle vit, celui de la nationalité un membre de la collectivité qui la désigne comme un de ses éléments constitutifs ».

constitue « une concession de l'Etat du for, elle-même fondée sur l'idée de réciprocité »<sup>141</sup>. En effet, l'Etat qui considère le rattachement à la loi nationale comme une expression de sa souveraineté laisse alors les autres Etats exprimer leur souveraineté sur leurs sujets. Le rattachement à la loi nationale, « bastion inexpugnable » du statut personnel selon la formule de Batiffol<sup>142</sup>, met ainsi en exergue la volonté de l'Etat de maintenir ses citoyens sous son contrôle pour les matières qui relèvent de leur personne<sup>143</sup> et atteste, comme l'écrivait Martin, que « ce n'est plus l'intérêt de l'individu qui est en jeu mais l'intérêt de l'Etat dont il est ressortissant »<sup>144</sup>. Le choix de l'ordre juridique français en faveur de la nationalité, désormais conscient et assumé, rattache donc la catégorie du statut personnel au principe de souveraineté<sup>145</sup>. Le for de nationalité, même s'il repose sur des considérations relatives à la localisation abstraite de la personne, constitue en effet un for de souveraineté dont l'existence se justifie par la volonté de l'Etat de voir appliquer sa propre loi à ses ressortissants<sup>146</sup>. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par la prévalence accordée à la nationalité du for sur la nationalité étrangère en cas de conflits positifs de nationalités<sup>147</sup>. La nationalité du for ne peut en effet que primer sur la nationalité étrangère, sans qu'il ne soit question d'effectivité des nationalités en cause, puisque « l'individu qualifié de français selon la loi française n'est et ne peut être, pour le juge français, qu'un sujet français »<sup>148</sup>. L'application de la loi nationale se justifie donc par le lien de sujétion qu'entend établir l'Etat sur ses citoyens<sup>149</sup>.

---

<sup>141</sup> LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986, p. 52.

<sup>142</sup> BATIFFOL (H.), « Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale », *Legal essays in honour of Hessel E. Yntema, Leyde*, A.W. Sythoff, 1961.

<sup>143</sup> V. en ce sens VIGNAL (T.), *Droit international privé*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 137.

<sup>144</sup> BARTIN (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Domat Montchrestien, 1932, t.II, §228.

<sup>145</sup> V. PATAUT (E.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions : étude de droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999.

<sup>146</sup> *Ibidem*. L'auteur considère que les deux expressions de la souveraineté en matière de conflit de lois sont le rattachement à la loi nationale et les lois de police. Or les conditions de fond du mariage sont rattachées à la loi nationale et les règles relatives au régime primaire des époux sont des lois de police. Les règles relatives au mariage sont donc très fortement guidées par le principe de souveraineté, ce qui ne nous semble plus guère pertinent de nos jours.

<sup>147</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1968, *Kasapyan* ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP* 1969, p. 59s. Sur les conflits de nationalités, v. notamment LOUIS-LUCAS (P.), « Les conflits de nationalités », *RCADI*, vol. 64, 1938, p. 1s ; DARRAS (L.), *La double nationalité*, thèse dact., Paris II, 1986 ; LAGARDE (P.), « Vers une approche fonctionnelle des conflits positifs de nationalités », *RCDIP*, 1988, p. 29s. Toutefois, cf. *infra* n° 186s. pour les développements relatifs à la position de la CJUE en cas de conflits positifs de nationalités.

<sup>148</sup> BARTIN (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Domat Montchrestien, 1932, T.II, §226, p. 20.

<sup>149</sup> V. en ce sens MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n°907, p. 631.

**58.** Le rattachement des règles relatives à la formation du mariage à la loi nationale répond à deux objectifs que sont la permanence et l'impérativité. Or, l'idée de permanence est ici entendue « comme la permanence de l'autorité de l'Etat sur ses sujets »<sup>150</sup> et non pas comme la permanence des solutions relatives au statut personnel. Nous savons pourtant que l'objectif du droit international privé est davantage la recherche d'une harmonie internationale des solutions et, partant, d'une continuité des éléments du statut personnel, que celle d'une délimitation de la sphère de compétences des Etats. Le rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale ne permet donc pas tant d'assurer une continuité concrète des éléments du statut personnel que de soumettre les Français au modèle matrimonial français. L'objectif d'impérativité poursuivi par ce rattachement s'amenuise pourtant grandement face au développement croissant du libéralisme et de l'individualisme en matière conjugale.

**59.** Les justifications théoriques au rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale, fondées sur les objectifs de permanence et d'impérativité, ne nous semblent donc plus totalement pertinentes en droit international privé contemporain. Et, même à considérer que le rattachement des conditions de fond du mariage ne tende plus aujourd'hui à renforcer l'autorité de l'Etat, il repose toujours sur le postulat selon lequel l'indisponibilité des droits en présence le rend immuable<sup>151</sup>. Un tel postulat est pourtant discutable tant la diversité des éléments constituant le statut personnel entraîne un niveau variable de disponibilité des droits en cause.

*b) Nationalité et indisponibilité*

**60.** En tant qu'élément du statut personnel, le rattachement des règles relatives à la formation du mariage à la loi nationale est traditionnellement justifié par le caractère indisponible des droits en cause. Il nous semblerait toutefois judicieux de distinguer, au sein du statut personnel, ce qui relève du statut individuel, du statut conjugal et du statut

---

<sup>150</sup> PATAUT (E.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions : étude de droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999. p. 41.

<sup>151</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°637, p. 84.

familial<sup>152</sup>. En effet, si les éléments du statut individuel se caractérisent, dans une large mesure, par une certaine indisponibilité des droits en cause, une telle affirmation est à nuancer concernant les éléments du statut familial et, surtout, du statut conjugal. Si dans le statut familial, les droits de l'enfant doivent pouvoir être protégés par une intervention étatique de telle sorte que les droits des parents ou des tiers ne soient pas complètement disponibles, le statut conjugal concerne quant à lui des situations dans lesquelles les sujets de droit, en s'engageant librement, décident par eux-mêmes de créer des relations et de les soumettre à un certain statut. Ainsi, « le phénomène de privatisation de la vie en couple se traduit juridiquement par l'introduction d'une logique contractuelle dans un domaine qui, jusque-là, revêtait un caractère indisponible »<sup>153</sup>. La contractualisation et la privatisation des éléments du statut conjugal remettent donc en question leur caractère indisponible.

**61.** On peut alors y voir une conception renouvelée de la distinction proposée par Mancini entre le « droit privé nécessaire » et le « droit privé volontaire ». Pour Mancini, le droit privé nécessaire concerne l'état des personnes, l'ordre et les relations de familles pour lesquels « il ne dépend pas de la volonté de l'homme d'altérer ou de modifier cette partie nécessaire, personne ne peut renoncer à l'état et aux rapports de famille qui lui sont attribués par la loi de sa patrie »<sup>154</sup>. A l'inverse, le droit privé volontaire concerne les « biens et leur jouissance, la formation des contrats, les obligations et choses semblables » pour lesquels l'individu a une libre disposition. Or, la quasi-contractualisation des rapports conjugaux et l'influence grandissante de la liberté offerte aux individus en la matière<sup>155</sup> ont

---

<sup>152</sup> Sur la distinction, au sein du statut personnel, entre statut individuel, conjugal et familial, *cf. infra* Partie II, Titre I, Chapitre II.

<sup>153</sup> HUNTER-HENIN (M.), *Pour une redéfinition du statut personnel*, PUAM, 2004, p. 254, n°335. V. également LABEE (X.), *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?* Presses universitaires du Septentrion, 1996.

<sup>154</sup> MANCINI (P.-S.), « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI*, 1874, p. 221s.

<sup>155</sup> V. sur ce point AUBIT (B.), « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 51 : « Les relations de famille sont venues à se composer en quelque sorte à la carte, et la matière à illustrer le passage du statut au contrat. Les droits fondamentaux initialement formulés dans un contexte de droit public, ont engendré des revendications d'un droit absolu de mener la vie familiale de son choix ou à l'épanouissement de la personnalité plus ou moins satisfaisante ».

incontestablement fait sortir le statut conjugal du droit privé nécessaire pour le rapprocher de la catégorie du droit privé volontaire<sup>156</sup>.

**62.** Les éléments du statut conjugal n'étant plus réellement indisponibles, le rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale peut être relativisé. La promotion de la volonté individuelle en droit interne ne peut en effet être sans conséquence en droit international privé<sup>157</sup>. Cela ne signifie pas que les éléments du statut conjugal devraient être soumis à un système de pure autonomie de la volonté dans lequel les sujets de droits seraient libres de choisir la loi applicable à leurs relations interindividuelles. En effet, ces relations intéressent l'Etat qui détermine librement les statuts conjugaux à disposition de ses sujets. Autrement dit, les individus sont libres de disposer de leurs droits mais ceux-ci sont déterminés par l'Etat en fonction du statut conjugal auquel ils ont choisi d'adhérer. Cela signifie plutôt que les éléments du statut conjugal devraient être soumis à un rattachement plus souple pouvant, dans une certaine mesure, être choisi par les individus.

**63.** Le rattachement des règles relatives à la formation du mariage à la loi nationale aurait donc certainement dû se réduire à mesure de la libéralisation des éléments du statut conjugal. Tel n'est pourtant pas le cas et l'absence d'évolution de ce facteur de rattachement face au « double mouvement de promotion de l'individu et d'internationalisation toujours plus intense »<sup>158</sup> ne va alors pas sans poser quelques problèmes. L'inadaptation du rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale n'est pas seulement théorique, elle est également pratique.

## ***2) L'inadaptation pratique du rattachement à la loi nationale***

**64.** Les problèmes pratiques provoqués par le rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale découlent des hypothèses, de plus en plus fréquentes, de

---

<sup>156</sup> V. également PICCHIO FORLATI (L.), « Critères de rattachement et règles d'applicabilité à l'heure de la protection des droits de l'Homme en Europe », in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 907s., spé. p. 918.

<sup>157</sup> GAUDEMET-TALLON (H.), « Individualisme et mondialisation : aspects de droit international privé de la famille », in *Essays in honour of Hans van Loon, A Commitment to Private International Law*, Intersentia, 2013, p. 181.

<sup>158</sup> *Ibidem*.



plurinationnalité des couples et plus largement des familles. C'est en effet dans son application aux rapports conjugaux et familiaux que la règle déduite de l'article 3 du Code civil s'est révélée la plus insuffisante car « si elle permet de déterminer la loi applicable à chaque fois que la relation de famille met en cause des personnes de même nationalité, elle ne fournit aucune indication pour le cas où ces personnes sont de nationalité différente »<sup>159</sup>. Or, la consécration du principe d'égalité des sexes – avec comme corollaire l'égalité des époux – a multiplié les hypothèses de nationalités différentes au sein d'une même famille. La femme n'acquiert désormais plus obligatoirement la nationalité du mari, ni l'enfant celle du père. Dès lors, le rattachement du statut personnel, pris dans sa dimension conjugale, à la loi nationale pose des problèmes pratiques, notamment concernant les couples mixtes pour lesquels il conviendra de savoir quelle loi nationale, parmi celles en jeu, sera prise en considération pour régir leurs rapports.

**65.** Contrairement au cumul des lois nationales proposé par Lerebours-Pigeonnière<sup>160</sup>, c'est le principe d'application distributive des lois nationales qui a été retenu en matière de conditions de fond du mariage d'un couple mixte. Toutefois, le droit international privé français s'est inspiré des doctrines allemandes en distinguant les empêchements unilatéraux des empêchements bilatéraux. Les empêchements unilatéraux résultent des qualités personnelles – tels que l'âge, la capacité ou encore le consentement – qu'exige la loi nationale afin de contracter mariage. A l'inverse, les empêchements bilatéraux résultent de ce qu'une loi nationale « subordonne la validité du lien à une condition dont le respect exige qu'elle se réalise simultanément en la personne des deux parties »<sup>161</sup>. Il s'agit des liens de parenté et d'alliance ou encore de la différence de sexe. Dès lors, si les empêchements unilatéraux sont soumis au principe d'application distributive des lois nationales, les empêchements bilatéraux font, logiquement et nécessairement, l'objet d'une exception et sont soumis à une application cumulative des lois nationales en présence.

**66.** L'application cumulative des lois nationales en matière d'empêchements bilatéraux au mariage conduit toutefois à appliquer la loi nationale la plus sévère et a pour

---

<sup>159</sup> LAGARDE (P.) et GOTHOT (P.), « Conflits de lois (principes généraux) », *Rep. droit international*, Dalloz, 2006, n°111.

<sup>160</sup> LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Précis de droit international privé*, 6<sup>ème</sup> éd., 1954, n° 327.

<sup>161</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°724, p. 182.

conséquence de priver un membre du couple d'avantages que lui conférerait sa loi nationale. En théorie, un point de rattachement ne peut être discriminatoire puisque son rôle n'est pas de proposer une solution matérielle au litige mais de déterminer abstraitement la loi applicable à celui-ci. En pratique, le rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale peut toutefois se révéler discriminant<sup>162</sup>. Nous considérons en effet avec le Professeur Lagarde que « le critère de la nationalité n'est discriminatoire que lorsqu'il conduit au refus d'un droit à raison de la nationalité, il ne l'est pas s'il fait varier le régime de ce droit en fonction de la nationalité »<sup>163</sup>. Un tel critère n'est donc, *a priori*, pas discriminatoire pour le mariage puisque tous les Etats connaissent cette institution. Mais, si le mariage est une institution connue de tous les pays, sa définition hétérosexuée et monogame n'est pas universelle. La conception du mariage étant singulière à chaque Etat, ses conditions de fond varient nécessairement d'une législation à l'autre<sup>164</sup>. L'application cumulative des lois nationales en matière d'empêchements bilatéraux peut donc avoir pour conséquence de priver un individu dont la loi nationale reconnaît le mariage, du droit de se marier avec un individu dont la loi nationale impose une condition de fond différente.

**67.** L'exemple classiquement donné en droit international privé français – jusqu'à ce qu'une règle de conflit spécifique sur laquelle nous reviendrons<sup>165</sup> soit adoptée par la loi du 17 mai 2013 – est celui d'un mariage entre personnes de même sexe. L'application cumulative des lois nationales aurait en effet pour conséquence de priver l'individu dont la loi nationale reconnaît ledit mariage du droit de se marier avec un autre individu dont la loi nationale impose comme condition matérielle de validité du mariage la différence de sexe des futurs époux. Dès lors, à moins de considérer l'impossibilité pour deux personnes de même sexe de se marier comme une simple variation matérielle du droit au mariage, cela revient à refuser le droit au mariage à l'un des membres du couple en raison de sa nationalité ou de celle de l'autre membre du couple, et, partant, à le discriminer. La mise en œuvre pratique du

---

<sup>162</sup> V. PULJAK (M.-P.), *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, 2003.

<sup>163</sup> LAGARDE (P.), « 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 », *RCDIP*, 2009, p. 87. V. également LAGARDE (P.), « Nationalité et droit international privé », *Annales de droit de Louvain*, 2003/3, p. 205s.

<sup>164</sup> V. FULCHIRON (H.), « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 360 : « Pour la première fois peut-être, la théorie du droit international privé est confrontée à une institution qui est à la fois universelle et radicalement différente, dans sa nature même, selon que les Etats l'ouvrent ou non aux couples de même sexe ».

<sup>165</sup> Cf. *infra* n°80s.

rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale peut donc être attentatoire à la liberté matrimoniale.

**68.** Les Professeurs Pierre Mayer et Vincent Heuzé considèrent ce rattachement comme immuable malgré ses difficultés de mise en œuvre et l'expliquent par deux raisons. D'une part, « par le fait que les exigences d'un législateur relatives à la formation du mariage visent tous les nationaux avec une impérativité particulière, reflet du lien politique entre l'Etat et son sujet » et d'autre part, par la difficulté de trouver une loi unique, « une loi de création de l'union [...] désignée par un critère de rattachement neutre »<sup>166</sup>. Il nous semble toutefois que cette idée d'impérativité particulière du rattachement à la loi nationale en matière conjugale n'est plus réellement pertinente en droit international privé contemporain<sup>167</sup> et, surtout, qu'une loi unique de création de l'union est envisageable<sup>168</sup>.

**69.** Le rattachement des règles relatives à la formation du mariage à la loi nationale repose donc sur des considérations théoriques dont la pertinence est aujourd'hui à relativiser et engendre des conséquences pratiques néfastes. Ainsi, l'application cumulative des lois nationales en matière d'empêchements bilatéraux face aux hypothèses de plus en plus nombreuses de plurinationalité au sein des couples, peut se révéler attentatoire à la liberté matrimoniale. Cette difficulté pourrait pourtant être contournée par l'adoption d'un rattachement unique applicable aux membres de l'union conjugale. Or, s'il s'en inspire, ce facteur de rattachement unique ne peut être la loi du lieu de célébration de l'union. Il convient en effet désormais de démontrer que le rattachement partiel ou complet des règles relatives à la formation du mariage à la loi du lieu de célébration n'est pas totalement adapté.

## **B. L'inadaptation du rattachement à la loi du lieu de célébration**

**70.** Le système mixte instauré en droit international privé français ne rattache que les conditions de forme du mariage – c'est-à-dire les règles relatives à l'organe compétent,

---

<sup>166</sup> MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n°571, p. 401.

<sup>167</sup> Cf. *supra* n°60s. sur le degré variable d'indisponibilité des éléments du statut personnel.

<sup>168</sup> Cf. *infra* n°444s. sur la vocation de la loi de l'autorité à régir les conditions de validité des unions conjugales formelles.

aux conditions de publicité, à la forme des oppositions, aux formalités préparatoires, au déroulement de la célébration ou encore à la rédaction de l'acte de mariage – à la loi du lieu de célébration. D'autres Etats, tels que les Etats-Unis<sup>169</sup>, certains Etats d'Amérique latine et certains pays scandinaves, y rattachent également les conditions de fond. Or, qu'il s'agisse de régir les conditions de forme (1) ou de fond (2) du mariage, le rattachement à la loi du lieu de célébration n'est pas réellement pertinent en droit international privé.

### **1) *Le rattachement inadapté des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration***

71. Le rattachement des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration est aujourd'hui inscrit à l'article 202-2 du Code civil. Il constitue une consécration législative de la bilatéralisation prétorienne de l'article 171-1 du Code civil<sup>170</sup> par l'arrêt *Sommaripa* du 10 août 1919 selon lequel « 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 ». La jurisprudence a ainsi assimilé la célébration d'un mariage par une autorité publique à la forme d'un acte purement privé<sup>171</sup> pour y appliquer le principe *locus regit actum*<sup>172</sup> selon lequel la loi applicable à la forme des actes est la loi du lieu de leur conclusion. Elle a ainsi consacré la compétence de la *lex loci celebrationis* pour régir les conditions de forme du mariage.

72. Le rattachement des conditions de forme du mariage à la *lex loci celebrationis* est donc davantage justifié par l'application de la loi du lieu de conclusion de l'acte que par la compétence exclusive de l'officier de l'état civil pour le dresser. L'application du principe *locus regit actum* ne devrait donc avoir lieu que dans les hypothèses où le mariage ne nécessite pas l'intervention d'une autorité publique. En effet, le mariage est alors un acte privé dont la validité formelle peut être déterminée par la loi de son lieu de conclusion. Mais, en droit français, le mariage est un acte quasi-public qui nécessite l'intervention d'une autorité

---

<sup>169</sup> V. en ce sens l'article 121 du *First Restatement of Conflicts* de 1934.

<sup>170</sup> Il s'agissait à l'époque de l'article 170 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>171</sup> V. GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°51, p. 56.

<sup>172</sup> V. GENIN-MERIC (R.), *La maxime locus regit actum, nature et fondement*, LGDJ, 1976.

publique en vue de développer son effet constitutif de l'état des personnes. C'est donc parce que l'autorité publique française, en l'espèce l'officier de l'état civil, est compétente qu'elle ne peut célébrer le mariage que selon les formes prévues par la loi française. Autrement dit, le caractère impératif du principe *locus regit actum* en la matière « trouve sa raison d'être dans la relation très étroite qu'il y a entre la célébration du mariage et la détermination des autorités compétentes pour y procéder [...] : à l'exclusivité de la compétence de l'officier d'état civil a été rattachée l'exclusivité des formes localement prévues »<sup>173</sup>. L'article 171-1 du Code civil ne résout donc pas un conflit de lois mais pose plutôt un conflit d'autorités<sup>174</sup>. Peut-être aurait-il donc été théoriquement plus pertinent, à l'instar de certaines législations étrangères<sup>175</sup>, d'adopter un rattachement à la loi de l'autorité saisie de la création du mariage, couplé à des règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer un mariage que de consacrer le rattachement des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration. Du reste, le rattachement de ces éléments à la *lex loci celebrationis* présente un double inconvénient pratique.

73. D'une part, le système mixte prévu par le droit international privé français actuel impose de distinguer ce qui relève des conditions de fond et ce qui relève des conditions de forme du mariage. Or, cette opération a soulevé de sérieux problèmes, notamment en matière de mariages religieux. Pour faire face aux délicats conflits de qualifications<sup>176</sup>, la Cour de cassation a dégagé dans l'affaire *Caralansis*<sup>177</sup> le principe de la qualification *lege fori*. Les magistrats français ont ainsi admis la validité d'un mariage civil entre un Grec orthodoxe et une Française en France malgré le caractère religieux imposé par la loi grecque en considérant ce dernier comme une condition de forme du mariage selon les conceptions du droit français. Or l'application du principe de la qualification *lege fori* aux

---

<sup>173</sup> BOURDELOIS (B.), « Mariage », *Rep. droit international*, Dalloz, 2011, n°73.

<sup>174</sup> V. en ce sens MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n°580, p. 406.

<sup>175</sup> Ainsi par exemple, en Belgique, l'article 44 du Code de droit international privé prévoit que l'officier de l'état civil belge est compétent pour célébrer un mariage lorsque l'un des futurs époux est belge ou lorsque l'un d'eux est domicilié en Belgique ou encore lorsqu'il y a sa résidence habituelle depuis plus de trois mois lors de la célébration. En Suisse, l'article 43 de la loi de droit international privé prévoit quant à lui que les autorités suisses sont compétentes pour célébrer un mariage si l'un des fiancés est Suisse ou s'il est domicilié en Suisse.

<sup>176</sup> Sur les conflits de qualifications, cf. *infra* n°144s.

<sup>177</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1955, *Caralansis*, *GADIP* n°27 ; note BATIFFOL (H.), *JCP*, 1955, II. 8928 ; note CHAVRIER (G.), *RCDIP*, 1955, p. 723s. Selon la Cour, « 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 ».

conditions de formation du mariage ne va pas sans soulever quelques critiques. En effet, le caractère religieux du mariage imposé par la loi grecque en l'espèce participait certainement de l'essence même du mariage, le rapprochant alors d'une condition de fond en droit grec<sup>178</sup>. La qualification *lege fori* des conditions de formation de l'institution semble alors peu respectueuse du droit étranger et encore moins de l'institution elle-même.

74. D'autre part, le rattachement des conditions de forme du mariage à la *lex loci celebrationis* ne résout pas la question des mariages célébrés par les autorités diplomatiques ou consulaires. C'est en vertu d'une règle coutumière de droit international public, consacrée par l'article 5f de la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires, qu'il est fait exception à l'application de loi française du lieu de célébration. En effet, le droit français permet à deux étrangers de même nationalité<sup>179</sup> de s'unir en la forme diplomatique ou consulaire selon les règles de leur loi nationale. Or, la validité du mariage n'est pas justifiée par la vocation de la loi nationale étrangère à s'appliquer aux conditions de forme de celui-ci mais précisément par la compétence de l'autorité diplomatique ou consulaire étrangère à célébrer ce mariage. Cela entraîne donc « une modification du rattachement des conditions de forme du mariage en faveur de la *lex auctoris* »<sup>180</sup>. Dès lors, face à la multiplication des mariages consulaires ou diplomatiques, peut-être serait-il judicieux de s'interroger sur les règles de compétence internationale des autorités amenées à célébrer un mariage. L'existence de telles règles pourrait en effet permettre d'adopter un rattachement à la loi de l'Etat de l'autorité ayant enregistré le mariage<sup>181</sup>, évitant ainsi les problèmes posés par la consécration du rattachement des conditions de forme à la loi du lieu de célébration.

75. Le rattachement des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration n'est donc pas totalement adapté en droit international privé contemporain. En effet, ce rattachement constitue une application discutable du principe *locus regit actum* visant à déterminer, par une localisation abstraite, la loi applicable à la forme d'un acte privé

---

<sup>178</sup> V. BOURDELOIS (B.), « Mariage », *Rep. droit international*, Dalloz, 2011, n°14.

<sup>179</sup> Lorsqu'un seul des membres du couple est français, leur mariage pourra également être célébré par une autorité diplomatique ou consulaire française lorsqu'ils sont situés dans l'un des pays désignés par le décret du 26 octobre 1939. Il s'agit de l'Afghanistan, de l'Arabie saoudienne, de la Chine, de l'Egypte, de l'Irak, de l'Iran, du Japon, d'Oman (Mascate), de la Thaïlande et du Yémen.

<sup>180</sup> BARRIERE-BROUSSE (I.), « Mariage – Conditions de forme », Fasc. 546-20, *J.-Cl. droit international*.

<sup>181</sup> Cf. *infra* n°444s. sur la vocation de la loi de l'autorité à régir les conditions de validité des unions conjugales formelles.

alors que le mariage est un acte quasi-public dont la localisation découle de l'intervention d'une autorité publique. Partant, ce rattachement analyse la formation du mariage sous l'angle du conflit de lois alors qu'un raisonnement en termes de conflit d'autorités aurait sans doute été plus adapté. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par la vocation reconnue à la *lex auctoris* de s'appliquer aux conditions de forme d'un mariage célébré par une autorité diplomatique ou consulaire. Nous démontrerons désormais que le rattachement des conditions, non pas de forme mais de fond, du mariage à la loi du lieu de célébration retenu par certains Etats ne semble pas non plus adapté.

## ***2) Le rattachement inadapté des conditions de fond du mariage à la loi du lieu de célébration***

76. Les Etats-Unis, certains Etats d'Amérique latine et certains pays scandinaves soumettent tant les conditions de fond que de forme du mariage à la loi du lieu de célébration. Ainsi, par exemple, le Traité de droit civil international de Montevideo du 19 mars 1940 – en vigueur au Paraguay, en Argentine, en Uruguay, en Colombie et en Bolivie – prévoit dans son article 13 que la capacité des individus à contracter mariage, les formalités de l'acte, l'existence ou la validité du mariage sont régies par la loi du lieu de célébration<sup>182</sup>. Ce rattachement permet, en théorie, aux individus souhaitant s'unir par les liens du mariage de choisir librement l'Etat sur le territoire duquel un tel mariage sera possible. Son caractère très libéral induit donc nécessairement un *forum shopping* aux allures de tourisme matrimonial.

77. Conscients de son caractère libéral, les systèmes de droit international privé ayant retenu ce rattachement l'ont assorti d'un rempart le rendant, en pratique, peu effectif. En effet, si les mécanismes de l'exception d'ordre public international et de la fraude à la loi sont prévus dans la majorité des systèmes juridiques, ils jouent un rôle bien plus important dans les pays prévoyant la *lex loci celebrationis* comme loi applicable aux conditions de fond du mariage<sup>183</sup>. Dès lors, l'application exacerbée de ces mécanismes fait finalement dépendre la validité du mariage de la proximité de la loi du lieu de célébration avec les conceptions de

---

<sup>182</sup> « La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra ».

<sup>183</sup> AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 719, p. 633.

l'Etat dans lequel sa reconnaissance est demandée, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit de ressortissants de cet Etat<sup>184</sup>. L'ordre public international et la fraude à la loi rendent donc le rattachement libéral des conditions de fond du mariage à la loi du lieu de célébration ineffectif. Sans doute faudrait-il exiger un certain lien avec le pays de célébration, ce qui pourrait là encore être permis par la détermination de la compétence internationale des autorités habilitées à célébrer un mariage. En l'absence d'une telle détermination, le rattachement des conditions de fond du mariage à la loi du lieu de célébration n'est pas réellement pertinent en droit international privé contemporain.

78. Le rattachement des conditions de fond du mariage à la loi du lieu de célébration retenu par certaines législations étrangères n'est donc pas adapté. Son caractère libéral est en effet en mesure d'entraîner un tourisme matrimonial face auquel l'utilisation des mécanismes de l'ordre public international et de la fraude à la loi rend finalement ce rattachement peu effectif. Dès lors, face à l'inadaptation actuelle des rattachements à la loi personnelle et à la loi du lieu de célébration initialement retenus pour régir les règles relatives à la formation du mariage, de nouveaux rattachements ont été adoptés concernant la formation des mariages entre personnes de même sexe et celle des partenariats enregistrés. Or ces rattachements ne nous semblent pas non plus totalement adaptés. C'est ce qu'il convient désormais d'étudier.

## **II. L'inadaptation des rattachements relatifs à la formation des nouveaux statuts conjugaux**

79. Les rattachements traditionnels de la méthode conflictuelle n'étant pas réellement adaptés aux nouvelles formes de conjugalité, ces dernières ont fait l'objet de rattachements spécifiques. Or, en plus d'entraîner un certain manque de cohérence au sein des règles de conflit de lois applicables à la formation des unions conjugales, les rattachements retenus en matière de mariage entre personnes de même sexe et en matière de partenariats

---

<sup>184</sup> WARDLE (L.), « Who Decides ? The Federal Architecture of Defense of Marriage Act and Comparative Marriage Recognition », *California Western International Law Journal*, 2011, p. 167 : « the ordre public exception is especially important in nations that follow the *lex loci celebrationis* rule because it is easier for residents to evade local marriage laws [...]. Thus, *lex loci celebrationis* countries generally refuse to recognise evasive marriage of their own citizens ».



enregistrés présentent également de nombreux inconvénients. D'une part, la nouvelle règle de conflit de lois applicable aux mariages entre personnes de même sexe invite à un tourisme matrimonial que la large compétence de l'officier de l'état civil en la matière ne permet pas de limiter (A). D'autre part, le rattachement des partenariats enregistrés aux seules dispositions matérielles de la loi de l'autorité saisie, dont le lien de proximité avec les partenaires n'est pas vérifié, nécessite également d'être adapté (B).

#### **A. L'inadaptation des rattachements relatifs à la formation des mariages entre personnes de même sexe**

80. Par la loi du 17 mai 2013, le législateur français a ouvert le mariage aux couples de même sexe et inscrit à l'article 143 du Code civil que « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». Mais, soucieux d'assurer un rayonnement international à sa réforme, le législateur a introduit, une fois n'est pas coutume, des dispositions de droit international privé. Ainsi, l'article 202-2 du Code civil prévoit-il que « le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la célébration a eu lieu ». Partant, cet article confirme le rattachement des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration dégagé par la jurisprudence sur le fondement de l'article 171 du Code civil. De même, le premier alinéa de l'article 202-1 prévoit que « les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle ». Cet article confirme ainsi le rattachement classique des conditions de fond du mariage à la loi applicable au statut personnel, soit la loi nationale en droit international privé français, et rappelle le principe d'application distributive des lois nationales en présence. Mais si le législateur « voulait faire échapper le mariage entre personnes de même sexe aux foudres des lois personnelles prohibitives, il devait commencer par rappeler la solution de principe, pour l'assortir d'une exception quand les conjoints sont de même sexe et que la loi de l'un ou de l'autre risque de les empêcher de se marier »<sup>185</sup>. Et c'est ce qu'il fit.

---

<sup>185</sup> LABORDE (J.-P.), « Quelques brèves observations sur les dispositions de droit international privé de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe », *Bulletin du CERFAP* n°15, novembre 2013.

**81.** Face aux hypothèses de plus en plus fréquentes de plurinationalité des couples et au faible nombre d'Etats ayant accepté le mariage homosexuel, le deuxième alinéa de l'article 202-1 du Code civil prévoit que « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Le législateur français s'est manifestement inspiré de l'article 46 du Code de droit international privé belge selon lequel « l'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1<sup>er</sup><sup>186</sup> est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit admet un tel mariage ». Cette disposition permet donc d'écarter, de façon explicite en droit international privé belge et de façon implicite en droit international privé français<sup>187</sup>, la ou les loi(s) personnelle(s) prohibitive(s) dès lors que la loi nationale ou la loi du domicile ou de la résidence de l'un des futurs époux admet le mariage entre personnes de même sexe. Il s'agit là d'une application de ce que Pillet appelait « l'effet réflexe »<sup>188</sup> de l'ordre public international. Ce mécanisme vise en effet à protéger, par le biais d'une clause spéciale d'ordre public, les valeurs d'un système juridique étranger – ici celui de la nationalité ou du domicile des intéressés – similaires à celles du for, en l'espèce la promotion du mariage entre personnes de même sexe. Dès lors, un couple constitué d'un Allemand et d'un Italien dont l'un d'eux possède une résidence – même secondaire<sup>189</sup> – au Portugal pourrait tout à fait se marier en France<sup>190</sup> alors même que ni l'Allemagne, ni l'Italie n'ont ouvert le mariage aux personnes de même sexe.

**82.** Cette nouvelle règle de conflit n'est pas exempte de critiques, tant sur la forme que sur le fond. D'une part, l'adoption d'une règle spécifique applicable à la formation des mariages entre personnes de même sexe semble peu compatible avec l'objectif égalitaire du texte de loi et entraîne une incohérence, selon nous injustifiée, au sein des règles relatives à la

---

<sup>186</sup> Selon lequel « les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage ».

<sup>187</sup> En tout cas jusqu'à l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 28 janvier 2015 (13-50.059) intégrant le mariage entre personnes de même sexe à l'ordre public international français. Pour l'analyse de cet arrêt, *cf. infra* n°167s.

<sup>188</sup> V. PILLET (A.), *De l'ordre public en droit international privé*, thèse, Grenoble, 1890, p. 82s.

<sup>189</sup> En l'absence de précision, la résidence, notion de fait, peut renvoyer à une simple résidence secondaire.

<sup>190</sup> A condition toutefois que l'officier d'état civil français soit compétent, ce qui pourrait simplement résulter de l'intention des futurs époux de s'établir dans le ressort territorial de l'officier de l'état civil auquel ils se sont adressés. Sur sa large compétence territoriale, *cf. infra*. n°504s.

formation du mariage en droit international privé. En effet, comme le relève le Professeur Fulchiron, « cette façon de mettre le vin nouveau dans de vieilles outres [...] fait du mariage entre personnes de même sexe une exception au jeu normal des règles de conflit alors que l'on prétend en faire un mariage comme les autres »<sup>191</sup>. Au lieu de faire dépendre la règle de conflit de lois applicable de l'altérité sexuelle des membres du couple, peut-être aurait-il été plus judicieux d'adopter une règle de conflit commune applicable à tous les mariages en renonçant, pour les raisons que nous avons explicitées auparavant, au rattachement à la loi nationale.

**83.** D'autre part, la formulation très libérale de la règle de conflit de lois applicable à la formation du mariage entre personnes de même sexe est contestable. En effet, cet article s'inspire moins d'une indignation à l'égard des pays qui n'admettent pas le mariage entre personnes de même sexe que d'une volonté de renforcer cette nouvelle politique législative<sup>192</sup>. La réponse du Ministre des affaires étrangères et de la Ministre de la Justice du 13 août 2013 ne s'en cache d'ailleurs pas lorsqu'elle précise que cette disposition « illustre clairement la volonté d'assurer une efficacité et une application les plus larges possibles de la réforme du mariage »<sup>193</sup>. Il ne faudrait pourtant pas oublier que « les règles de droit international privé ne sont pas des outils pour exporter les choix politiques internes sur le plan international »<sup>194</sup>.

**84.** L'application de cette règle de conflit entraîne incontestablement la création de mariages boiteux et la circulaire du 29 mai 2013 invite d'ailleurs l'officier de l'état civil à informer les futurs conjoints de l'absence probable de reconnaissance de leur union dans leur pays d'origine et des possibles peines pénales encourues. Certainement vaut-il mieux un mariage reconnu dans un seul pays qu'une absence totale de mariage, d'autant plus si les intéressés n'ont aucunement l'intention de retourner dans leur pays d'origine. Mais cette règle ne participe pas seulement à la création de rapports bancals, dont l'existence est certainement

---

<sup>191</sup> FULCHIRON (H.), « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du 'mariage pour tous' », *JDI*, n°4, 2013, doctr. 9.

<sup>192</sup> V. à propos de l'article 46 du Code de droit international privé belge, GAUDEMET –TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, vol. 312, 2005, p. 423.

<sup>193</sup> JO déb. Ass. Nat., Questions, 13 août 2013, n° 28 287. V. en ce sens GORAND (A.), « La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de personnes de même sexe », *LPA*, 4 juillet 2013, n°133, p. 24s.

<sup>194</sup> BOICHE (A.), « La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe : aspects de droit international privé », *AJ Famille*, 2013, p. 362.

inhérente à la diversité, voire à la radicalité des législations nationales sur des questions sociétales aussi sensibles. Elle favorise également le tourisme matrimonial et « contribue à renforcer l’attractivité de la France en tant que lieu de célébration du mariage des couples de personnes de même sexe »<sup>195</sup>.

**85.** Or ce risque de tourisme nuptial prend toute son ampleur au regard des libertés européennes de circulation et du droit européen des droits de l’Homme qui pourraient imposer la reconnaissance du statut conjugal acquis en France dans le futur Etat d’accueil du couple<sup>196</sup>. Ce risque avait déjà été abordé par les parlementaires lors des débats relatifs à l’adoption de ce projet de loi. En effet, dans sa version initiale, ce projet prévoyait l’éviction de la loi personnelle prohibitive dès lors que la loi de l’Etat sur le territoire duquel était célébré le mariage le permettait. Il alignait ainsi la compétence législative sur la compétence de l’autorité chargée de célébrer le mariage. Autrement dit, la compétence de l’autorité célébrante absorbait la question du conflit de lois et plaçait au premier plan la nécessité de déterminer convenablement la compétence des autorités habilitées à célébrer un tel mariage<sup>197</sup>. Ce n’est toutefois pas la solution retenue et les règles relatives à la compétence territoriale actuelle de l’officier d’état civil français pour célébrer un mariage sont particulièrement généreuses<sup>198</sup>.

**86.** Il résulte en effet des articles 74 et 165 du Code civil qu’est compétent l’officier de l’état civil français du lieu du domicile ou de résidence de l’un des futurs époux ou de leurs parents. Or, d’une part, la résidence est entendue de façon particulièrement souple et n’est d’ailleurs pas assortie de l’adjectif « habituelle ». D’autre part, si le domicile renvoie au lieu où la personne a son principal établissement<sup>199</sup>, il n’exige toutefois aucune condition de durée ou d’habitation effective. Ces notions étant d’autant plus largement interprétées que l’instruction générale de l’état civil précise qu’il « est souhaitable que l’officier de l’état civil adopte une attitude libérale en ce qui concerne le domicile ou la résidence »<sup>200</sup>. La loi du 17

---

<sup>195</sup> GALLMEISTER (I.), « Mariage de personnes de même sexe : exception d’ordre public international », *D.* 2015, p. 464s.

<sup>196</sup> Sur l’émergence d’un droit subjectif à la continuité du statut conjugal, *cf. infra* n°196s.

<sup>197</sup> V. en ce sens FULCHIRON (H.), « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du ‘mariage pour tous’ », *JDI*, n°4, 2013, doct. 9.

<sup>198</sup> *Ibidem*, spéc. n°36-41.

<sup>199</sup> Selon l’article 102 du Code civil.

<sup>200</sup> Instruction générale de l’état civil, 11 mai 1999, JO n°172 du 28 juillet 1999, §392.

mai 2013 a encore élargi cette compétence puisqu'un mariage homosexuel peut désormais être célébré en France « lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins à 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 et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration »<sup>201</sup>. Cette large compétence accordée à l'officier d'état civil français entraîne incontestablement un risque de tourisme matrimonial permettant à des individus ne présentant qu'un faible lien avec la France de former une union conjugale pourtant réprouvée par les ordres juridiques avec lesquels ceux-ci présentent une proximité certaine. Une réflexion sur une délimitation mieux appropriée de la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer un mariage semble donc nécessaire et permettrait sans doute un rattachement unique à la loi appliquée par l'autorité ayant célébré le mariage<sup>202</sup>.

**87.** Pour toutes ces raisons, la nouvelle règle de conflit de lois adoptée par le législateur français pour régir la formation du mariage entre personnes de même sexe ne nous paraît pas totalement pertinente. Cette règle, couplée à la généreuse compétence des autorités françaises pour enregistrer un mariage, n'entraîne pas seulement la création de rapports boiteux. Elle est également à l'origine d'un tourisme matrimonial permettant au législateur français d'exporter sa politique conjugale à l'international avec une ferveur peu compatible avec la bonne coordination des ordres juridiques nationaux. Qu'en est-il du rattachement retenu en matière de formation des partenariats enregistrés ?

## **B. L'inadaptation des rattachements relatifs à la formation des partenariats enregistrés**

**88.** C'est notamment face aux revendications des couples de personnes de même sexe que le partenariat enregistré a été institué. Cette nouvelle forme de conjugalité a été créée au Danemark par la loi du 7 juin 1989, en Norvège par la loi du 30 avril 1993, en Suède par la loi du 23 juin 1994, en Islande par la loi du 27 juin 1996, aux Pays-Bas par la loi du 1<sup>er</sup>

---

<sup>201</sup> Selon les termes de l'article 171-9 du Code civil.

<sup>202</sup> Sur la détermination proposée de la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale, *cf. infra* n°513s.

janvier 1998 et en Belgique par la loi du 23 novembre 1998. Le législateur français a également décidé d'adopter, par la loi du 15 novembre 1999, un partenariat enregistré – le Pacte civil de solidarité (PACS) – ouvert tant aux couples hétérosexuels qu'homosexuels. Il a toutefois fallu attendre la loi du 12 mai 2009 pour qu'il introduise une règle de droit international privé relative aux aspects internationaux des partenariats enregistrés<sup>203</sup>. Les raisons pouvant justifier les réticences du législateur à adopter une règle de droit international privé sont multiples. Il devait d'abord choisir entre adopter une règle de conflit classique ou faire une application de la méthode de la reconnaissance qui semblait, selon une partie de la doctrine<sup>204</sup>, convenir aux particularismes de l'institution. En optant pour la méthode conflictuelle classique, le législateur devait également s'interroger sur la qualification à donner au PACS. En effet, le PACS étant défini comme un contrat<sup>205</sup>, le législateur aurait pu soumettre ses conditions de formation à la loi d'autonomie qui régit la matière contractuelle en application du règlement Rome I<sup>206</sup>. Toutefois, malgré sa définition contractuelle, l'objet du PACS est d'organiser une vie de couple<sup>207</sup> et ne peut donc se confondre avec un contrat au sens classique du terme. Le législateur aurait alors pu le rattacher au statut personnel en lui appliquant la loi nationale. Mais le rattachement du partenariat enregistré à la loi nationale aurait empêché les étrangers résidant en France de conclure un PACS<sup>208</sup>.

---

<sup>203</sup> D'intéressantes propositions doctrinales avaient été formulées à cet égard. Voir notamment le rapport « Le pacte civil de solidarité : Réflexions et propositions de réforme » remis à la garde des Sceaux le 30 novembre 2004. V. également DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004 et KESSLER (G.), *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005.

<sup>204</sup> V. LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 490s ; MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 547s.

<sup>205</sup> Définition contractuelle qu'a été retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999 et rappelée dans celle du 21 octobre 2015 (n°2015-9 LOM) : « l'objet des articles 515-1 à 515-7 du Code civil est la création d'un contrat spécifique » et de préciser que « L'article 515-3-1 [...] n'a eu ni pour objet ni pour effet de faire perdre au pacte civil de solidarité sa nature contractuelle ». Par cette seconde décision, le Conseil constitutionnel est ainsi venu confirmer que le PACS est un contrat soumis à la compétence exclusive du Parlement de Tahiti et non une modalité de l'organisation de la vie conjugale liée à l'état des personnes et relevant à ce titre de la compétence du législateur national.

<sup>206</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Certains auteurs étaient d'ailleurs favorables au rattachement du PACS à la loi d'autonomie, v. notamment PEROZ (H.), « La loi applicable aux partenariats enregistrés », *JDI*, avril 2010, doct. 6, p. 399s.

<sup>207</sup> Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 novembre 1999 validant, sous certaines réserves, la loi relative au pacte civil de solidarité a en effet estimé que « la vie commune mentionnée par la loi déferée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage ».

<sup>208</sup> V. en ce sens KESSLER (G.), « Reconnaissance des partenariats enregistrés : les enseignements de la loi du 23 juin 2006 », *AJ Famille*, 2007, p. 23s.

**89.** Compte tenu du caractère hybride de l'institution, une règle spécifique a été adoptée. Le législateur n'a pas inclus les partenariats enregistrés dans la catégorie contractuelle mais il ne les a pas non plus insérés dans celle du statut personnel par un élargissement de la catégorie « mariage ». L'article 515-7-1 du Code civil prévoit en effet 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'Etat de l'autorité qui a procédé à son enregistrement<sup>209</sup>. Il s'agit d'une règle de conflit de lois bilatérale en ce qu'elle rend applicable la loi française si l'autorité ayant enregistré le partenariat est une autorité française, ou une loi étrangère s'il s'agit d'une autorité étrangère. Elle a vocation à s'appliquer aussi bien à la création, en France, d'un partenariat qu'à la reconnaissance d'un partenariat créé à l'étranger. En se fondant sur le concept catégoriel de « partenariats enregistrés »<sup>210</sup> et non sur l'institution spécifique du pacte civil de solidarité, cette règle de conflit favorise la validité de l'union et permet la circulation de l'institution entre les différents ordres juridiques en évitant de désigner une loi qui ignore l'institution<sup>211</sup>. Du reste, la compétence donnée à la loi interne de l'autorité ayant procédé à l'enregistrement du partenariat ne se confond pas avec la loi du lieu d'enregistrement en ce qu'elle prend en compte l'hypothèse – plus fréquente qu'il n'y paraît – de l'enregistrement du partenariat par une autorité diplomatique ou consulaire à l'étranger. En effet, il s'agit moins de savoir où le partenariat a été enregistré que de savoir par quelle autorité il l'a été. Dès lors, ce rattachement transforme le raisonnement en termes de conflit de lois en un raisonnement en termes de conflit d'autorités puisqu'il est également postulé que l'autorité enregistrante appliquera toujours sa propre loi, la *lex auctoris*.

**90.** Si le rattachement retenu par le législateur français est justifié par le particularisme de l'institution qu'il entend réglementer, il nécessite toutefois certaines

---

<sup>209</sup> Il en va ainsi notamment en droit international privé allemand (Article 17b EGBGB) finlandais (article 11 de l'Act of Registered Partnership), suisse (article 65a de la loi fédérale de droit international privé) et belge (article 60 du Code belge sur le droit international privé).

<sup>210</sup> Ou de « partenariats organisés » selon l'expression de KHAIRALLAH (G.), « Les partenariats organisés en droit international privé. Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité », *RCDIP*, 2000, p. 317s. Nous lui préférons toutefois l'expression de « partenariats enregistrés », retenue par le législateur français, pour mieux les distinguer des unions de fait. V. en ce sens KESSLER (G.), « Partenariat enregistré », *Rep. droit international*, Dalloz, mars 2012, n°3.

<sup>211</sup> V. en ce sens FULCHIRON (H.), « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », *RIDC*, 2006/2, p. 409s.

précisions et adaptations. Les limites à la règle de conflit retenues par le législateur français en matière de partenariats enregistrés résultent selon nous du refus du renvoi et de l'absence de détermination de la compétence des autorités.

**91.** D'une part, la compétence donnée aux dispositions matérielles de l'Etat de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement du partenariat écarte clairement l'hypothèse du renvoi puisqu'il s'agit d'appliquer les seules dispositions internes de l'Etat dont l'autorité a enregistré le partenariat et non pas ses règles de droit international privé. Si cette exclusion permet une meilleure prévisibilité de la loi applicable, elle peut poser difficulté dans l'hypothèse où la reconnaissance d'un partenariat enregistré à l'étranger selon une autre loi que la *lex auctoris* est demandée en France. Ainsi, si un partenariat a été enregistré par une autorité étrangère en application d'une autre loi que celle de l'autorité saisie de l'enregistrement et que le juge français venait à être saisi d'une question relative à sa validité, celui-ci serait tenu de faire application de la *lex auctoris*, quand bien même celle-ci n'aurait pas été appliquée par l'autorité saisie. Or, si cette loi exige des conditions que ne prévoyait pas la loi appliquée par l'autorité saisie de l'enregistrement du partenariat, ce rattachement pourrait avoir pour conséquence ultime d'invalider ledit partenariat<sup>212</sup>. Peut-être serait-il donc nécessaire de tempérer les conséquences d'une telle règle par l'admission, sous certaines conditions, du mécanisme du renvoi afin de prendre en compte la loi concrètement appliquée par l'autorité saisie de l'enregistrement du partenariat et en considération de laquelle les espérances légitimes des membres du couple ont pu naître<sup>213</sup>.

**92.** D'autre part, le texte ne porte que sur la détermination de la loi applicable et non sur celle de l'autorité compétente. Cela implique donc qu'un partenariat valable selon les dispositions matérielles de la loi de l'autorité étrangère qui a procédé à son enregistrement doit automatiquement être reconnu valable en France et y produire les effets prévus par cette loi. Autrement dit, aucun contrôle n'est effectué quant au lien que présentaient les futurs partenaires avec l'autorité qu'ils ont saisie en vue de l'enregistrement de leur partenariat. Dès lors que cette autorité a accepté l'enregistrement du partenariat, celui-ci devient opposable, par application de la règle de conflit de l'article 515-7-1 du Code civil, à l'ordre juridique

---

<sup>212</sup> V. JOUBERT (N.) et MOREL (B.), « Les partenariats enregistrés en droit international privé depuis la loi du 12 mai 2009 », *JCP N*, n° 41, 9 Octobre 2009, 1285.

<sup>213</sup> Cf. *infra* n°528s.



français. Afin d'éviter les cas de fraude que la facilité des moyens de transports actuels rendent de plus en plus fréquents et que la preuve du caractère intentionnel rend de plus en plus délicat à établir<sup>214</sup>, il nous semble qu'il aurait été judicieux d'instaurer des conditions de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer un partenariat. Cela aurait ainsi permis d'exiger un certain lien entre le lieu d'enregistrement et la situation des partenaires<sup>215</sup>.

**93.** Le rattachement à la loi de l'autorité ne nous paraît donc pertinent que s'il est couplé à une détermination de la compétence internationale des autorités et qu'il permet de prendre en compte la loi concrètement appliquée par l'autorité saisie de la création de l'union, ce que ne fait pas la loi française<sup>216</sup>. C'est donc un constat de manque de pertinence et de cohérence des règles de conflit actuellement applicables aux conditions de formation des unions conjugales qu'il convient de dresser. Ce constat vaut pour tous les types d'unions conjugales. Il est maintenant nécessaire de savoir s'il s'impose également quant aux rattachements relatifs aux effets et à la dissolution des unions conjugales.

---

<sup>214</sup> V. en ce sens KESSLER (G.), « Reconnaissance des partenariats enregistrés : les enseignements de la loi du 23 juin 2006 », *AJ Famille*, 2007, p. 23s.

<sup>215</sup> V. en ce sens KESSLER (G.), « Partenariat enregistré », *Rep. droit international*, Dalloz, 2012, n°22.

<sup>216</sup> Sur la détermination proposée de la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale, *cf. infra* n°513s.

## **SECTION II : L'INADAPTATION DES RATTACHEMENTS RELATIFS AUX EFFETS DES UNIONS CONJUGALES**

**94.** Les rattachements retenus quant aux effets des unions conjugales semblent inadaptés en droit international privé contemporain. Cette inadaptation paraît provenir, ici encore, d'un manque de pertinence et de cohérence des rattachements en vigueur. Si la loi applicable aux effets du mariage s'est construite par la détermination de la loi applicable au divorce, la distinction ensuite opérée entre la loi applicable au divorce, d'une part, et la loi applicable aux effets du mariage, d'autre part, ne semble pas réellement pertinente. Le divorce n'est en effet, pour reprendre les propos du Doyen Batiffol, que « l'effet ultime du mariage ». Il n'est alors pas acquis que ces deux questions doivent être soumises à des lois différentes.

**95.** Amputée de la loi applicable au divorce, la catégorie des effets du mariage s'est progressivement réduite, telle une peau de chagrin, par une diversification peu cohérente de ses rattachements. En effet, alors que les effets patrimoniaux du mariage ont dès l'origine fait l'objet d'un rattachement différent de celui applicable au mariage dont ils sont pourtant la conséquence directe, la catégorie des effets du mariage ne recouvre plus aujourd'hui ni les règles relatives au régime primaire, considérées comme des lois de police, ni les obligations alimentaires, soumises à une règle de conflit spécifique. Les règles relatives au divorce, à la liquidation du régime matrimonial, à la prestation compensatoire et aux autres effets du mariage se trouvent ainsi soumises à des lois différentes alors mêmes que ces questions sont étroitement liées.

**96.** Du reste, alors que l'ensemble des effets des partenariats enregistrés étaient rattachés, selon l'article 515-7-1 du Code civil, à la seule loi de l'autorité qui a procédé à leur enregistrement, le règlement européen du 24 juin 2016, applicable au sein des dix-huit Etats membres participants à la coopération renforcée dès le 29 janvier 2019, prévoit une règle de conflit de lois spéciale concernant les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Cette règle, par ailleurs différente de celle concernant les effets patrimoniaux du mariage, contribue à l'éparpillement des rattachements relatifs aux effets et à la dissolution des unions conjugales.

97. Afin que soit démontrées les raisons de l'inadaptation des rattachements relatifs aux effets des unions conjugales, nous analyserons tout d'abord l'inadaptation des règles relatives aux effets du mariage (*I*) avant d'analyser celle des règles relatives aux effets des partenariats enregistrés (*II*).

## **I. L'inadaptation des rattachements relatifs aux effets du mariage**

98. Alors que l'ensemble des effets du mariage, dont la dissolution constitue l'effet ultime, ont originellement été rattachés à une règle de conflit unique, l'inadaptation des rattachements actuellement retenus provient de la distinction, selon nous inappropriée, de la loi applicable au divorce et de celle applicable aux autres effets du mariage (*A*) ainsi que du mouvement de diversification désordonnée des rattachements relatifs aux différents effets du mariage (*B*).

### **A. La distinction inappropriée de la loi applicable au divorce et aux effets du mariage**

99. Si la catégorie des effets du mariage s'est construite grâce à la détermination de la loi applicable au divorce (*I*), elle s'en est finalement détachée pour devenir une catégorie autonome (*2*). Cette distinction, peu pertinente, entre la loi applicable au divorce et celle applicable aux autres effets du mariage participe, selon nous, de l'inadaptation des rattachements de la méthode conflictuelle classique.

#### ***1) La création de la catégorie des effets du mariage par la détermination de la loi applicable au divorce***

100. La catégorie des effets du mariage s'est construite par extension de la loi applicable au divorce. Le divorce faisant partie du statut personnel, le rattachement à la loi

nationale devait logiquement, selon la doctrine de l'époque, y avoir une place primordiale<sup>217</sup>. La loi nationale commune des époux au moment du divorce a alors très vite été considérée comme le rattachement principal dans la détermination de la loi applicable au divorce. Ce rattachement a ainsi été consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 octobre 1905. Or, s'il est de nombreux cas dans lesquels l'un des conjoints prend la nationalité de l'autre par l'effet du mariage ou durant celui-ci, la mise en œuvre de ce rattachement restait toutefois problématique lorsque les époux n'avaient pas la même nationalité au moment du divorce. Il est en effet, et de plus en plus souvent, des hypothèses dans lesquelles il n'existe aucune nationalité commune.

**101.** En l'absence de nationalité commune des membres du couple, il a initialement été proposé de faire une application cumulative des lois nationales en présence. Cette solution ne rendait donc le divorce possible qu'à condition qu'il soit admis par les lois nationales des deux conjoints. Si cette proposition a été retenue en matière d'empêchements bilatéraux au mariage<sup>218</sup>, elle n'a pas prospéré concernant le divorce. Il semblerait ainsi que priver une personne de la possibilité de sortir d'un statut juridique auquel elle est soumise soit davantage attentatoire à sa liberté individuelle que de l'empêcher d'y entrer. Dès lors, estimant que l'on ne peut priver un Français de la faculté de divorcer au seul motif que la loi nationale de son conjoint consacre l'indissolubilité du mariage, la Cour de cassation a opté dans l'affaire *Ferrari*<sup>219</sup> pour une application distributive des lois nationales en matière de divorce.

**102.** Le principe de l'application distributive des lois nationales en présence retenu par cet arrêt était toutefois, lui aussi, critiquable. En effet, une relation de couple ne devrait pas pouvoir « se réduire à une simple juxtaposition de situations individuelles »<sup>220</sup>. Autrement dit, « ce n'est pas la loi de deux personnes séparées qu'il faut chercher, c'est la loi

---

<sup>217</sup> LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, n°311, p. 418 : « si le mariage est un contrat, l'état des gens mariés auquel il donne naissance est celui d'une famille ».

<sup>218</sup> Sur l'application cumulative des lois nationales en matière d'empêchements bilatéraux au mariage, *cf. supra* n°65s.

<sup>219</sup> Cass. civ. 6 juillet 1922, *Ferrari* ; *GADIP*, n°12, p. 106s.

<sup>220</sup> ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n°12, p. 109.

du lien et du couple »<sup>221</sup>. L'institution matrimoniale devrait plutôt être régie par une loi unique. C'est « la loi de la famille »<sup>222</sup> qui devait être recherchée. Pendant longtemps, la loi nationale du mari a donc été retenue en tant que loi unique régissant le divorce. Cette solution était d'autant plus logique que jusqu'à la loi du 10 août 1927, la femme prenait automatiquement la nationalité du mari lors du mariage, tout en perdant la sienne. Mais la consécration du principe d'égalité des sexes dès le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle a rendu cette solution inacceptable.

**103.** Afin de sortir de l'impasse dans laquelle se trouvait la détermination de la loi applicable au divorce d'époux de nationalité différente, la jurisprudence s'est alors tournée vers un rattachement territorial. La Cour de cassation a ainsi jugé, dans l'affaire *Rivière*, que « s'agissant d'époux de nationalité différente, c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé que leur divorce était régi par la loi du domicile qui se trouvait au surplus être identique à la loi personnelle du mari et à la loi du for »<sup>223</sup>. Il semble en effet que seule l'application de la loi du domicile commun permettait de prendre en compte les couples mixtes sans pour autant tomber dans un lexforisme trop radical. Ce nouveau rattachement permet ainsi « un règlement homogène des aspects relationnels du statut personnel »<sup>224</sup>. La référence à la loi personnelle du mari et à la loi du for n'allait toutefois pas sans soulever quelques ambiguïtés.

**104.** C'est par son arrêt *Lewandowski*<sup>225</sup> que la Cour de cassation a dissipé, deux ans plus tard, les doutes quant à la corrélation entre la loi du domicile commun et celle du mari et du for. Sans doute les précautions nationalistes et conservatrices prises dans l'arrêt *Rivière* étaient-elles nécessaires au passage d'un rattachement personnel classique à un rattachement territorial plus novateur. Avec ce nouvel arrêt, il était désormais acquis que la loi applicable au divorce, en l'absence de nationalité commune des conjoints, était la loi de leur domicile commun. Il s'agit en effet de la loi de l'ordre juridique où sont censées se dérouler les

---

<sup>221</sup> V. en ce sens les observations de Berthold GOLDMAN sous FRANCESKAKIS (Ph.), « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *TCFDIP*, 1962-1964, Pedone, 1965, p. 316.

<sup>222</sup> LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, n°311, p. 418.

<sup>223</sup> Cass. civ. 17 avril 1953, *Rivière* ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1953, p. 412 ; note PLAISANT (M.), *JCP*, 1954, 7863 ; *GADIP*, n°26.

<sup>224</sup> ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n°26, p. 235.

<sup>225</sup> Cass. civ. 15 mars 1955, *Lewandowski*, note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1955, p. 320 ; note GOLDMAN (B.), *JCP*, 1955, II. 8771.

relations matrimoniales et qui correspond au milieu social des conjoints. Mais la loi du 30 avril 1958 ayant modifié l'article 108 du Code civil selon lequel la femme mariée n'avait point d'autre domicile que celui de son mari<sup>226</sup>, encore fallait-il définir la notion de domicile commun. C'est ce qui a été fait dans les arrêts *Tarwid*<sup>227</sup> et *Yechilzuke*<sup>228</sup> selon lesquels le domicile se caractérise comme un « établissement effectif dans le même pays ».

**105.** La Cour de cassation s'est enfin prononcée sur la loi applicable au divorce en l'absence de domicile commun. Elle a estimé dans l'arrêt *Tarwid*<sup>229</sup> que la loi du for a vocation à régir le divorce lorsque les époux n'ont ni nationalité commune, ni domicile commun. Ce renvoi, sans doute trop rapide, à la *lex fori* est discutable<sup>230</sup>. En effet, s'il est courant de lire que cette règle de conflit est une application de l'échelle des barreaux successifs de Kegel, cet auteur ne donnait pas compétence à la *lex fori* mais prévoyait comme points de rattachement dans l'ordre suivant : la loi de la nationalité commune actuelle des époux ; à défaut de celle-ci la loi de la résidence habituelle commune actuelle des époux ; à défaut de celle-ci la loi de la dernière résidence habituelle commune pourvu qu'un des époux l'ait gardée ; et enfin, en l'absence de tous les autres éléments, la loi de l'Etat présentant les liens les plus étroits avec la situation<sup>231</sup>. Si le rattachement à la *lex fori* pouvait sans doute se justifier, traditionnellement, par le caractère procédural de l'institution<sup>232</sup>, les débats actuels sur la déjudiciarisation du divorce remettent indéniablement en question ces justifications. Du reste, il n'est pas évident que la *lex fori* soit la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation.

---

<sup>226</sup> Il dispose aujourd'hui que « le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de la vie ».

<sup>227</sup> Cass. 15 mai 1961, *Tarwid* ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1961, p. 547 ; note GOLDMAN (B.), *JDI*, 1961, p. 734.

<sup>228</sup> Cass. 30 octobre 1967, *Yechilzuke* ; note FOYER (J.), *RCDIP*, 1969, p. 479.

<sup>229</sup> Cass. 15 mai 1961, *Tarwid* ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1961, p. 547 ; note GOLDMAN (B.), *JDI*, 1961, p. 734.

<sup>230</sup> V. en ce sens MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n°594, p. 414.

<sup>231</sup> V. SONNENBERGER (H. J.), « Introduction générale à la réforme du droit international de la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *RCDIP*, 1987, p. 1s ; v. KEGEL (G.), « The crisis of conflict of laws », *RCADI*, vol. 112, 1964. L'article 8 du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce s'en inspire manifestement mais fait prévaloir la loi de la résidence habituelle commune sur la loi nationale commune.

<sup>232</sup> V. en ce sens LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, n°311, p. 419.

**106.** Le nouveau rattachement en cascade posé par l'arrêt *Rivière* en matière de divorce va rapidement s'étendre à l'ensemble de la catégorie des effets du mariage<sup>233</sup>. Ainsi, dès l'arrêt *Chemouni*<sup>234</sup> relatif à l'obligation alimentaire, la Cour de cassation précise que « la loi française régit les effets du mariage d'époux de nationalité différente domiciliés en France ». La jurisprudence a donc permis à l'ensemble des effets du mariage d'être soumis à une règle de conflit qui, si elle n'était pas exempte de critiques, présentait l'avantage d'être unique<sup>235</sup>. Pourtant, dès les années 70, les législateurs français et européen vont distinguer la loi applicable au divorce de celle applicable aux effets du mariage, participant ainsi à l'érosion de la cohérence des rattachements relatifs aux effets de l'union conjugale.

## ***2) La distinction de la loi applicable au divorce et de celle applicable aux effets du mariage***

**107.** Par la loi du 3 janvier 1972, le législateur français a prévu à l'article 311-14 du Code civil que l'établissement de la filiation relevait de la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ou, si la mère n'est pas connue, de la loi personnelle de l'enfant et non, comme auparavant, de la loi applicable aux effets du mariage en tant que loi de la famille<sup>236</sup>. Cette première érosion de la catégorie des effets du mariage, qui s'explique par la volonté de ne pas discriminer les filiations hors-mariage, va prendre de l'ampleur avec la loi du 11 juillet 1975. En effet, le législateur français adopte, dans le cadre de l'ancien article 310 du Code civil, devenu l'article 309 par l'ordonnance du 4 juillet 2005, une règle unilatérale applicable au divorce. Selon cette disposition, « le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ou lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ou lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ». Autrement dit, la loi française est

---

<sup>233</sup> V. LAGARDE (P.), « Destinées de l'arrêt *Rivière* », *JDI*, 1971, p. 243s.

<sup>234</sup> Cass. 19 février 1963, *Chemouni*, note PONSARD (A.), *JDI*, 1963, p. 986s. ; note HOLLEAUX (D.), *RCDIP*, 1963, p. 559s.

<sup>235</sup> V. en ce sens MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 593, p. 412.

<sup>236</sup> La jurisprudence avait toutefois opéré une distinction entre la filiation légitime, soumise à la règle dégagée par l'arrêt *Rivière*, et la filiation naturelle, soumise à la loi nationale de l'enfant. Il aurait en effet été assez discutable de soumettre la filiation d'un enfant né en dehors du mariage à la loi applicable audit mariage.

applicable au divorce d'époux de nationalité française, ou de nationalité mixte ou étrangère s'ils ont leur domicile commun en France, ou qu'aucune autre loi ne se veut applicable.

**108.** Le rattachement à la loi du domicile n'est donc désormais plus subsidiaire mais concurrent au rattachement à la loi nationale. Le rattachement à la loi du domicile commun peut s'expliquer par différents facteurs tels que la multiplication des couples mixtes, l'essor de l'immigration, la libéralisation du divorce ou encore l'égalité des époux<sup>237</sup>. Toutefois la formulation unilatérale de cette nouvelle règle de conflit est critiquable en ce qu'elle attribue à la loi française un domaine exorbitant<sup>238</sup>. En effet, la vocation de la loi étrangère à s'appliquer au divorce diminue « en proportion du champ d'application que s'attribue la loi française au regard des deux critères de rattachement unilatéraux »<sup>239</sup>. Dès lors, le divorce d'époux de nationalité étrangère commune domiciliés en France n'est plus régi par leur loi nationale commune mais par la loi française du domicile. L'application de la loi française à une telle hypothèse est discutable en ce qu'elle peut entraîner des divorces boiteux<sup>240</sup>. La reconnaissance du divorce à l'étranger est pourtant une question importante car il est fréquent que l'un des deux conjoints divorcés retourne dans le pays dont il a la nationalité. Or, si son divorce n'y est pas reconnu, il sera considéré comme étant toujours marié et ne pourra donc pas envisager de se remarier.

**109.** Les Professeurs Mayer et Heuzé considèrent que cet article constitue un « mélange inédit d'unilatéralisme nationaliste et internationaliste »<sup>241</sup> en ce que son troisième alinéa prévoit l'application d'une loi étrangère compétente. Il nous semble toutefois que la dimension internationaliste de cette règle est à nuancer au regard de l'éviction de la loi étrangère normalement compétente par application de l'ordre public de proximité en la matière. En effet, l'ordre public international français s'oppose à ce qu'un Français marié avec un conjoint étranger et domicilié, pour l'un en France et pour l'autre dans un pays ne

---

<sup>237</sup> V. BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014 n°753, p. 219.

<sup>238</sup> V. en ce sens ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n°26, p. 238.

<sup>239</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°730, p. 187.

<sup>240</sup> Il n'est en effet pas certain que le juge étranger reconnaisse la décision de divorce de ses nationaux en application d'une autre loi que celle de leur nationalité commune.

<sup>241</sup> MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 612, p. 433.



reconnaissant pas le divorce, ne puisse divorcer<sup>242</sup>. Il a ainsi été reproché au législateur d'avoir introduit, par cette nouvelle disposition, « des changements dont l'opportunité était loin de s'imposer, dont les justifications ne sont pas toujours décisives et dont la mise en œuvre soulève dans la pratique de nombreuses difficultés »<sup>243</sup>. Dès lors, face à la défaveur à l'égard de la formulation unilatérale de la règle de conflit adoptée – dont le troisième alinéa rendait impossible toute bilatéralisation – et à la supposée spécificité du divorce, la jurisprudence n'a pas élargi cette disposition législative à tous les effets du mariage.

**110.** Le législateur européen a suivi la même voie lorsqu'il a adopté une nouvelle règle de conflit de lois applicable spécifiquement au divorce. Une proposition de règlement a ainsi été présentée à la Commission européenne le 17 juillet 2006 mais l'unanimité n'a pu être obtenue au Conseil de l'Union, notamment du fait de la vive opposition de la Suède et des pays de *Common law* attachés à la compétence de la *lex fori* en la matière. C'est donc par le biais du mécanisme de la coopération renforcée<sup>244</sup> qu'a été mis en place le règlement Rome III sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Ce règlement, adopté le 20 décembre 2010 par quatorze Etats membres, est entré en vigueur le 21 juin 2012 et remplace désormais, en droit international privé français, l'article 309 du Code civil<sup>245</sup>.

**111.** Sur le fond, l'introduction d'une option de législation est la principale innovation, très libérale, du règlement qui permet désormais « aux époux, comme jamais aucun autre droit national ne l'avait fait auparavant, de choisir la loi applicable à leur désunion »<sup>246</sup>. L'article 5 du règlement prévoit ainsi que les époux peuvent choisir la loi de l'État de leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention, ou la loi de l'État de leur dernière résidence habituelle pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention, ou la loi de l'État de la nationalité de l'un des

---

<sup>242</sup> Cass. 1<sup>er</sup> avril 1981, *De Pedro* : « est contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté, pour un Français domicilié en France, de demander le divorce », note ALEXANDRE (D.), *JDI*, 1981, p. 812s. La Cour de cassation avait pourtant estimé dans l'arrêt *Patino* du 15 mai 1963, en le formulant expressément dans l'arrêt *Van der Plassche* du 10 juillet 1979, que « l'application de la loi étrangère qui ignore le divorce sans interdire tout moyen de mettre fin à la vie commune n'est pas contraire à l'ordre public ».

<sup>243</sup> LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, n°324, p. 434.

<sup>244</sup> Conformément à l'article 20 du TUE et aux articles 326s. du TFUE.

<sup>245</sup> V. REVILLARD (M.) « Divorce des couples internationaux : choix de la loi applicable », *Deffrénois*, 15 mars 2011, n°5, p. 445s.

<sup>246</sup> LARDEUX (G.), « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.*, 2011, p. 1835.

époux au moment de la conclusion de la convention, ou la loi du for. A défaut de choix, le règlement prévoit également des rattachements en cascade qui privilégient l'application de la loi de la résidence habituelle sur celle de la nationalité<sup>247</sup>. Les Etats participants à cette coopération renforcée ont ainsi souhaité favoriser l'intégration des étrangers par la primauté de la loi de la résidence habituelle sur la loi nationale des époux. En outre, ce règlement érige la dissolubilité du mariage en règle matérielle impérative par l'éviction de la loi normalement applicable, même lorsque celle-ci a été choisie par les parties, si elle ne permet pas la conversion de la séparation de corps en divorce ou qu'elle ne prévoit pas le divorce. Il consacre ainsi un véritable droit subjectif au divorce<sup>248</sup>.

**112.** L'objectif de ce règlement est, conformément à son neuvième considérant, de « créer un cadre juridique clair et complet dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps dans les Etats membres participants ». Toutefois, l'étroitesse de son champ d'application matériel et spatial ne favorise pas la clarté des règles applicables à la désunion conjugale<sup>249</sup>. En effet, ce règlement, malgré son caractère universel<sup>250</sup>, ne s'applique qu'au sein des quatorze Etats participants et n'est relatif qu'à la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Il ne porte ni sur l'existence, la validité, la reconnaissance ou encore l'annulation d'un mariage ni même sur les effets du divorce et, encore moins, sur les effets du mariage. Ce règlement participe donc à la fragmentation des règles applicables à la désunion conjugale<sup>251</sup>.

**113.** Outre la différenciation, selon nous assez peu logique, de la loi applicable au divorce et de celle applicable à ses conséquences patrimoniales<sup>252</sup>, la dissociation de la loi

---

<sup>247</sup> Ainsi, l'article 8 du règlement prévoit que le divorce sera soumis à loi de l'Etat de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction, ou à défaut à la loi de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet Etat au moment de la saisine de la juridiction, ou à défaut de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction, ou à défaut à la loi de l'Etat dont la juridiction est saisie.

<sup>248</sup> V. en ce sens notamment LARDEUX (G.), « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.*, 2011, p. 1835s.

<sup>249</sup> V. en ce sens HAMMJE (P.), « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP*, 2011, p. 291 : « loin de s'en trouver simplifiée, la vie du citoyen risque de se compliquer du fait de cette uniformisation seulement partielle. Le remède serait presque pire que le mal ».

<sup>250</sup> En ce que la loi désignée par le règlement s'applique même si ce n'est pas celle d'un Etat membre participant.

<sup>251</sup> V. FONGARO (E.) et CHRONE (R.), « Divorce international : le règlement Rome III et ses ramifications », *JCP N*, n°17, 2013, 1108.

<sup>252</sup> V. en ce sens DUMONT (G.), « Le choix de la loi applicable : un paramètre désormais incontournable du bilan patrimonial », *Droit et patrimoine*, novembre 2011, p. 26s.

applicable au divorce et de celle applicable aux effets du mariage, par le législateur français puis européen, rend véritablement résiduelle cette catégorie dont l'érosion s'est poursuivie par une diversification de ses propres rattachements.

## **B. La diversification désordonnée des rattachements relatifs aux effets du mariage**

**114.** La catégorie des effets du mariage avait, dès l'origine, un domaine restreint en droit international privé français puisqu'elle n'incluait pas les régimes matrimoniaux. Amputée du divorce et de la filiation, le domaine de cette catégorie s'est progressivement réduit, si bien que l'on peut se demander ce qu'elle recouvre aujourd'hui. C'est donc après avoir étudié le cantonnement initial de la catégorie des effets du mariage (*A*), que nous pourrions analyser son effritement progressif (*B*).

### *1) Le cantonnement initial de la catégorie des effets du mariage*

**115.** L'état des personnes s'étant laïcisé, le statut personnel a englobé, en droit international privé français, les relations de famille soustraites depuis la Révolution française à l'emprise religieuse. Il n'a toutefois pas débordé sur les successions et les régimes matrimoniaux, contrairement à l'Allemagne, l'Espagne, la Grèce ou encore l'Italie. Dès sa conception originelle, le statut personnel n'avait dès lors pas une vocation complètement englobante et la catégorie des effets du mariage n'inclut donc pas les régimes matrimoniaux qui découlent pourtant incontestablement du mariage. Aussi convient-il d'analyser les rattachements adoptés en matière de régimes matrimoniaux.

**116.** La détermination de la loi applicable aux régimes matrimoniaux en droit international privé français dépend essentiellement de la date de célébration du mariage. Si les époux se sont mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992, la loi applicable au régime matrimonial sera en principe déterminée par les règles du droit commun issu de la jurisprudence de la Cour de Cassation. Si les époux se sont mariés après le 1<sup>er</sup> septembre 1992, la loi applicable au régime matrimonial sera déterminée par la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Enfin, pour les époux qui se marieront après le

29 janvier 2019<sup>253</sup>, la loi applicable à leur régime matrimonial sera déterminée en application du règlement européen du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée entre dix-huit Etats membres dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux<sup>254</sup>. Les règles prévues par ce règlement se substitueront ainsi à celles prévues par la convention de La Haye<sup>255</sup>.

**117.** Le droit commun de la détermination de la loi applicable au régime matrimonial est régi par le principe de l'autonomie de la volonté. La loi applicable au régime matrimonial est ainsi la loi choisie par les époux. En l'absence de choix, la loi applicable au régime matrimonial est la loi de leur premier domicile matrimonial. Cette solution, dégagée par la consultation de Dumoulin aux époux De Ganey en 1525, a été reprise par la Cour de cassation dans l'arrêt *Zelcer* du 4 juin 1935. A ce titre, le domicile attributif de compétence législative, défini à l'article 102 du Code civil, s'entend du principal établissement accompagné de l'intention de fixer cet établissement avec une certaine permanence.

**118.** Pour les personnes mariées après le 1<sup>er</sup> septembre 1992<sup>256</sup>, la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux offre aux époux une option de législation entre la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de la désignation<sup>257</sup>, la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de la désignation ou encore, la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage. La liberté de choix n'est donc plus illimitée, le principe d'autonomie de la volonté laissant place à une simple option de législation qui substitue au rattachement à la loi du domicile – notion de

---

<sup>253</sup> Ou s'ils ont désigné la loi applicable à leur régime matrimonial après le 29 janvier 2019 conformément à l'article 69.3 du règlement (UE) 2016/1103 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

<sup>254</sup> Pour une analyse des règles de conflit de lois retenues par ce règlement, v. notamment PEROZ (H.), « Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux », *JCP N*, n°29, 22 juillet 2016, 1241.

<sup>255</sup> V. l'article 62 du règlement (UE) 2016/1103 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux qui prévoit son articulation avec les autres conventions internationales existantes.

<sup>256</sup> L'article 6 de la convention permet toutefois aux époux, même mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992, de soumettre, au cours de leur mariage, leur régime matrimonial à une autre loi que celle jusqu'alors applicable.

<sup>257</sup> Toute nationalité possédée par l'un des époux peut donc servir de critère de rattachement. Si l'un des époux a plusieurs nationalités, il ne sera pas nécessaire de rechercher la nationalité la plus effective.

droit – celui de la loi de la résidence habituelle des époux – notion de fait<sup>258</sup>. En l'absence de choix, la convention prévoit des critères de rattachement en cascade dont le rattachement de principe est la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel les époux ont établi leur première résidence habituelle après le mariage. En l'absence de première résidence habituelle après le mariage, la loi applicable au régime matrimonial est la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux. A défaut, la loi applicable est la loi interne de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits<sup>259</sup>. Cette convention n'a cependant pas réussi à harmoniser les règles applicables à l'échelle internationale. En effet, même si elle revêt un caractère universel, elle n'est entrée en vigueur que dans trois Etats<sup>260</sup> ; la formulation complexe des règles prévues par les rédacteurs de la convention expliquant certainement son très faible taux de ratification.

**119.** Face à ces lacunes, la Commission européenne a adopté le 16 mars 2011 une proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux. Mais les Etats membres de l'Union n'ayant pu parvenir à adopter cette proposition à l'unanimité, le Conseil a décidé de recourir à une procédure de coopération renforcée le 9 juin 2016. Un règlement européen, applicable entre dix-huit Etats membres, a ainsi été adopté le 24 juin 2016 et aura vocation à s'appliquer à compter du 29 janvier 2019. Ce règlement est marqué, sur le fond, par l'instauration d'un régime unitaire visant à soumettre l'ensemble des biens meubles ou immeubles à une loi unique<sup>261</sup> ainsi que par l'abolition de la mutabilité automatique<sup>262</sup>. Concernant les rattachements adoptés, l'article 22 du règlement prévoit une

---

<sup>258</sup> Sur la distinction entre le rattachement à la loi du domicile et celui à la loi de la résidence habituelle, *cf. infra* n°456.

<sup>259</sup> Toutefois, l'article 5 de la convention prévoit que les Etats contractants ont la possibilité, lors de l'adoption de la convention, de prévoir une réserve au terme de laquelle en l'absence de choix, la loi applicable à leurs nationaux serait leur loi nationale commune et non pas la loi de la première résidence habituelle commune. Les Pays-Bas ont ainsi procédé à cette déclaration. Cette exception supporte elle-même une exception : lorsque les époux ont la nationalité commune d'un Etat ayant fait la déclaration de l'article 5 et qu'avant leur mariage, ils ont vécu pendant plus de cinq ans dans l'Etat où ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage, la loi applicable à leur régime matrimonial n'est pas celle de leur nationalité mais celle de leur première résidence habituelle commune.

<sup>260</sup> La France, les Pays-Bas et le Luxembourg.

<sup>261</sup> Le dépeçage de la loi applicable aux immeubles par la compétence reconnue par la convention de La Haye du 14 mars 1978 à la *lex rei sitae* est ainsi exclu par l'article 21 du règlement (UE) 2016/1103 selon lequel « la loi applicable au régime matrimonial en vertu de l'article 22 ou 26 s'applique à l'ensemble des biens relevant de ce régime, quel que soit le lieu où les biens se trouvent ».

<sup>262</sup> Il est ainsi affirmé au considérant n°46 « qu'aucun changement de loi applicable ne devrait intervenir sans demande expresse des parties », contrairement à la mutabilité automatique instaurée par l'article 7 de la convention de La Haye du 14 mars 1978.

option de législation entre la loi de l'Etat dans lequel au moins l'un des époux ou futurs époux a sa résidence habituelle ou dont il possède la nationalité au moment de la conclusion de la convention. En l'absence de choix, l'article 26 reprend les dispositions de la convention de La Haye en prévoyant que la loi applicable est celle de l'Etat de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage, ou à défaut, la loi de l'Etat de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage<sup>263</sup>, ou à défaut, la loi de l'Etat avec lequel les époux ont ensemble les liens le plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances<sup>264</sup>.

**120.** L'exclusion des questions relatives au régime matrimonial de la catégorie des effets du mariage est discutable. La diversité des règles de conflit de lois applicables aux différents effets du mariage réduit en effet la lisibilité de la réglementation actuelle. En plus du cantonnement initial de cette catégorie, s'est produit un effritement progressif qu'il convient désormais d'analyser afin de comprendre ce que cette catégorie regroupe aujourd'hui et de proposer des bases de réflexion pour une future reconstruction.

## ***2) L'effritement progressif de la catégorie des effets du mariage***

**121.** Le domaine de la catégorie des effets du mariage est désormais si restreint que celle-ci ne semble être qu'un vestige de l'époque de la construction prétorienne du droit international privé. On assiste en effet à « un effritement de la catégorie des effets du mariage sous la double pression du législateur national et du mouvement conventionnel, tous deux plus préoccupés d'une efficacité immédiate et ponctuelle que de l'homogénéité des

---

<sup>263</sup> L'article 26.2 du règlement 2016/1103 prévoit toutefois que ce rattachement ne s'applique pas si les époux ont plus d'une nationalité commune. Cette exclusion est discutable et il aurait peut-être été possible de retenir la loi nationale commune la plus effective dans de telles hypothèses. Sur la résolution proposée du conflit de nationalité dans la mise en œuvre du rattachement proposé des effets des unions conjugales formelles, *cf. infra* n° 569s.

<sup>264</sup> Le projet de règlement proposé par la Commission prévoyait de tenir notamment compte du lieu de célébration du mariage. Cette précision, novatrice dans la détermination de la *proper law*, n'a pas été reprise par la résolution législative du Parlement européen du 13 septembre 2013. Elle aurait pourtant pu permettre l'adoption d'un rattachement propre : la loi de l'Etat de l'autorité ayant célébré le mariage. *Cf. infra* n°449s. sur la vocation de la loi de l'autorité à régir les effets des unions conjugales formelles dans le cadre de notre proposition.

ensembles »<sup>265</sup>. Comme nous l'avons vu, cette catégorie ne gouverne plus la loi applicable au divorce. Elle ne couvre pas non plus les règles relatives au régime primaire établies aux articles 212 à 225 du Code civil. En effet, si la Cour de cassation avait considéré, dans un arrêt du 22 octobre 1985<sup>266</sup>, que ces règles étaient rattachées aux effets du mariage, elle a réalisé un revirement de jurisprudence dans l'arrêt *Cressot* du 20 octobre 1987 en estimant que le statut patrimonial de base ou régime matrimonial primaire est « d'application territoriale »<sup>267</sup>. D'ailleurs, si le considérant n°18 du règlement européen relatif aux régimes matrimoniaux<sup>268</sup> prévoit que « la notion de régime matrimonial [...] devrait englober non seulement les règles auxquelles les époux ne peuvent déroger mais aussi toutes les règles facultatives », intégrant ainsi le régime primaire impératif au sein du régime matrimonial, l'article 30 du règlement réserve toutefois le jeu des lois de police. Les règles relatives au régime primaire des époux continueront donc à être soumises à la seule loi française en droit international privé français malgré l'entrée en vigueur de ce règlement.

**122.** La catégorie des effets du mariage ne recouvre pas non plus les obligations alimentaires entre époux. En effet, la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, en vigueur en France depuis le 1<sup>er</sup> octobre 1977, prévoit la compétence de la loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments ou, lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur, de la loi nationale commune ou de la *lex fori*. L'article 8 de cette convention prévoit toutefois que la loi appliquée au divorce régit, dans l'Etat contractant où celui-ci est prononcé ou reconnu, les obligations alimentaires entre époux divorcés et la révision des décisions relatives à ces obligations. Or, eu égard à son caractère alimentaire, la Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 16 juillet 1992<sup>269</sup> que la prestation compensatoire est soumise à ladite convention. Ainsi, qu'elle fasse l'objet du rattachement applicable aux obligations alimentaires ou au divorce, la prestation compensatoire n'est donc pas soumise aux rattachements des effets du mariage.

---

<sup>265</sup> ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n°26, p. 239.

<sup>266</sup> Cass. civ 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 1985 (n°84-11.468) ; note BRETON (A.), *D.*, 1986, p. 241s. ; note WIEDERKEHR (G.), *JDI*, 1985, p. 1005s.

<sup>267</sup> Cass. 20 octobre 1987, *Cressot*, note LEQUETTE (Y.), *RCDIP*, 1988, p. 540s. ; note HUET (A.), *JDI*, 1988, p. 446s.

<sup>268</sup> Règlement (UE) 2016/1103 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

<sup>269</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1992 (n°91-11.262) ; note DEPREZ (J.), *JCP N*, 1994, 99.

**123.** Le protocole de La Haye du 23 novembre 2007, applicable au sein des Etats membres de l'Union européenne<sup>270</sup> par renvoi de l'article 15 du Règlement européen du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, vient moderniser cette convention. S'il conserve la compétence de principe de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments, il prévoit toutefois que cette loi ne s'applique pas lorsque l'une des parties s'y oppose et que la loi d'un autre État, en particulier l'Etat de leur dernière résidence habituelle commune, présente un lien plus étroit avec le mariage. Le protocole offre également au créancier et au débiteur d'aliments une option de législation entre la loi d'un État dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation, la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation, la loi désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations, ou encore la loi désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation. La corrélation, selon nous souhaitable, entre la loi applicable au divorce et celle applicable à la prestation compensatoire de l'époux divorcé n'est donc désormais prévue que dans le cadre d'une large option de législation. De même, il ne serait pas illogique que la loi applicable à la prestation compensatoire soit la même que celle applicable à la liquidation du régime matrimonial, dont le résultat peut influencer sur le montant de celle-ci<sup>271</sup>. Pourtant, la prestation compensatoire fait l'objet, en droit international privé français, d'un rattachement propre et déconnecté de ceux du divorce, du régime matrimonial ou encore des effets du mariage<sup>272</sup>.

**124.** La catégorie des effets du mariage ne semble finalement recouvrir que certains rapports personnels et pécuniaires entre époux<sup>273</sup> ainsi que quelques éléments du statut individuel de la personne mariée. Une réflexion s'impose donc quant à l'avenir de cette catégorie : doit-elle totalement disparaître au profit de rattachements autonomes ou peut-elle

---

<sup>270</sup> Les Etats membres, à l'exception du Danemark et du Royaume-Uni, sont en effet liés par ce protocole du fait de sa signature et sa ratification par l'Union européenne le 8 avril 2010.

<sup>271</sup> V. en ce sens DUMONT (G.), « Le choix de la loi applicable : un paramètre désormais incontournable du bilan patrimonial », *Droit et patrimoine*, novembre 2011, p. 26.

<sup>272</sup> Pour la soumission, dans la cadre de notre proposition, des obligations alimentaires entre les membres du couple à la loi régissant les effets des unions conjugales formelles, cf. *infra* n°600.

<sup>273</sup> Il s'agirait ainsi des contrats entre époux tels que les donations mobilières (Cass. 15 février 1966, *Campbell Johnston*) et immobilières (Cass. 12 juin 1979, *Frost*) et l'hypothèque légale des époux.



retrouver une cohérence d'ensemble ? Nous nous orientons résolument vers la seconde hypothèse. En effet, le respect des ensembles législatifs suppose de soumettre à une loi unique des questions aussi étroitement liées que le divorce, la dissolution du régime matrimonial et l'octroi d'une prestation compensatoire. Or, si les différentes options de législation que comportent les rattachements des questions relatives aux effets et à la dissolution du mariage permettent de soumettre la désunion conjugale à une même loi, ces stratégies se révèlent particulièrement délicates à mettre en œuvre par les justiciables. Une reconstruction de la catégorie des effets du mariage à l'aune du principe de proximité et de l'autonomie de la volonté serait dès lors souhaitable<sup>274</sup>. Elle viserait ainsi à soumettre l'ensemble des effets des unions conjugales formelles à une règle de conflit unique. Nous verrons en effet que les partenariats enregistrés, malgré leur récente genèse, font également l'objet d'une diversification des règles de conflit applicables à leurs effets.

## **II. L'inadaptation des rattachements relatifs aux effets des partenariats enregistrés**

**125.** L'article 515-7-1 du Code civil, introduit par la loi du 12 mai 2009, soumet les effets du partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution aux seules dispositions matérielles de l'Etat de l'autorité qui a procédé à son enregistrement. On peut alors s'étonner que l'autonomie de la volonté, ou *a minima* une option de législation, n'apparaisse pas là où il était logique de l'attendre<sup>275</sup>. En effet, alors que les partenaires jouissent d'une grande liberté en droit interne, celle-ci ne leur est pas reconnue en droit international privé puisqu'ils ne peuvent choisir la loi applicable aux effets de leur partenariat<sup>276</sup>. Alain Devers avait à ce titre proposé de soumettre les effets patrimoniaux des partenariats à la loi choisie par les partenaires en considérant justement que « soumettre le régime patrimonial à une autre loi que celle de l'enregistrement n'est ni une complication inutile ni une trahison de l'attente des partenaires »<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> Cf. *infra* n°598s. sur le champ d'application proposé de la loi applicable aux effets des unions conjugales formelles.

<sup>275</sup> V. en ce sens FONGARO (E.), « Vers un droit patrimonial européen de la famille ? », *JCP N*, n°15, 2013, 1079. V. également DEVERS (A.), « La loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Droit patrimonial européen de la famille*, LexisNexis Actualité, 2013, p. 95.

<sup>276</sup> Une option de législation a toutefois été retenue aux Pays-Bas, en Suisse, en Suède ou encore en Belgique.

<sup>277</sup> DEVERS (A.), « La loi applicable au régime patrimonial des partenariats enregistrés », in *La séparation des couples internationaux, Droit et patrimoine*, n° 181, mai 2009. Ce n'est qu'en l'absence de choix ou si ce choix

**126.** Un règlement européen relatif aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés a, depuis, été élaboré en même temps que celui relatif aux régimes matrimoniaux. Alors que la Commission européenne proposait dans son projet initial de règlement de ne soumettre les effets patrimoniaux du partenariat enregistré qu'à la loi de l'Etat dans lequel il a été enregistré, une option de législation a finalement été retenue par le règlement du 24 juin 2016 relatif et à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Son article 22 prévoit ainsi que les partenaires peuvent choisir de soumettre les effets patrimoniaux de leur union à la loi de l'Etat dans lequel l'un d'eux a sa résidence habituelle ou dont l'un d'eux possède la nationalité au moment du choix ou encore à la loi de l'Etat selon le droit duquel le partenariat enregistré a été créé. Cette clause d'*electio juris* et, partant, l'application d'une autre loi que la *lex auctoris*, est cependant conditionnée au fait que la loi choisie attache des effets patrimoniaux à l'institution du partenariat enregistré.

**127.** À défaut de choix, le projet initial de règlement européen prévoyait de soumettre les effets patrimoniaux du partenariat à la même règle de conflit en cascade que celle prévue par le règlement relatif aux régimes matrimoniaux. C'est finalement un unique rattachement objectif à la loi de l'Etat selon la loi duquel le partenariat a été créé que ces effets ont été soumis. Une exception à l'application de la *lex auctoris* a cependant été prévue : les partenaires peuvent faire régir les effets patrimoniaux de leur union par la loi d'un autre Etat dans lequel ils avaient leur dernière résidence habituelle commune pendant une période d'une durée significative s'ils s'étaient fondés sur cette loi pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux.

**128.** L'autonomie de la volonté a ainsi pénétré les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés sans pour autant déborder sur ses autres effets ou sur sa dissolution. Il n'aurait pourtant pas été impossible de l'étendre à tous les effets en s'assurant de la vocation objective de la loi de l'autorité à s'appliquer lorsque la loi choisie par les partenaires ne

---

s'est porté sur une loi qui ne connaît pas l'institution, que l'auteur propose de soumettre le régime patrimonial des partenaires à la loi de l'institution en ce qu'elle connaît l'institution et est conforme aux attentes légitimes des parties. Pour un avis contraire, v. KESSLER (G.), *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005.

connaît pas l'institution à régir. Du reste, il nous semble discutable que des règles différentes aient été retenues concernant les effets patrimoniaux du mariage d'une part, et ceux du partenariat d'autre part. La Commission européenne justifie cette dualité d'instruments juridiques « en raison des particularités propres au mariage et au partenariat enregistré et des différentes conséquences juridiques qu'entraînent ces formes d'union »<sup>278</sup> et n'a donc pas donné suite à la proposition du Conseil allemand pour le droit international privé, qui œuvrait en faveur d'une égalité de traitement pour les mariages et les partenariats<sup>279</sup>. Ainsi, alors que la décision du Conseil du 9 juin 2016 prévoit 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 patrimoniaux des couples internationaux », son septième considérant précise, sans pour autant le justifier, qu'elle nécessite l'adoption de deux actes matériels d'exécution distincts.

**129.** Ces deux règlements reposent pourtant sur une logique identique : la création d'une option de législation, la place primordiale accordée au rattachement à la loi de la résidence habituelle et le déclin corrélatif du rattachement à la loi nationale, la compétence de la loi ayant les liens les plus étroits avec le couple et, pour les partenariats enregistrés, celle de la loi de l'Etat selon laquelle ils ont été enregistrés. Or, la loi ayant les liens les plus étroits avec les époux, s'il ne s'agit pas de celle de leur nationalité ou de leur résidence, n'est-elle pas logiquement celle qui a permis la création de leur union ? Cette idée semblait être partagée par la Commission lorsque celle-ci avait proposé de prendre notamment en compte le lieu de célébration du mariage pour déterminer la loi avec laquelle les époux ont ensemble les liens les plus étroits. Il aurait alors suffi d'admettre que la loi de l'autorité selon laquelle le mariage a été célébré avait vocation à régir le régime matrimonial des époux pour qu'un seul et même instrument juridique soit adopté. Nous démontrerons que cette voie était, d'un point de vue juridique, possible<sup>280</sup>. Ce rattachement aurait d'ailleurs permis de soumettre les effets patrimoniaux d'un mariage entre personnes de même sexe à la loi selon laquelle ce mariage a

---

<sup>278</sup> COM (2011), 126/2, Exposé des motifs, 1.2.

<sup>279</sup> BUSCHBAUM (M.) et SIMON (U.), « Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenaires enregistrés », *RCDIP*, 2011, p. 801s.

<sup>280</sup> Et ce d'autant plus que le considérant n°37 du règlement européen relatif aux régimes matrimoniaux précise que « l'Etat membre dans lequel le mariage a été célébré devrait être l'Etat membre dont les autorités ont célébré le mariage ». Cf. *infra* n°389s. sur l'insertion des partenariats enregistrés et des mariages au sein d'une même catégorie de rattachement.

été constitué, évitant ainsi l'application d'une loi aux effets d'une union dont elle ne reconnaît pas le principe et pour lesquels elle peut se révéler techniquement inadaptée.

**130.** Alors que les effets des partenariats enregistrés ont longtemps été soumis à la seule loi de l'autorité en droit international privé français, le règlement européen du 24 juin 2016 vient d'ouvrir une option de législation en ce qui concerne ses effets patrimoniaux. Cette option est sans doute transposable à d'autres effets et il est en tout cas discutable que la règle retenue diffère de celle applicable aux effets patrimoniaux du mariage. Nous verrons en effet qu'il aurait été possible de soumettre l'ensemble des effets des unions conjugales à une règle de conflit unique en redéfinissant clairement les objectifs poursuivis par cette réglementation afin d'assurer un traitement juridique plus cohérent des problèmes soulevés par les couples en droit international privé.



## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**131.** L'inadaptation actuelle de la méthode conflictuelle classique provient du manque de pertinence et de cohérence des rattachements prévus quant aux conditions de formation et aux effets des unions conjugales en droit international privé contemporain. C'est en effet en raison du manque de pertinence actuelle des rattachements originels de la méthode conflictuelle classique – aux fondements théoriques fragilisés et aux conséquences pratiques malheureuses – qu'ont été adoptés, par des règles de source nationale, européenne et internationale, de nouveaux rattachements. Or, loin de se faire dans une logique d'ensemble, le processus de diversification et de matérialisation de ces rattachements complique la détermination des règles applicables à la formation, aux effets et à la dissolution des couples ainsi que la conciliation des différents instruments juridiques.

**132.** D'une part, les rattachements relatifs à la formation du mariage ne sont plus réellement adaptés en droit international privé contemporain. Les fondements théoriques du rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale que constituent la souveraineté et l'indisponibilité des droits en cause sont en effet aujourd'hui dépassés. Du reste, l'application cumulative des lois nationales dans les cas, de plus en plus fréquents, de plurinationalité des couples revient à faire prévaloir la loi nationale la plus sévère, privant ainsi l'un des membres du couple du droit de se marier qui lui est pourtant reconnu par sa loi nationale. Le rattachement partiel des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration est également inadapté. Il s'agit en effet d'une application discutable du principe *locus regit actum* à la forme d'un acte dont la nature n'est pas privée mais quasi-publique. Ce rattachement occulte ainsi la question, pourtant cruciale, de la compétence des autorités habilitées à célébrer un mariage et doit faire l'objet d'adaptations lorsque cette autorité est de nature consulaire ou diplomatique. Le rattachement, retenu par certains systèmes juridiques, des conditions de fond du mariage à la loi du lieu de célébration n'est pas non plus totalement pertinent. Son caractère très libéral induit en effet un tourisme matrimonial à l'encontre duquel les remparts de l'ordre public international et de la fraude à la loi font finalement douter de l'effectivité d'un tel rattachement.

**133.** Quant aux nouvelles formes de conjugalité que constituent le mariage entre personnes de même sexe et les partenariats enregistrés, les rattachements relatifs à leurs conditions de formation diffèrent des rattachements précédemment retenus sans autre raison que celle tenant à l'inadaptation de ces derniers. Or, ces nouveaux rattachements ne sont pas exempts de toute critique. En effet, la nouvelle règle de conflit de lois applicable à la validité d'un mariage entre personnes de même sexe invite à un tourisme matrimonial que la large compétence de l'officier de l'état civil en la matière ne permet pas de limiter. Quant aux partenariats enregistrés, leur rattachement aux seules dispositions matérielles de la loi de l'autorité saisie, dont le lien de proximité avec les partenaires n'est pas vérifié, nécessite également d'être adapté.

**134.** D'autre part, les rattachements relatifs aux effets des unions conjugales ont fait l'objet d'une très importante diversification. Alors que la loi applicable aux effets du mariage a originellement été déterminée à l'aune de la loi applicable au divorce, ces deux questions ont ensuite été distinguées pour être soumises à deux lois différentes. De même, les règles relatives au régime matrimonial, parce qu'elles n'entrent pas dans la conception française du statut personnel, font l'objet d'un rattachement spécifique. Enfin, les règles relatives au régime primaire des époux – considérées comme des lois de police – et celles relatives aux obligations alimentaires telles que la prestation compensatoire – soumises à un rattachement spécial – ne font plus partie de la catégorie des effets du mariage. Différentes lois se trouvent alors applicables à des questions connexes et l'intelligibilité de la réglementation en vigueur semble perfectible. Les effets des partenariats enregistrés ne se présentent plus non plus sous une catégorie unique, régie par une règle de conflit commune, depuis l'entrée en vigueur du règlement du 24 juin 2016 relatif aux effets patrimoniaux de ces partenariats dont les solutions retenues diffèrent de manière peu convaincante de celles adoptées pour les effets patrimoniaux du mariage.

**135.** Les problèmes que pose l'application de la méthode conflictuelle classique aux couples en droit international privé ne sont toutefois pas uniquement liés aux rattachements prévus par celle-ci. En effet, la diversification des formes de conjugalité met également en exergue l'inadaptation des mécanismes conflictuels alors que l'influence grandissante des droits de l'Homme tend à imposer une certaine exigence de continuité des unions conjugales que cette méthode ne parvient pas toujours à respecter. C'est donc, en

réalité, la logique conflictuelle elle-même qui ne paraît pas adaptée à la conception contemporaine de la régulation des rapports conjugaux internationaux.





## CHAPITRE II : L'INADAPTATION DE LA LOGIQUE CONFLICTUELLE

**136.** La logique conflictuelle désigne le raisonnement sous-jacent à la méthode conflictuelle classique qui en façonne les mécanismes et en détermine les objectifs. En effet, une méthode peut être définie comme « un cheminement, une direction à suivre, un ensemble de démarches ou de procédés intellectuels plus ou moins complexes qui permettent de parvenir à une fin, un résultat, un objectif déterminé »<sup>281</sup>. Or, la logique qui anime la méthode conflictuelle ne semble, à certains égards, plus totalement adaptée en matière conjugale.

**137.** D'une part, la diversification des formes de conjugalité s'oppose à la fongibilité des unions conjugales alors même que l'équivalence des institutions constitue le postulat de la règle de conflit. L'utilisation des mécanismes conflictuels de la qualification *lege fori* de l'institution litigieuse et de l'ordre public international tend alors à limiter, en l'absence de communauté juridique suffisante, la réception des unions conjugales au sein des ordres juridiques nationaux.

**138.** D'autre part, la logique localisatrice de la règle de conflit de lois perd de sa pertinence en matière conjugale car la localisation du rapport de droit est déjà assurée, concernant les unions formelles, par l'intervention d'une autorité. Cette autorité est en effet venue doter cette union, par l'effet constitutif de l'état des personnes que lui reconnaît l'ordre juridique auquel elle appartient, d'un cadre juridique défini sur la base duquel les parties ont pu raisonnablement fonder leurs espérances légitimes. Or, le développement des droits de l'Homme et des libertés européennes de circulation semble désormais imposer une certaine continuité internationale des unions conjugales que la localisation abstraite du rapport de droit ne parvient pas toujours à atteindre.

---

<sup>281</sup> CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 2014, p. 3.

**139.** Dès lors, si les mécanismes conflictuels ne semblent pas adaptés à la diversification des formes de conjugalité (*Section I*), l'objectif de localisation abstraite du rapport de droit poursuivi par cette méthode ne paraît pas non plus à même d'assurer la continuité internationale des unions conjugales (*Section II*).

## SECTION I : L'INADEQUATION DES MECANISMES CONFLICTUELS A LA DIVERSIFICATION DES FORMES DE CONJUGALITE

**140.** La diversification des formes de conjugalité est en réalité double. On assiste, d'une part, à une diversification des statuts conjugaux – mariage, partenariat ou encore concubinage – et, d'autre part, à une diversification des modes de conjugalité – union hétérosexuelle, homosexuelle ou encore polygamique. Face à ce double mouvement de diversification, les mécanismes conflictuels classiques semblent inadaptés. En effet, le premier rempart à la réception d'une union conjugale est sa qualification au sens de l'Etat d'accueil. Or, le mécanisme de la qualification, qui suppose l'inclusion de la situation juridique étrangère au sein des catégories de rattachement du for, met en exergue une absence de fongibilité des unions conjugales alors même que l'équivalence des institutions à régir est un postulat sur la base duquel se fondent les règles de conflit de lois.

**141.** Quand bien même, d'ailleurs, la qualification *lege fori* de l'union conjugale étrangère serait respectueuse du statut conjugal acquis par les intéressés, elle ne permet pas à elle seule d'assurer sa réception dans le for. Encore faut-il que cette union conjugale ne soit pas contraire à l'ordre public international de ce dernier. Or, le recours fréquent à l'exception d'ordre public international révèle une hégémonie du modèle conjugal du for qui ne permet pas une réception satisfaisante des unions conjugales étrangères.

**142.** L'utilisation actuelle des mécanismes conflictuels que constituent la qualification *lege fori* et l'ordre public international souligne donc à la fois l'absence de fongibilité des unions conjugales (**I**) et l'hégémonie du modèle conjugal du for (**II**).

### **I. L'absence de fongibilité des unions conjugales**

**143.** Le mécanisme de la qualification est une étape préalable<sup>282</sup> et indispensable à l'application de la méthode conflictuelle classique en ce qu'il permet d'inclure la situation

---

<sup>282</sup> L'opération de qualification est d'ailleurs aussi une étape préalable au mécanisme de la question préalable. Ainsi, la question de la validité d'un mariage ne peut se poser que si l'on a admis que cette union entrait bien

juridique litigieuse au sein d'une catégorie de rattachement afin d'en déterminer la loi applicable. Il se peut toutefois que la situation juridique en cause ne soit pas connue du for, ou qu'elle le soit sous une forme différente. La qualification de ladite situation devient alors extrêmement complexe. Si la qualification des unions conjugales est donc une opération nécessaire (**A**), la diversification des formes de conjugalité la rend parfois équivoque (**B**).

### **A. La nécessaire qualification des unions conjugales**

**144.** L'opération de qualification est consubstantielle à la nécessité de déterminer la catégorie de rattachement à laquelle appartient la situation juridique et, partant, la loi qui lui est applicable. Le juge doit donc qualifier la situation pour la classer dans une catégorie de rattachement. Autrement dit, il s'agit de « discriminer si un objet déterminé répond ou non aux caractéristiques d'un concept de par sa nature générale »<sup>283</sup>. Si le mécanisme de la qualification n'est pas inconnu du droit interne – en ce que tout juge doit qualifier la situation qui lui est soumise afin de déterminer la règle de droit qui lui est applicable – il se présente toutefois sous une forme particulière en droit international privé. Il faudra ainsi attendre les travaux de Bartin<sup>284</sup> pour que ce mécanisme fasse l'objet d'une conceptualisation et d'une systématisation, désormais connu sous le nom de « conflit de qualifications ». Il existe en effet un conflit entre les conceptions des différents Etats concernant la nature du rapport juridique litigieux. Ce dernier peut alors être classé dans des catégories différentes au sein des systèmes juridiques avec lesquels ce rapport présente des points de contact. Par exemple, ce qui est un mariage pour un Etat, peut ne pas l'être pour un autre, ou ce qui est une condition de forme du mariage pour l'un, peut être une condition de fond pour l'autre. Ainsi, même si ces deux Etats prévoient la même règle de conflit, l'union litigieuse peut se voir soumise à une autre loi que celle désignée par la règle de conflit si le for considère que cette union ne rentre pas dans la catégorie de rattachement à laquelle est accolée cette règle. Le conflit de

---

dans la catégorie « mariage ». V. SANA-CHAILLE DE NERE (S.), « Les questions préalables » in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, dir. AZZI (T.) et BOSCOVIC (O.), Bruylant, 2015, p. 123s.

<sup>283</sup> BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz, 2002, n° 13, p. 30.

<sup>284</sup> BARTIN (E.), « De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois », *JDI*, 1897, p. 225 ; « La théorie des qualifications en droit international privé », in *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899 ; « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois », *RCADI*, vol. 30, 1930.

qualifications cache donc un conflit de lois. Il s'agit plus largement d'un conflit de systèmes juridiques, d'un conflit de lois « à la seconde puissance »<sup>285</sup>.

**145.** La question est alors de savoir selon quelle conception des systèmes juridiques en cause le rapport juridique litigieux doit être qualifié. Si Kahn et Bartin préconisaient une qualification *lege fori*<sup>286</sup>, Despagnet optait lui pour une qualification *lege causae*<sup>287</sup> alors que Rabel plaidait pour une qualification internationale<sup>288</sup>. Au terme d'un débat doctrinal d'ampleur, la qualification *lege fori* a été retenue au motif qu'au stade de l'opération de qualification, la *lex causae* n'est pas encore connue. La qualification *lege causae* constituerait donc un « cercle vicieux » revenant à demander à une loi qui n'est pas encore identifiée au regard de la règle de conflit du for de fournir le critère qui permettra de la désigner. La qualification *lege causae* ne pouvait ainsi être retenue. Par ailleurs, la diversité des droits nationaux rend également impossible l'adoption de qualifications internationales. Si certaines qualifications autonomes ont été retenues au sein de l'Union européenne, le recours à la qualification autonome à l'échelle internationale relève de la pure utopie<sup>289</sup>. Le principe de la qualification *lege fori* suppose, lui, d'interpréter le rapport juridique litigieux en fonction des conceptions du for, afin, selon la célèbre formule de Melchior, de « placer l'étoffe étrangère dans les tiroirs du système national ». La Cour de cassation a consacré la qualification *lege fori* dans l'affaire *Caraslanis*<sup>290</sup>.

**146.** La qualification *lege fori* peut toutefois conduire à dénaturer le droit étranger et les prévisions des parties, en faisant preuve d'un certain « isolationnisme juridique » peu compatible avec l'essence même du droit international privé. C'est pourquoi, s'appuyant sur la formule de Raape selon laquelle « l'Etat étranger caractérise ses règles, l'Etat du for les

---

<sup>285</sup> V. GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°305, p. 222.

<sup>286</sup> BARTIN (E.), « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois », *RCADI*, vol. 30, 1930 ; KAHN (F.), « Gesetzeskollisionen », *Iherings Jahrbücher*, vol. 36, 1896, p. 366s.

<sup>287</sup> DESPAGNET (F.), « Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques », *JDI*, 1898, p. 253s.

<sup>288</sup> RABEL (E.), « Le problème de la qualification », *RCDIP*, 1933, p. 1s.

<sup>289</sup> De telles qualifications autonomes ont toutefois été retenues, de manière plus limitée, dans certaines conventions de La Haye, dont celle du 1er juillet 1985 relative au trust.

<sup>290</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1955, *Caraslanis*, *GADIP* n°27, note BATIFFOL (H.), *JCP* 1955 II. 8928 ; note CHAVRIER (G.), *RCDIP*, 1955, p. 723s. : « 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 ».

classe »<sup>291</sup>, les Professeurs Batiffol et Lagarde ont proposé de distinguer deux phases : une première phase d'analyse de la situation à l'aune de la législation de l'Etat dans lequel elle s'est constituée afin d'identifier sa signification dans le droit étranger ; et une seconde phase de jugement consistant à classer la situation dans les catégories du for. Ils ont ainsi mis en exergue que si les qualifications retenues en droit international privé reflètent les catégories connues du droit interne, en ce sens que la règle de conflit de lois de chaque Etat est bien ancrée dans le droit national<sup>292</sup>, les catégories de rattachement ne peuvent toutefois « être confinées aux seules institutions du droit interne, en être la simple reproduction, mais doivent pouvoir appréhender des institutions non reçues du droit du for, voire inconnues de lui »<sup>293</sup>. La qualification d'une union conjugale ne peut donc se faire qu'à l'aune des conceptions du for. Ce mécanisme doit également prendre en compte la diversité grandissante des formes de conjugalité et des statuts conjugaux.

**147.** Face aux défauts inhérents à l'approche nationaliste ou *lex foriste* et à l'impossibilité d'adopter une approche universaliste<sup>294</sup>, l'école comparatiste – menée notamment par les Professeurs Maury, Lerebours-Pigeonnière et Batiffol – a alors essayé de rechercher des rapprochements entre les systèmes de conflit en dégagant des catégories juridiques plus larges. Un tel élargissement ou assouplissement des catégories du for est bienvenu en ce qu'il permet de « faciliter l'insertion dans la vie juridique du for des situations configurées selon des lois différentes »<sup>295</sup>. Mais encore faut-il savoir ce qu'il convient de prendre en compte pour inclure ou exclure une situation juridique dans une catégorie avec

---

<sup>291</sup> RAAPE (L.), « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé », *RCADI*, vol. 50, 1934.

<sup>292</sup> GAUDEMET –TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, vol. 312, 2005, p. 188.

<sup>293</sup> AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, n°262, p. 238.

<sup>294</sup> De manière générale, sur la distinction entre universalistes et particularistes, v. BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz, 2002, n° 5, p. 16 : si les particularistes considèrent que le droit international consiste à « prolonger un système de droit privé interne par des règles applicables aux cas présentant un élément d'extranéité, dans l'ignorance voulue de l'existence de la teneur des systèmes juridiques étrangers », il vise pour les universalistes à « donner des principes liant tous les Etats, abstraction faite de la structure de leurs systèmes respectifs de droit privé interne ».

<sup>295</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. n° 385, p. 456.

laquelle elle ne présente qu'une faible parenté. Entre élargissement et dénaturation, il n'y a qu'un pas...<sup>296</sup>

**148.** Dès lors, si la qualification *lege fori* des unions conjugales est une étape indispensable à l'application de la méthode conflictuelle classique, les incertitudes quant aux modalités d'élargissement des catégories du for que suppose la réception des unions étrangères rendent leur qualification parfois équivoque. Partant, cette dernière ne permet pas d'assurer la continuité concrète du statut conjugal acquis par les intéressés. C'est ce qu'il convient désormais d'analyser.

## **B. Le risque de qualification équivoque des unions conjugales**

**149.** Si Bartin considérait que classer une situation dans une catégorie de rattachement revenait à s'interroger sur sa nature juridique dominante, Batiffol estimait quant à lui qu'il fallait moins s'attacher à la structure des institutions étrangères qu'à leur fonction, c'est-à-dire à la considération des buts qu'elles poursuivent. Les institutions étrangères doivent en effet être regardées comme « des réponses différentes à des problèmes que nous résolvons autrement »<sup>297</sup>. La qualification d'une union conjugale ne devrait donc pas dépendre de sa structure – tant celle-ci relève des modalités propres à chaque Etat – mais devrait plutôt reposer sur le diptyque « nature-fonction ». Une union conjugale étrangère pourrait ainsi entrer dans la catégorie « mariage » du droit français si elle présente la même nature et/ou la même fonction que celle prévue par le for.

**150.** Le concept de mariage est toutefois quelque peu nébuleux en droit comparé. La question s'est ainsi vite posée de savoir si un mariage polygamique ou un mariage homosexuel célébré à l'étranger pouvait entrer dans la catégorie « mariage » au sens du droit français. Les juridictions françaises ont assez rapidement accepté de faire entrer l'union

---

<sup>296</sup> V. BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz, 2002, n° 14, p. 31 : « si l'étoffe étrangère est découpée pour entrer dans les tiroirs nationaux, elle sera dénaturée et méconnaissable ».

<sup>297</sup> *Ibidem*, n° 19, p. 43. L'auteur considère qu'une action délibérée ne peut se définir que par le but qu'elle poursuit, la considération du but poursuivi permettant de pénétrer l'intelligibilité d'un impératif et d'y porter un jugement de valeur.



polygamique étrangère dans la catégorie « mariage »<sup>298</sup>. En effet, même si les positions respectives des sujets, le contenu des devoirs et obligations et les modes de dissolution de ces deux unions diffèrent, le mariage polygamique a pour point « commun avec le mariage du Code civil et de la tradition chrétienne de constituer un lien institutionnalisé et socialisé entre personnes de sexe différent »<sup>299</sup>. La doctrine était toutefois davantage divisée concernant la qualification à donner à une union homosexuelle étrangère avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013. Pour certains, dont le Professeur Fulchiron, un mariage homosexuel étranger ne pouvait pas être reconnu comme un mariage au sens du droit français car « dans le cas du mariage entre personnes de même sexe, l'essence même du mariage est en cause. L'élargissement de la catégorie « mariage » n'est plus possible car on touche à la nature même du mariage qui se définit comme l'union entre un homme et une femme »<sup>300</sup>. D'autres auteurs ont, à l'inverse, considéré que « la distance de l'union maritale homosexuelle par rapport à la conception du for ne s'oppose pas à l'accueil de cette union dans la catégorie mariage pour les besoins de la qualification »<sup>301</sup>. Cela signifie-t-il alors que le recours au mécanisme de la qualification *lege fori* serait soumis, à l'instar du déclenchement de l'ordre public international, à une exigence de proximité avec le for faisant de l'éloignement de la situation juridique par rapport à ce dernier une justification à l'extension des catégories de rattachement, voire au recours à la qualification *lege causae*? En tout état de cause, les réponses apportées à cette épineuse opération de qualification ne semblent pas dépendre de la dénomination de la situation étrangère. Si un mariage polygamique a pu être considéré comme un mariage au sens du droit français, rien n'était moins sûr concernant un mariage homosexuel dont l'expression même constituait pour certains un oxymore. Les arguments avancés pour exclure le mariage entre deux personnes de même sexe de la catégorie « mariage » étaient fondés tant sur la nature de l'institution – le mariage est l'union entre deux personnes de sexe différent – que sur sa fonction – le mariage vise la réalisation d'une vie de couple et constitue le fondement d'une famille. L'on sait pourtant que le mariage, en tant

---

<sup>298</sup> La Cour de cassation a ainsi accepté que les unions polygamiques conclues à l'étranger entre des étrangers, conformément à leur statut personnel, soient reconnues comme des mariages en France et puissent y produire certains de leurs effets. V. notamment Cass. civ 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 1958, *Chemouni* ; JAMBU-MERLIN (R.), *RCDIP*, 1958, p. 110 ; PONSARD (A.), *JDI*, 1958, p. 776. A l'inverse, les juridictions anglaises ont longtemps refusé la reconnaissance des unions polygamiques étrangères. V. Court of Probate and Divorce, *Hyde c/ Hyde and Woodmansee*, 20 mars 1866, L. R., P. D. 130.

<sup>299</sup> ANCEL (B.), « Qualification », *Rep. droit international*, Dalloz, 1998, p. 11.

<sup>300</sup> FULCHIRON (H.), « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.* 2006, p. 1253.

<sup>301</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n°726, p. 110. V. dans le même sens, KERCHKOVE (E.), « Le droit international privé du couple », *LPA*, 20 décembre 1987, n°254, p. 41s. V. en ce sens la réponse ministérielle du 26 juillet 2005 (n°415333, JOAN Q 26 juillet 2005, p. 7437).

qu'institution juridique, n'a rien de naturel et que sa fonction a considérablement évolué ces dernières décennies à tel point qu'il n'entretient aujourd'hui qu'un rapport lointain avec l'idée de procréation ou de famille<sup>302</sup>. Il a alors été proposé de requalifier le mariage homosexuel étranger en partenariat enregistré afin de ne « pas rejeter de plein fouet l'union célébrée à l'étranger mais de la travestir pour mieux l'accueillir »<sup>303</sup>. Cependant, cette qualification – voire « disqualification » au regard de la hiérarchie des statuts conjugaux – toujours en vigueur en Suisse notamment, va manifestement à l'encontre des prévisions des parties et ne permet pas une réception satisfaisante de l'union homosexuelle étrangère.

**151.** Les incertitudes qui entouraient la qualification des mariages entre personnes de même sexe sont également prégnantes concernant les partenariats enregistrés. Notons de prime abord que le vocable même de « partenariat enregistré » est un concept catégoriel puisque, à la différence du mariage, chaque Etat en prévoit une dénomination particulière. Il semble alors qu'il faille s'attacher à la nature et à la fonction dudit partenariat afin de le qualifier comme un partenariat enregistré au sens du droit français. Dans un objectif de systématisation, le Professeur Fulchiron a proposé une distinction entre les différents partenariats en différenciant les « partenariats-cadre » et les « partenariats-statut ». Selon l'auteur, les partenariats-statut – aussi appelés partenariats-institution ou partenariats-mariage *bis* – constitueraient « une sorte de mariage parallèle mais non un mariage *stricto sensu* »<sup>304</sup> dont les effets seraient similaires au mariage. Il s'agirait notamment des partenariats scandinaves<sup>305</sup>. A l'inverse, les partenariats-cadre – aussi appelés partenariats-convention ou partenariats-forme alternative de conjugalité – seraient des unions hors mariage moins complètes dont les effets seraient « en grande partie laissés à la libre disposition des intéressés, la loi prévoyant seulement un minimum d'effets »<sup>306</sup>. Il s'agirait par exemple du PACS français bien que celui-ci se soit rapproché des partenariats-cadres par les réformes successives qu'il a connues. Dès lors, les partenariats-statut pourraient être qualifiés de « mariages » alors que les partenariats-cadre seraient qualifiés de « partenariats enregistrés ».

---

<sup>302</sup> Pour un avis contraire, v. DE BOYSSON (B.), *Mariage et conjugalité – Essai sur la singularité matrimoniale*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2012.

<sup>303</sup> FULCHIRON (H.), « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.* 2006, p. 1253.

<sup>304</sup> FULCHIRON (H.), « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI*, 2000, p. 895.

<sup>305</sup> V. DENEUVILLE (C.), « Le partenariat à l'étranger », in *Le pacte civil de solidarité : de la théorie à la pratique*, Droit et patrimoine, n°81, avril 2000.

<sup>306</sup> FULCHIRON (H.), « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI*, 2000, p. 896.

**152.** Cette proposition de qualification ne semble toutefois pas toujours opportune. Ainsi, la qualification d'un partenariat-statut, tel que le *civil partnership* anglais, en mariage au sens du droit français serait sans doute fidèle à sa nature et à sa fonction. Toutefois, elle ne respecterait pas la volonté du législateur étranger qui a instauré ce partenariat « précisément parce qu'il ne voulait pas ouvrir purement et simplement le mariage aux homosexuels »<sup>307</sup>. L'ouverture, en Angleterre et au Pays de Galles, du mariage aux couples de même sexe par la loi du 17 juillet 2014, tout en conservant le *civil partnership* instauré par la loi du 5 décembre 2005, démontre d'ailleurs la volonté du législateur anglais, à l'instar du législateur français, de distinguer ces deux institutions et de conserver son pluralisme conjugal. Une telle qualification ne respecterait pas non plus les prévisions des parties qui verraient leur union soumise à des effets différents. En effet, la qualification d'une union conjugale en mariage ou en partenariat enregistré modifie la loi applicable à celle-ci. Ainsi, en droit international privé français, la validité matérielle d'un mariage est actuellement soumise à la loi nationale des époux alors que celle d'un partenariat est soumise aux dispositions matérielles de la loi de l'autorité qui l'a enregistré. Dès lors, la qualification d'un *civil partnership* conclu en Angleterre entre deux Italiens de même sexe domiciliés en Italie, en « mariage » au sens du droit français pourrait avoir pour conséquence d'invalider cette union. En effet, la loi italienne qui serait alors applicable à la validité matérielle de leur mariage ne reconnaît pas une telle union.

**153.** Ce dernier exemple montre que si l'opération de qualification ne vise que l'inclusion d'une situation juridique au sein d'une catégorie de rattachement, ce mécanisme ne peut être indifférent au point de rattachement accolé à ladite catégorie. L'objectif de la méthode conflictuelle étant de désigner la loi la plus appropriée pour régir le rapport de droit, celle-ci repose nécessairement sur l'adéquation catégorie-rattachement. L'opération de qualification devra alors prendre en compte non seulement l'adéquation de la nature et de la fonction de l'institution étrangère litigieuse à la catégorie du for à laquelle le juge entend la rattacher, mais également les conséquences découlant de l'application du point de rattachement accolé à cette catégorie. Lorsque l'un des facteurs entre en conflit avec le second, l'opération de qualification devient grandement équivoque.

---

<sup>307</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, n°290. p. 264.

154. Finalement, la raison de la complexité de la qualification des différentes formes de conjugalité provient certainement de la porosité de la distinction entre les catégories « mariage » et « partenariat enregistré »<sup>308</sup>. On assiste en effet à un « indiscutable éclatement des catégories conduisant à douter de la valeur de tels classements »<sup>309</sup>. Les inconvénients posés par la qualification *lege fori* nécessiteraient donc sans doute l'adoption d'un concept catégoriel plus large permettant d'y inclure la diversité des formes de conjugalité tout en respectant le pluralisme conjugal reconnu par les différentes législations nationales<sup>310</sup>. Mais, une fois intégrée dans l'une des catégories de rattachement du droit international privé français, encore faut-il, pour que cette union conjugale soit reconnue, qu'elle ne soit pas contraire aux valeurs fondamentales du for. Or, l'utilisation actuelle du mécanisme de l'ordre public international et le recours à la méthode des lois de police mettent en exergue une hégémonie du modèle conjugal du for.

## II. L'hégémonie du modèle conjugal du for

155. L'ordre public est une « notion vague, complexe, changeante et quelque peu mystérieuse »<sup>311</sup>. S'il est commun d'employer l'expression « ordre public international » en droit international privé, l'ordre public reste d'essence purement nationale. En effet, l'ordre public international n'est rien d'autre que le noyau dur de l'ordre public interne. L'ordre public international peut être utilisé de deux façons : soit pour écarter une loi étrangère normalement compétente par le biais du mécanisme de l'exception d'ordre public international ; soit pour imposer, par le biais des lois de police, l'application d'une disposition spécifique du droit français alors même que la situation serait, en application de la règle de conflit de lois normalement applicable, régie par le droit étranger. L'exception d'ordre public international et les lois de police sont donc les deux modalités de non-application de la loi

---

<sup>308</sup> V. en ce sens GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°308. p. 224.

<sup>309</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°619, p. 1.

<sup>310</sup> Sur la qualification autonome des unions conjugales formelles et informelles proposée et le respect corrélatif du pluralisme conjugal, cf. *infra* n°389s.

<sup>311</sup> PLANTEY (A.), « Définition et principes de l'ordre public », in *L'ordre public*, dir. Polin (R.), PUF, 1995, p. 27. Pour plus de développements sur l'ordre public en droit international privé, v. LAGARDE (P.), « Ordre public », *Rep. droit international*, Dalloz, 2009.

étrangère mais procèdent l'une et l'autre de deux logiques différentes<sup>312</sup>. Comme chacun sait, dans le cadre du mécanisme de l'exception d'ordre public international, la loi étrangère est évincée et remplacée par la loi du for, qui ne présente alors qu'une vocation supplétive à régir le rapport de droit. Dans le cadre du mécanisme des lois de police, la loi du for est directement appliquée nonobstant les dispositions de la loi étrangère.

**156.** Mais le « refus du droit étranger ne peut avoir un sens que si la solution prévue par la loi du for aboutit à un résultat opposé, ou pour le moins différent, de celui prévu par la *lex causae* [...]. Le principe d'ordre public n'opère pas uniquement pour lui-même, il sert aussi de levier à l'application de la loi du for »<sup>313</sup>. Que l'ordre public du for se présente sous une forme positive – c'est-à-dire d'application directe de la loi du for – ou négative – c'est-à-dire d'éviction de la loi étrangère normalement compétente – il conduit nécessairement, à terme, à l'application de la loi du for. Or, l'ordre public joue un rôle particulièrement important en matière conjugale. Le droit au mariage est en effet classiquement un droit d'ordre public en ce que tous ses effets sont du domaine de l'ordre public, c'est-à-dire marqués par l'impossibilité d'organiser à son gré l'institution<sup>314</sup>. Il semble donc que tant l'ordre public conjugal d'éviction (**A**) que l'ordre public conjugal positif (**B**) participent à l'application grandissante de la loi française en matière d'union de couples, laissant apercevoir une hégémonie du modèle conjugal du for.

#### **A. L'ordre public conjugal d'éviction**

**157.** L'analyse des situations dans lesquelles une loi étrangère est évincée au motif que le résultat concret de son application serait contraire à l'ordre public conjugal du for – en l'espèce, l'ordre public conjugal français – met en exergue une certaine évolution dans l'utilisation du mécanisme de l'exception d'ordre public international. D'une part, le passage de l'effet atténué de l'ordre public international à l'ordre public de proximité tend à limiter la

---

<sup>312</sup> V. LIBCHABER (R.), « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, coord. REVET (T.), Dalloz, 1996, p. 65s. V. également KINSCH (P.), « La sauvegarde de certaines politiques législatives : cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 447s.

<sup>313</sup> BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009, n°101, p. 228.

<sup>314</sup> V. en ce sens BENABENT (A.), « L'ordre public en droit de la famille » in *L'ordre public à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, coord. REVET (T.), Dalloz, 1996, p. 30s.

réception par le for des modes de conjugalité trop différents de ceux prévus par sa législation (1). D'autre part, le caractère volatile de l'ordre public international français impose le respect des modèles conjugaux du for (2).

### 1) *La réception limitée des modèles conjugaux étrangers*

**158.** Dans un premier temps, la reconnaissance des mariages polygamiques étrangers a été autorisée, bien que de façon modérée, dans l'ordre juridique français par le mécanisme de l'effet atténué de l'ordre public international. Nous conserverons cette expression même si elle est techniquement inexacte. En effet, comme l'ont relevé les Professeurs Mayer et Heuzé, « il ne s'agit pas de faire jouer faiblement l'exception d'ordre public mais de la paralyser totalement »<sup>315</sup>. Ce n'est donc pas l'effet de l'exception d'ordre public qui est atténué mais l'appréciation de la contrariété du droit étranger à l'ordre public international français.

**159.** La polygamie, majoritairement pratiquée dans les pays de droit musulman, heurte la conception monogame du mariage retenue par un grand nombre d'Etats dont la France. L'accueil d'une union polygamique étrangère devait donc « demeurer marqué du signe de la tolérance exceptionnelle et du respect des droits des épouses »<sup>316</sup>. Un tel accueil a été rendu possible par la consécration, dans l'arrêt *Rivière*, de l'effet atténué de l'ordre public international selon lequel « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle fait obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français »<sup>317</sup>. Il est en effet plus difficile de « nier une réalité existante que de refuser de lui donner naissance »<sup>318</sup>.

---

<sup>315</sup> V. MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n°213, p. 157.

<sup>316</sup> FADLALLAH (I.), « Polygamie », *Rep. droit international*, Dalloz, 1998, p. 5.

<sup>317</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 avril 1953, *Rivière*, note BATTIFOL (H.), *RCDIP*, 1953, p. 412s. ; note PLAISANT (R.), *JDI*, 1953, p. 860s.

<sup>318</sup> ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 242.

**160.** C'est ainsi que la Cour de cassation a estimé dans l'arrêt *Chemouni*<sup>319</sup> que « la demande de pension alimentaire introduite en France par la seconde épouse d'un israélite Tunisien ne heurte pas l'ordre public international français dès lors que sa qualité d'épouse a été acquise, sans fraude, en conformité avec sa loi nationale compétente ». On peut se demander s'il s'agissait véritablement, dans cette affaire, de laisser une situation valablement acquise à l'étranger – en l'espèce, le mariage polygamique célébré au Maroc – déployer ses effets en France ou de créer de nouveaux droits – en l'occurrence, le droit au versement d'une pension alimentaire – sur le territoire français. Il est toutefois certain que l'effet atténué de l'ordre public international a ici permis d'admettre, à titre préalable, la validité du mariage polygamique célébré à l'étranger.

**161.** La Cour a également considéré dans l'affaire *Beneddouche*<sup>320</sup> que la seconde épouse d'un étranger polygame pouvait prétendre aux droits reconnus au conjoint survivant par la loi successorale – en l'occurrence la loi française – aux motifs que « l'ordre public français ne s'oppose pas à ce qu'un mariage polygamique régulièrement contracté à l'étranger selon la loi personnelle des parties, produise en France des effets d'ordre successoral au bénéfice d'une seconde épouse et de ses enfants légitimes »<sup>321</sup>. On pourrait ici aussi douter de la pertinence de l'application du mécanisme de l'effet atténué de l'ordre public international puisque la situation litigieuse, soumise à l'application de la loi successorale française, ne pourrait être attentatoire à l'ordre public français et les Professeurs Ancel et Lequette y voient plutôt une application implicite de la théorie de l'équivalence des institutions. Mais, là encore, l'effet atténué de l'ordre public international a permis de prendre en compte la validité du mariage polygamique célébré à l'étranger conformément à la loi nationale des époux. L'atténuation de l'ordre public international garantit ainsi la continuité du statut marital valablement acquis à l'étranger et permet aux membres du couple de bénéficier des effets prévus par la loi française aux conjoints, en l'espèce la vocation successorale. La reconnaissance des unions polygamiques étrangères restait cependant modérée car si l'atténuation de l'ordre public international a pu permettre de reconnaître aux membres de

---

<sup>319</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 1958, *Chemouni* ; note JAMBU-MERLIN (R.) *RCDIP*, 1958, p. 110s. ; note PONSARD (A.), *JDI*, 1958, p. 776s.

<sup>320</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 1980, *Dame Beneddouche c/ Dame Boumaza* ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1980, p. 331s. ; note SIMON-DEPITRE (M.), *JDI*, 1980, p. 327s.

<sup>321</sup> ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 563.

l'union polygamique des effets patrimoniaux, elle n'a pas pour autant été appliquée quant à ses effets personnels<sup>322</sup>.

**162.** Le déclenchement de l'effet atténué de l'ordre public international dépend de deux facteurs : l'un spatial et l'autre temporel. Autrement dit, le rapport de droit doit avoir été préalablement créé à l'étranger pour que l'ordre public international français ne s'oppose pas à sa reconnaissance en France. Toutefois, l'éloignement spatio-temporel de la situation juridique étrangère avec l'ordre juridique du for a perdu de sa pertinence face au développement des moyens de transport. Il est en effet devenu aisé de franchir les frontières françaises pour aller constituer le rapport de droit à l'étranger. Le seul fait que la situation juridique ait été créée à l'étranger ne permet pas de présumer que les intéressés n'entretenaient pas de lien avec le for et, partant, que cette situation ne doit pas être considérée comme attentatoire à ses valeurs fondamentales. C'est pourquoi un raisonnement en termes de proximité ou de liens étroits entre la situation litigieuse et le for a été proposé. Selon l'ordre public international de proximité, directement inspiré de la théorie allemande de l'*Inlandsbeziehung*<sup>323</sup>, c'est désormais l'intensité du rattachement entre la situation juridique étrangère et l'ordre juridique du for – caractérisée, en matière de statut personnel, par la nationalité ou le domicile des intéressés – qui détermine l'intensité de l'opposition à l'ordre public international du for.

**163.** C'est en se fondant sur cet ordre public de proximité – qui constitue le nouveau visage de l'effet atténué de l'ordre public international – que la Cour de cassation a estimé dans l'arrêt *Baazziz*<sup>324</sup> du 6 juillet 1988 que « la conception française de l'ordre public international s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci ». Autrement dit, la requérante étant Française et la France ne reconnaissant que le mariage monogamique, un

---

<sup>322</sup> V. DECOCQ (A.), « De la polygamie en France », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 269s.

<sup>323</sup> V. JOUBERT (N.), *La notion de lien suffisant avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2008 ; LAGARDE (P.), *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1959 ; LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986 ; BALLARINO (T.) et ROMANO (G. P.), « Le principe de proximité chez Paul Lagarde » in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 37s ; COURBE (P.), « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 227s.

<sup>324</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1988, *Baazziz* ; note LEQUETTE (Y.), *RCDIP*, 1989, p. 71s.



mariage polygamique étranger ne peut produire d'effet à son encontre. Pour certains, le mécanisme de l'ordre public de proximité « permet une réponse bien mieux dosée du for »<sup>325</sup> face aux unions polygamiques constituées à l'étranger puisque leurs effets seront neutralisés s'ils vont à l'encontre des droits de la première épouse Française<sup>326</sup>. Son utilisation a toutefois fait l'objet de vives critiques doctrinales<sup>327</sup>. En effet, le passage de l'atténuation à la proximité a radicalisé l'utilisation de l'exception d'ordre public international dans le sens d'une plus faible tolérance à l'encontre des unions conjugales différentes de celles du for. La proximité avec le for justifie désormais le refus de reconnaissance des modes de conjugalité trop différents de ceux prévus par le for. Or cette exigence de proximité, à l'appréciation aléatoire, sera souvent remplie au regard des chefs de compétence directe du juge saisi. Celui-ci ne peut en effet être compétent pour se prononcer sur la validité ou les effets d'une union conjugale constituée à l'étranger que si les époux présentent une proximité suffisante avec l'ordre juridique auquel il appartient.

**164.** Le passage de l'effet atténué de l'ordre public international à l'ordre public de proximité tend donc à limiter la réception des modèles conjugaux étrangers. Plus encore, l'utilisation actuelle du mécanisme de l'exception d'ordre public international semble marquée par la volonté d'imposer le respect du modèle conjugal du for. L'exemple emblématique en la matière est certainement celui du mariage entre personnes de même sexe que la Cour de cassation, par la marge de manœuvre que lui a laissée le législateur français, a désormais intégré à l'ordre public international français. C'est ce qu'il convient d'analyser.

---

<sup>325</sup> V. notamment LIBCHABER (R.), « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, coord. REVET (T.), Dalloz, 1996, p. 65s.

<sup>326</sup> Il a d'ailleurs été considéré dans la résolution de la neuvième commission de l'Institut de droit international du 25 août 2005 intitulée « différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille » que « les Etats ne devraient pas opposer l'ordre public à la reconnaissance de la validité de principe des unions polygamiques célébrées dans un Etat admettant la polygamie » sauf si « les deux époux avaient leur résidence habituelle, lors de la célébration, dans un Etat n'admettant pas la polygamie, ou si la première épouse a la nationalité d'un tel Etat ou y a sa résidence ».

<sup>327</sup> V. notamment SINDRES (D.), « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, n° 3, juillet 2012, doctr. 10 ; GANNAGE (L.), « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs » in *TCFDIP*, 2006-2008, Pedone, 2009, p. 204s ; BODEN (D.), *L'ordre public : limite et condition de la tolérance – Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002 ; ZAHER (K.), *Conflit de civilisations et droit international privé*, thèse, Paris I, 2007.

## 2) *Le respect imposé des modèles conjugaux du for*

**165.** La version initiale du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe soumettait l'application de l'article 202-1 au respect des engagements internationaux de la France<sup>328</sup>. Cette référence a cependant été considérée comme superfétatoire au regard de l'article 55 de la Constitution qui impose la supériorité des traités sur la loi<sup>329</sup>. C'est donc par la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe<sup>330</sup> qu'une limite a été posée à cette disposition. Celle-ci prévoit que « la règle introduite par l'article 202-1 alinéa 2 ne peut s'appliquer pour les ressortissants de pays avec lesquels la France est liée par une convention bilatérale qui prévoit que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle ». La circulaire rappelle ainsi que la France a conclu de telles conventions avec la Pologne, le Maroc, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo, la Slovénie, le Cambodge, le Laos, la Tunisie et l'Algérie<sup>331</sup>. Etait donc *a priori* interdite la célébration en France d'un mariage homosexuel lorsque l'un des futurs époux possède la nationalité d'un Etat ayant conclu une convention bilatérale avec la France rattachant les conditions de fond du mariage à la loi personnelle.

**166.** Toutefois, eu égard aux réserves d'ordre public contenues dans les conventions internationales relatives au statut personnel, la réponse ministérielle du 13 août 2013 est venue préciser qu'il appartient « aux juridictions judiciaires d'apprécier si la loi étrangère désignée par l'application desdites conventions devrait être écartée en raison de sa contrariété à l'ordre public international français et d'autoriser la célébration du mariage en France »<sup>332</sup>.

---

<sup>328</sup> Dans son avis du 31 octobre 2012 sur le projet de loi, le Conseil d'Etat avait en effet considéré que l'article 202-1 serait privé d'effet en présence d'une convention bilatérale comportant des dispositions contraires et qu'il convenait d'introduire explicitement cette réserve.

<sup>329</sup> Le Conseil constitutionnel a ainsi validé, dans sa décision du 17 mai 2013 (n°2013-669 DC) l'article 202-1 au motif qu'il n'a « ni pour objet ni pour effet de déroger au principe selon lequel tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

<sup>330</sup> Circ. 29 mai 2013, JUSC 1312445C ; BIDAUD-GARON (C.), « Mariage pour tous : la circulaire ! », *JCPG* 2013, 729 ; FULCHIRON (H.), « Le mariage pour tous ou presque », *D.* 2013, 1969.

<sup>331</sup> On peut toutefois s'étonner de ne pas voir figurer dans cette liste l'Iran alors même que la convention franco-iranienne du 24 juin 1964 prévoit dans son article 2 que « le statut personnel des Français sur le territoire de l'Empire d'Iran est régi par la loi française et le statut personnel des Iraniens sur le territoire de la République française est régi par la loi iranienne ».

<sup>332</sup> JO déb. Ass. Nat., Questions, 13 août 2013, n° 28 287. V. en ce sens GORAND (A.), « La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de personnes de même sexe », *LPA*, 4 juillet 2013, n°133. La Garde des Sceaux avait d'ailleurs précisé dans une dépêche du 1<sup>er</sup> août 2013 que « la circulaire se contente de rappeler que les conventions internationales ayant une valeur supérieure à la loi nationale en application de l'article 55 de la Constitution, l'article 202-1 du Code civil ne peut donc trouver à s'appliquer, sauf à ce que les

Il n'a fallu que quelques mois pour qu'une demande de mariage entre un Français et un ressortissant de même sexe d'un pays avec lequel la France est liée par une telle convention, en l'espèce le Maroc, se présente devant une autorité française. Si leur demande a été acceptée par l'officier de l'état civil français, le parquet de Chambéry leur a notifié une décision d'opposition en se fondant, comme le prévoit la circulaire du 29 mai 2013, sur la convention franco-marocaine relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire du 10 août 1981 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 Etats dont il a la nationalité ».

**167.** Les requérants ont alors saisi le Tribunal de Grande Instance de Chambéry aux fins d'annulation de l'acte d'opposition. Sur le grief tiré de la non-conformité du droit marocain à l'ordre public international français, les juges du premier degré ont estimé, dans leur décision du 11 octobre 2013, qu'en « modifiant simultanément le droit matériel applicable au mariage et la règle de conflit de lois applicable au mariage comportant un élément d'extranéité, la loi du 17 mai 2013 a implicitement mais nécessairement modifié l'ordre public international français, de sorte qu'une discrimination fondée sur le sexe [ou plutôt sur l'altérité sexuelle] justifie l'éviction de l'article 5 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 ». Par un arrêt confirmatif du 22 octobre 2013<sup>333</sup>, la Cour d'appel de Chambéry a considéré que la loi du 17 mai 2013 « a modifié la substance même des droits de la personne au regard de l'institution du mariage », que « ces nouveaux droits ont été rendus délibérément accessibles pour des personnes vivant sur le territoire français et qui n'avaient pas la possibilité juridique d'acquérir ces droits dans le cadre de leur loi personnelle ». Partant, « ces ressortissants étrangers 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 ». Le ministère public s'est alors pourvu en cassation en arguant de la violation de l'article 55 de la Constitution et de l'absence de contrariété ou d'incompatibilité manifeste de l'article 5 de la

---

juridictions estiment que les nouvelles dispositions introduites par la loi du 17 mai 2013 s'intègrent à un nouvel ordre public international qui permettrait d'écarter la loi désignée comme applicable par la convention bilatérale ».

<sup>333</sup> CA Chambéry, 22 octobre 2013 (n°13/02258) ; note FULCHIRON (H.), *D.* 2013, 2576. ; BOICHE (A.), *AJ Famille* 2013, p. 720s. ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.* 2014, p. 89s.

convention franco-marocaine avec la conception française de l'ordre public international français. Les Hauts magistrats ont rejeté le pourvoi en considérant, dans un arrêt en date du 28 janvier 2015<sup>334</sup>, que « la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe [...] est manifestement incompatible avec l'ordre public français dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet »<sup>335</sup>.

**168.** La subtile substitution de motifs réalisée par la Cour de cassation permet de rappeler qu'il ne s'agit pas d'appliquer la loi française en lieu et place de la convention internationale par un renversement de la hiérarchie des normes que les juges du fond avaient semblé admettre. Il s'agit de faire jouer l'exception d'ordre public international, prévue par ladite convention, à l'encontre de la loi normalement applicable et ainsi d'appliquer subsidiairement la loi du for. N'était donc pas en cause la question d'une supposée violation de la convention bilatérale, mais celle de la détermination du contenu même de l'ordre public international français. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013 n'aurait donc pas simplement fait disparaître l'altérité sexuelle comme condition de fond du mariage, elle aurait également promu le mariage homosexuel au sein de l'ordre public international français.

**169.** L'éviction de la loi normalement compétente en vertu de la convention bilatérale pour contrariété à l'ordre public international français semble justifiée par la volonté, dont était d'ailleurs animé le législateur français lors de l'adoption de l'actuelle règle de conflit de lois, d'étendre l'accès au mariage homosexuel au plus grand nombre de personnes possible. Son accession à l'ordre public international français aura ainsi pour conséquence d'écarter les lois étrangères prohibitives, même lorsque leur application est prévue par une convention internationale à laquelle la France est partie. Cet arrêt s'inscrit

---

<sup>334</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015 (n° 13-50.059) ; note FULCHIRON (H.), *D.* 2015, p. 464s ; note LEGRAND (V.), *LPA*, 27 février 2015, n°42, p. 6s ; note GANNAGE (L.), *JCPG*, n°12, 23 mars 2015, 318 ; note HAFTEL (B.), *AJ Famille* 2015, p. 71s. ; note DEVERS (A.) et FARGE (M.), *Dr. Famille*, n°3, mars 2015, comm. 63 ; comm. SARCELET (J.-D.), *Gaz. Pal.*, 5 février 2015, n°36, p.11s.

<sup>335</sup> Le Conseil d'Etat semble également partager la position de la Cour de cassation puisque, saisi d'un référé-liberté, il avait imposé au gouvernement, par une ordonnance du 9 juillet 2014 (CE, réf., M.A., n°382145 ; note AUBIN (E.), *AJDA*, 2014, p. 2141s. ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2014, p. 861s.), de délivrer un visa à un Sénégalais vivant au Maroc pour qu'il puisse se marier en France avec son conjoint Français au motif que le refus de délivrance dudit visa constituerait « une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale de se marier ».

ainsi dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation selon laquelle l'ordre public international ne comprend pas seulement, selon sa définition classique, « l'ensemble des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »<sup>336</sup> mais également des « principes essentiels du droit français »<sup>337</sup>. Le mariage entre personnes de même sexe, défendu par le législateur français de manière certes non isolée mais qui ne s'impose pas largement hors de nos frontières, est donc devenu un principe essentiel du droit français qu'il convient de sauvegarder à l'international en l'intégrant à l'ordre public international français<sup>338</sup>.

**170.** La contrariété de la loi marocaine – ou, désormais, de toute autre loi qui ne reconnaît pas le mariage homosexuel<sup>339</sup> – à l'ordre public international français constitue un changement de paradigme. En effet, avant l'entrée en vigueur de loi du 17 mai 2013, la contrariété à l'ordre public international français était invoquée aux fins de non-reconnaissance en France d'un mariage homosexuel valablement célébré à l'étranger<sup>340</sup>. Considérer un jour que l'ordre public international français s'oppose à la reconnaissance d'un mariage homosexuel en France, et le lendemain que l'impossibilité de célébrer en France ce mariage s'oppose à ce même ordre public international est surprenant. S'il y a là une manifestation du principe d'actualité de l'ordre public international<sup>341</sup> qui impose au juge de considérer celui-ci dans son état au moment où il statue, on peut se demander « si la

---

<sup>336</sup> Cass. 25 mai 1948, *Lautour* ; *GADIP* n°19 ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1949, p. 89s. ; note LAGARDE (P.), *D.* 1948, p. 357s.

<sup>337</sup> Selon les termes de l'arrêt Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010 (n° 08-21.740) ; note FULCHIRON (H.), *JCP G*, 2010, 1173 ; note HAFTEL (B.), *AJ Famille* 2010, p. 387s. V également GUILLAUME (J.), « L'ordre public international selon le rapport annuel 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2121s.

<sup>338</sup> Le fait d'imposer dans les relations internationales des solutions législatives nouvelles sur le fondement d'un ordre public international tout récemment redessiné n'est d'ailleurs pas chose extraordinaire. Le même revirement brutal avait eu lieu, après la réforme du divorce en 1975, lorsque la France a intégré dans son arsenal législatif le divorce par consentement mutuel, ou encore lorsque, après avoir longtemps considéré que les filiations adultérines ne pouvaient avoir les mêmes effets que les filiations légitimes ou naturelles, la Cour de cassation a érigé au rang de principe d'ordre public le principe de l'égalité des filiations.

<sup>339</sup> On peut toutefois s'interroger sur le fait de savoir si une loi étrangère qui interdit le mariage aux couples de même sexe tout en leur offrant la possibilité de conclure un partenariat enregistré serait également déclarée contraire à l'ordre public international français ou si l'équivalence des institutions en permettrait son application. V. en ce sens la note de MATHIEU (B.), *JDI*, 2015, n°2, comm. 8.

<sup>340</sup> Le Professeur Fulchiron considérait ainsi qu'une « loi qui permet le mariage entre deux personnes de même sexe est contraire au principe de la différence de sexe dans le mariage et doit donc être écartée au nom de l'ordre public français en matière internationale » in FULCHIRON (H.), « Le mariage homosexuel et le droit français », *D.* 2001, p. 1629s. Voir également, pour un raisonnement par analogie, l'arrêt du 7 juin 2012 (n°11.30-261) rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation relatif au refus de reconnaissance d'une adoption homosexuelle célébrée à l'étranger et jugée « contraire aux principes essentiels du droit français ».

<sup>341</sup> Ce principe a été posé par la Cour de cassation depuis son arrêt *Chemins de fer portugais* du 22 mars 1944 ; note NIBOYET (J.-P.), *RCDIP*, 1946, p. 107s.

possibilité de nouer de telles unions [...] est devenue, par la seule force d'une consécration législative récente, un principe fondamental que l'ordre juridique [français] se devrait de protéger contre les atteintes que lui porteraient les droits étrangers »<sup>342</sup>. Cet arrêt met ainsi en exergue un certain absolutisme du modèle conjugal du for « au point que la bonne législation étrangère sera donc exclusivement celle qui se présentera comme substantiellement identique à la législation française [...] témoignant d'une conception assez particulière d'un droit international privé parfois décrit encore comme un instrument de gestion de la diversité des droits et qui deviendrait là un instrument de propagation du droit substantiel français »<sup>343</sup>.

171. L'hégémonie des modèles conjugaux du for, dont témoigne l'accession du mariage aux couples de même sexe à l'ordre public international français, rend alors bien poreuse la frontière entre l'ordre public conjugal d'éviction et l'ordre public conjugal positif qu'il convient désormais d'analyser.

## **B. L'ordre public conjugal positif**

172. L'ordre public conjugal positif correspond aux situations dans lesquelles la loi française est directement applicable nonobstant la loi normalement compétente selon les règles de conflit de lois du for. Or, s'il est classique de lire qu'en matière matrimoniale, seules les règles relatives au régime primaire des époux constituent des lois de police, il existe d'autres hypothèses dans lesquelles la loi française aura vocation à s'appliquer malgré les solutions traditionnellement prévues.

173. Le régime primaire est prévu par les articles 212 à 225 du Code civil qui imposent aux époux une obligation de respect, de fidélité, de secours et d'assistance et prévoient des règles relatives à la direction morale et matérielle de la famille, à la contribution

---

<sup>342</sup> WAUTELET (P.), « Les couples de personnes de même sexe en droit belge en particulier sous l'angle du droit international privé » in *The Belgium reports at the Congress of utrecht of the international academy of comparative law*, 2006, p. 301. Dans le même sens, v. LIBCHABER (R.), « Le complexe de la Castafiore », *D.* 2015, p. 481s. et GANNAGE (L.), « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCPG*, n°12, 23 mars 2015, 318. qui évoque un « travestissement inopiné de l'ordre public international » fruit d'une « fondamentalisation instantanée des droits subjectifs ».

<sup>343</sup> BUREAU (D.), « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 177.

aux charges du ménage, à la communauté de vie, etc. Il s'agit de droits et de devoirs respectifs des époux qui, selon l'article 226 du même Code, sont applicables par le seul effet du mariage et ce quel que soit le régime matrimonial applicable. La question était alors de savoir à quelle loi devait être rattaché ce régime primaire en droit international privé. Si la Cour de cassation avait considéré, dans un arrêt du 22 octobre 1985<sup>344</sup>, que ces règles étaient rattachées aux effets du mariage, elle a réalisé un revirement de jurisprudence dans l'arrêt *Cressot* du 20 octobre 1987 en estimant que le statut patrimonial de base ou régime matrimonial primaire est « d'application territoriale »<sup>345</sup>. Autrement dit, ces dispositions constituent des lois de police qui ont vocation à s'appliquer à tous les couples dès lors que le juge du for est saisi d'une question s'y rapportant. Cette qualification, sans doute excessive<sup>346</sup>, met en exergue la volonté de la Cour de cassation d'imposer l'application de la loi française, et partant, le respect du modèle conjugal français, à des unions constituées dans des Etats dans lesquels les droits et devoirs respectifs des époux peuvent être sensiblement différents. Peut-être serait-il plus respectueux de la coordination des ordres juridiques nationaux et de la diversité des modes de conjugalité d'assurer la protection de ces dispositions par d'autres procédés<sup>347</sup>.

**174.** De la même manière, par la loi du 4 août 2014 « pour l'égalité réelle entre hommes et femmes », le législateur français est venu apporter une nouvelle exception au principe selon lequel les conditions de fond du mariage sont soumises à la loi nationale des époux en faisant du consentement à mariage une loi de police. En effet, est désormais précisé au sein 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 »<sup>348</sup>. Cet article s'inscrit dans la lutte contre ce qu'il convient d'appeler les mariages forcés ou de complaisance dans lesquels l'un des époux ne s'est engagé que pour obtenir le bénéfice des effets qui sont attachés au mariage, notamment en matière de

---

<sup>344</sup> Cass. civ 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 1985 ; note BRETON (A.), *D.*, 1986, p. 241s. ; note WIEDERKEHR (G.), *JDI*, 1985, p. 1005s.

<sup>345</sup> Cass. 20 octobre 1987, *Cressot*, note LEQUETTE (Y.), *RCDIP*, 1988, p. 540s. ; note HUET (A.), *JDI*, 1988, p. 446s.

<sup>346</sup> V. en ce sens BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°731-1, p. 188.

<sup>347</sup> Sur la protection des dispositions impératives du for par la compétence reconnue à la loi de l'autorité au stade de la création de l'union conjugale et par le mécanisme de l'ordre public international au stade de la réception d'une union conjugale constituée à l'étranger, cf. *infra* n°603.

<sup>348</sup> Loi n°2014-873 du 4 août 2014. Pour une analyse de l'article 202-1 du Code civil, v. notamment FULCHIRON (H.), « Règle de conflit de lois et lutte contre les mariages forcés. – Qui mal embrasse, trop étroit », *JCP G*, février 2015, n°6, doctr. 171 et GODECHOT-PATRIS (S.), « Abandon de la méthode conflictuelle pour apprécier la réalité de l'intention matrimoniale », *RJPF*, 2014, n°11, p. 30s.

nationalité ou de titre de séjour. En effet, en vertu du principe d'application distributive des lois nationales, le consentement de chaque époux, en tant que condition essentielle pour contracter mariage, devait classiquement être déterminé selon sa loi nationale. Or, certaines lois ne requièrent qu'un simple consentement formel sans exiger de réelle intention matrimoniale et les éléments de preuve pour l'apprécier varient nécessairement d'un droit à l'autre. Il arrivait alors que l'époux français, trompé sur les réels objectifs poursuivis par son conjoint, ne puisse obtenir la nullité du mariage. Face à de telles situations, les juridictions du fond faisaient parfois application de la loi française sans interroger la loi étrangère normalement compétente<sup>349</sup> en considérant la question de l'intention matrimoniale comme une question de preuve<sup>350</sup>. Le législateur a finalement fait des articles 146 et 180 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil une loi de police en imposant leur application nonobstant la loi nationale normalement compétente. Si l'objectif poursuivi par le législateur est louable, cette disposition n'est cependant pas exempte de critiques. En effet, celle-ci impose l'application de la loi française, quelle que soit la nationalité des époux ou futurs époux dont le mariage est célébré en France ou à l'étranger, à l'existence, la liberté, la réalité et la sincérité du consentement. Cette règle, contrairement à une loi de police classique, ne fait donc l'objet d'aucune délimitation spatiale et n'exige pas de lien de proximité avec l'ordre juridique français<sup>351</sup>. C'est dès lors la « conception française du mariage que l'on impose indirectement à tous les époux »<sup>352</sup>.

**175.** La loi française, en tant que loi du lieu de célébration du mariage, peut également préempter l'application de la loi nationale normalement compétente. En effet, l'instruction générale de l'état civil du 11 mai 1999 prévoit que « s'il résulte des documents produits l'existence d'une incapacité au regard du statut personnel, l'officier de l'état civil peut néanmoins célébrer le mariage, dès lors que les intéressés persistent dans leur projet et que les

---

<sup>349</sup> Le refus de mise en œuvre de la règle de conflit de lois en matière de droits indisponibles entraînait alors une cassation (ex : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 septembre 2007, n°06-20-208 ; note BOICHE (A.), *AJ Famille*, 2008, p. 125s ; note COURBE (P.), *D.*, 2008, p. 1507s ; et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2014, n°12-28.435 ; note LAMBERTE-AUTRAND (M.-C.), *RCDIP*, 2014, p. 604s.) V. cependant Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2006 (n° 04-19.109) dans lequel la Cour de cassation a estimé que l'article 146 du Code civil était opposable à une épouse Camerounaise, mariée en France avec un Français, dans le cadre d'une action en nullité du mariage engagée par ce dernier.

<sup>350</sup> V. AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> ed., 2013, n°718, p. 632.

<sup>351</sup> Sur la protection de l'exigence d'un consentement libre et éclairé des membres du couple par le biais d'une règle matérielle dans la mise en œuvre de notre proposition, cf. *infra* n°551.

<sup>352</sup> FULCHIRON (H.), « Règle de conflit de lois et lutte contre les mariages forcés. – Qui mal embrasse, trop étroit », *JCP G*, février 2015, n°6, doct. 171.



conditions exigées par la loi interne française sont remplies »<sup>353</sup>. Autrement dit, la loi nationale étrangère prohibitive<sup>354</sup> normalement applicable aux conditions de fond du mariage peut être écartée au profit de la loi permissive du lieu de célébration. L'instruction générale de l'état civil prévoit également que « devant l'officier de l'état civil, il appartient à l'étranger de justifier de sa nationalité et du contenu de sa loi nationale ; à défaut, en tant qu'autorité publique instituée par la loi française, l'officier de l'état civil appliquera cette loi »<sup>355</sup>. Dès lors, malgré le rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale des époux, l'officier de l'état civil français pourra tout à fait appliquer la loi française du lieu de célébration du mariage et de l'autorité saisie de la création de l'union. Il pourra ainsi célébrer un mariage entre étrangers qui répond aux conditions substantielles du droit français et ce, en violation de ses dispositions conflictuelles<sup>356</sup>.

**176.** Nous rejoignons donc le Professeur Quinones-Escamez lorsqu'elle considère que « la *lex fori* se dévoile, en pratique, comme la *lex matrimonii* occulte »<sup>357</sup>. L'application quasi-généralisée de la loi de l'autorité saisie aux conditions de formation et aux effets principaux des unions maritales, constitutive d'un ordre public conjugal positif, participe ainsi de l'hégémonie du modèle conjugal du for. Dès lors, peut-être serait-il plus judicieux de considérer directement que la *lex autcoris* a une entière vocation à régir les conditions de fond et de forme du mariage dès lors que les futurs époux présentent un lien suffisamment proche avec l'ordre juridique de l'autorité saisie<sup>358</sup>. La diversité des formes de conjugalité met donc en exergue une certaine inadaptation des mécanismes conflictuels classiques. Alors que la qualification *lege fori* des unions conjugales révèle leur absence de fongibilité au sein des ordres juridiques nationaux et rend leur réception parfois équivoque, l'utilisation actuelle de l'exception d'ordre public international ainsi que le recours aux règles d'application territoriale participent de l'hégémonie du modèle conjugal du for. Il convient donc désormais

---

<sup>353</sup> V. instruction générale de l'état civil, 11 mai 1999, JO n°172 du 28 juillet 1999, spéc. n°546.

<sup>354</sup> Qui pour l'être, par exemple, pour des raisons religieuses.

<sup>355</sup> Instruction générale de l'état civil, 11 mai 1999, JO n°172 du 28 juillet 1999, spéc. n° 531.

<sup>356</sup> Ce mariage pourra toutefois être annulé par le juge français si celui-ci est requis de se prononcer sur sa validité.

<sup>357</sup> QUINONES ESCAMEZ (A.) « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples », *RCDIP*, 2007, p. 357. V. dans le même sens, ROMANO (G. P.), « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457s. Le for est ici entendu largement comme l'ordre juridique de référence et ne renvoi donc pas qu'au juge saisi mais également à l'autorité saisie de la création de l'union conjugale.

<sup>358</sup> Sur la détermination proposée de la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer un mariage, cf. *infra* n°513s.

de démontrer que c'est l'objectif conflictuel de localisation abstraite du rapport de droit qui semble lui-même inadapté à l'exigence de continuité des unions conjugales que le respect des droits de l'Homme paraît désormais imposer.

## SECTION II : L'INADEQUATION DE L'OBJECTIF CONFLICTUEL A L'EXIGENCE DE CONTINUTE INTERNATIONALE DES UNIONS CONJUGALES

177. Selon la méthode conflictuelle classique, la validité d'une situation constituée à l'étranger dépend de sa conformité à la règle de conflit de lois du for. La localisation abstraite du rapport de droit poursuivi par la méthode savignienne peut donc « aboutir à la négation d'une situation qui s'est constituée valablement à l'étranger »<sup>359</sup>, c'est-à-dire en application des règles de l'Etat de constitution. Ainsi, un mariage valablement célébré à l'étranger ou un partenariat valablement enregistré à l'étranger peut ne pas être reconnu dans l'Etat requis si la loi désignée par la règle de conflit de lois de cet Etat n'admet pas leur validité. Partant, l'objectif conflictuel de localisation abstraite du rapport de droit ne parvient pas toujours à garantir l'harmonie internationale des solutions et la préservation des droits acquis à l'étranger.

178. Or, l'influence grandissante des droits de l'Homme et le développement des libertés européennes de circulation imposent désormais aux Etats de respecter l'intégrité du rapport juridique constitué à l'étranger en cas de circulation des individus qui en sont bénéficiaires. Autrement dit, les Etats doivent veiller à ce que l'application de leurs règles de droit international privé ne trouble pas la stabilité des situations qu'elles entendent régler<sup>360</sup>. On assiste ainsi à un phagocytage de la logique conflictuelle par les droits de l'Homme et les libertés de circulation, cette action pouvant être définie comme le fait de « détruire progressivement quelque chose en les privant de toute autonomie, en s'en rendant maître de l'intérieur »<sup>361</sup>. Dès lors, bien plus qu'un simple objectif d'harmonie internationale des solutions par le biais d'une localisation abstraite du rapport de droit, il semble désormais peser sur les Etats une véritable obligation de respecter le rapport juridique constitué à l'étranger. Or, droit et obligation ne sont que les deux faces d'une même pièce qui, pour reprendre la formule de Virally, « naissent et meurent ensemble ». De l'obligation étatique de

---

<sup>359</sup> LAGARDE (P.) et GOTHOT (P.), « Conflit de lois (principes généraux) », *Rep. droit international*, Dalloz, 2006, n°3.

<sup>360</sup> V. CORNELOUP (S.), « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'Homme », *JEDH*, 2013, n°3, p. 381s., spéc. p. 383 : « la réserve d'ordre public peut être interprétée comme le point de pénétration des droits fondamentaux dans le droit international privé, conduisant à déclencher l'intervention de l'ordre public chaque fois qu'une atteinte est portée aux droits fondamentaux par l'application d'un droit étranger ».

<sup>361</sup> Selon la définition du dictionnaire *Larousse*.

respecter l'intégrité du rapport juridique préalablement constitué pourrait alors découler un droit subjectif à la continuité dudit rapport juridique.

**179.** Le respect des droits de l'Homme et des libertés européennes de circulation fait donc peser sur les Etats une obligation de respecter l'intégrité du statut conjugal préalablement acquis (**I**) et laisse ainsi apparaître un droit subjectif à la continuité du statut conjugal dont les individus sont porteurs (**II**).

### **I. L'obligation étatique de respect de l'intégrité du statut conjugal**

**180.** Une union conjugale constituée à l'étranger peut ne pas être reconnue dans le for pour deux raisons : soit que la loi désignée par la règle de conflit du for n'admet pas sa validité ; soit que l'ordre public international du for s'y oppose. Or, le respect des droits de l'Homme et des libertés européennes de circulation garanti par les cours de Strasbourg et Luxembourg semble désormais imposer aux Etats de respecter l'intégrité de l'union conjugale en contrôlant les conséquences de l'application de leurs règles de conflit de lois (**A**) ainsi que celles du déclenchement de leur ordre public international (**B**).

#### **A. L'encadrement supranational des règles de conflit de lois**

**181.** Malgré leur impossible neutralité et leur coloration matérielle de plus en plus importante, les règles de conflit de lois ne sont pas des règles de droit substantielles. Il ne s'agit donc pas, pour les cours européennes, de contrôler leur contenu même mais d'encadrer les conséquences concrètes de leur application<sup>362</sup>. En effet, tant la Cour européenne des droits de l'Homme que la Cour de Justice de l'Union européenne veillent à ce que l'application des règles de conflit de lois des Etats européens ne soit pas contraire au respect des droits de l'Homme et aux libertés de circulation. Or, le refus de reconnaissance d'un rapport juridique constitué à l'étranger – tel qu'une union conjugale – par l'application des règles de conflit du

---

<sup>362</sup> V. MARCHADIER (F.), *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2007, spéc. p. 292s.

for peut être contraire au droit au respect de la vie privée et familiale et aux libertés de circulation des citoyens européens.

**182.** La Cour européenne des droits de l'Homme a eu à contrôler la compatibilité de l'application des règles de conflit de lois d'un Etat membre avec les dispositions de la convention dans l'affaire *Wagner*<sup>363</sup>. En l'espèce, une mère célibataire de nationalité luxembourgeoise a obtenu un jugement péruvien prononçant l'adoption plénière d'un enfant au Pérou. Le législateur luxembourgeois avait mis en place une reconnaissance de plein droit des jugements d'adoption rendus à l'étranger au profit des personnes célibataires. Cependant, la transcription automatique de tels jugements sur les registres d'état civil luxembourgeois a été abrogée antérieurement à la demande de la requérante. Aussi, la requérante dut demander l'*exequatur* du jugement d'adoption péruvien. Toutefois, les juridictions luxembourgeoises ont refusé de conférer l'*exequatur* à cette décision au motif que le juge péruvien n'avait pas appliqué la loi normalement applicable<sup>364</sup>. 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 n'étant pas mariée, le jugement d'adoption rendu à l'étranger n'a pu recevoir force exécutoire au Luxembourg. Celle-ci a alors invoqué une violation du droit au respect de sa vie privée et familiale.

**183.** Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg estime que s'il « n'apparaît pas déraisonnable que les autorités luxembourgeoises fassent preuve de prudence lorsqu'elles vérifient si l'adoption a été rendue en conformité avec les règles luxembourgeoises de conflit de lois »<sup>365</sup>, elle relève qu'en l'espèce, « les autorités nationales ont refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière »<sup>366</sup>. Elle a alors considéré que le refus

---

<sup>363</sup> Cour EDH, *Wagner et J.M.LW. c/ Luxembourg*, 28 juin 2007 (n° 76240/01) ; note MARGUENAUD (J.-P.), *RTD Civ.*, 2007, p. 738s. ; note MARCHADIER (F.), *D.* 2007, p. 2700s. *GACEDH*, p. 565s.

<sup>364</sup> Le contrôle de la loi appliquée – et, partant, le respect de la règle de conflit de lois du for – était alors une condition luxembourgeoise de régularité internationale des jugements étrangers, à l'instar de la solution retenue en droit international privé français jusqu'à l'arrêt *Cornelissen* du 20 février 2007.

<sup>365</sup> Cour EDH, *Wagner et J.M.LW. c/ Luxembourg*, 28 juin 2007, (n° 76240/01), spéc. §126.

<sup>366</sup> Cour EDH, *Wagner et J.M.LW. c/ Luxembourg*, 28 juin 2007, (n° 76240/01), spéc. §133.

d'*exequatur* de ladite décision, pour contrariété avec la loi normalement applicable selon les règles de conflit luxembourgeoises, constituait une violation du droit au respect de la vie familiale<sup>367</sup>. Selon les juges européens, la vie familiale constituée à l'étranger – au Pérou – est opposable dans l'ordre juridique du for – le Luxembourg – malgré le refus d'*exequatur* du jugement péruvien. La Cour considère que la vie familiale, au sens de l'article 8, est née du statut juridique acquis à l'étranger et estime que l'absence de reconnaissance d'une situation valablement créée à l'étranger est constitutive d'une atteinte à la vie familiale des requérants. Pour ce faire, les juges européens se fondent sur l'espérance légitime de la requérante de voir sa situation reconnue – trompée en l'occurrence par la brusque interruption de la pratique de la transcription automatique des jugements étrangers d'adoption – et sur la notion centrale du droit interne, européen et international de la famille que constitue l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>368</sup>.

**184.** Cette affaire met ainsi en lumière la volonté des juges européens de favoriser la continuité des relations privées internationales<sup>369</sup>. La Cour fait prévaloir le respect des droits fondamentaux et la réalité sociale de la situation sur les règles de droit international privé du for<sup>370</sup>. Dans la continuité de cette décision, la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait imposer aux Etats parties au Conseil de l'Europe, au nom du droit au respect de la vie privée et familiale, la reconnaissance des unions conjugales constituées à l'étranger afin de garantir la continuité du statut juridique préalablement acquis<sup>371</sup>.

**185.** La Cour de Justice de l'Union européenne a, pour sa part, été amenée à contrôler la compatibilité de l'application des règles de conflit de lois d'un Etat membre avec le droit de l'Union européenne dans l'affaire *Garcia Avello*<sup>372</sup>. En l'espèce, un homme

---

<sup>367</sup> La Cour avait déjà estimé dans l'affaire CEDH, *Hussin c/ Belgique*, 6 mai 2004 (n° 70807/01) que le refus des tribunaux belges d'accorder l'*exequatur* à un jugement allemand ayant constaté la filiation naturelle de la requérante et condamné le père à lui verser une pension alimentaire a constitué une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des requérantes. Elle a toutefois déclaré la requête irrecevable au motif que les requérantes ne s'étaient pas adressées aux juridictions compétentes.

<sup>368</sup> V. KESSLER (G.), « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. Famille*, n° 7, juillet 2005, étude 16.

<sup>369</sup> V. en ce sens MARCHADIER (F.), « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.* 2007, p. 2700s.

<sup>370</sup> V. en ce sens BARATTA (R.), « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, vol. 348, 2010, p. 406s.

<sup>371</sup> Cf. *infra* n°331s. sur l'effectivité d'une telle reconnaissance.

<sup>372</sup> CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, Aff. C-148/02 ; note LAGARDE (P.), *RCDIP*, 2004, p. 192s ; note

espagnol marié en Belgique et père de deux enfants belgo-espagnols inscrits seulement sous son nom, conformément à la loi belge, s'est vu refuser une demande de modification de l'état civil visant à inscrire ses enfants sous son nom et celui de leur mère, conformément à la loi espagnole. En effet, selon les règles de droit international privé belge, lorsqu'un ressortissant belge possède une autre nationalité, il convient de faire prévaloir la nationalité belge – laquelle n'admet que l'attribution du nom du père – sur la nationalité étrangère qui admettrait l'attribution du nom des deux parents. Il s'agit là d'une règle classique applicable aux conflits positifs de nationalités notamment codifiée à l'article 3 de la convention de La Haye du 12 avril 1930. La nationalité la plus effective n'est, elle, prise en compte que dans le cas où l'individu binational ne possède pas la nationalité du for<sup>373</sup>.

**186.** La Cour de Justice rappelle dans cette affaire que si l'état civil et l'attribution du nom relèvent de la compétence des Etats, ces derniers doivent exercer leurs compétences dans le respect des règles de l'Union. Autrement dit, si l'exercice des compétences des Etats membres est susceptible de constituer une entrave aux libertés de circulation, la situation ne peut plus être considérée comme étant purement interne et, partant, le droit européen a vocation à s'appliquer. De façon particulièrement audacieuse, la CJCE a considéré que les enfants Garcia Avello avaient exercé leur liberté de circulation par le simple fait d'être binationaux. Or, elle a estimé que l'application de la loi belge relative au nom, applicable selon les règles belges de conflit de lois en cas de plurinationalité, constituait une entrave aux libertés de circulation au motif qu'elle entraîne pour les intéressés de nombreux inconvénients tant d'ordre professionnel que personnel résultant de la diversité des noms de famille attribués. La Cour est ainsi passée outre les règles de droit international privé applicables en matière de plurinationalité en considérant qu'il « n'appartient pas à un Etat membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre Etat membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité »<sup>374</sup>.

---

HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2004, p. 62s.

<sup>373</sup> Précisons qu'en l'espèce, la nationalité belge était pour les intéressés tant la nationalité du for que la nationalité la plus effective.

<sup>374</sup> CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, Aff. C-148/02, §28.

**187.** Comme le relève le Professeur Lagarde, la Cour rejette par cet arrêt les règles normalement applicables aux conflits positifs de nationalités pour retenir « une approche purement fonctionnelle du conflit de nationalités » qui fait prévaloir « la nationalité de l'État membre qui permet à l'intéressé de prétendre au bénéfice des libertés fondamentales garanties par le Traité »<sup>375</sup>. Si cette approche est fonctionnelle en ce qu'elle permet d'éviter toute entrave aux libertés de circulation, elle est également très libérale en ce qu'elle permet finalement aux binationaux de choisir la loi applicable à la dévolution de leur nom patronymique. Elle impose ainsi à l'Etat belge la reconnaissance du nom patronymique qui aurait été attribué selon les dispositions de la loi espagnole invoquée par les requérants. La Cour semble avoir suivi l'avocat général lorsque celui-ci a considéré que « si la réglementation de ces questions est en principe du ressort des Etats membres, qui doivent se conformer à toutes les dispositions applicables régissant les aspects du droit international privé, [ils ne peuvent] toutefois pas agir d'une manière qui serait incompatible avec leurs obligations en vertu du droit communautaire »<sup>376</sup>. Autrement dit, « la problématique des libertés fondamentales subvertit celle des conflits de nationalités, quelle que soit la solution retenue pour ces derniers, comme elle l'emporte aussi sur celle des conflits de lois »<sup>377</sup>.

**188.** Tant la Cour européenne des droits de l'Homme que la Cour de justice de l'Union européenne imposent donc aux Etats de veiller, lorsqu'ils appliquent leurs règles de conflit de lois, à ne pas contrevenir au droit au respect de la vie privée et familiale des intéressés, à la réalité sociale de leur situation ainsi que, pour les citoyens européens, à leurs libertés de circulation qui impliquent la libre circulation de leur statut juridique. Dans ces conditions, l'encadrement des règles de conflit de lois par les droits européens pourrait conduire à imposer aux Etats une obligation de respecter l'intégrité du statut conjugal acquis à l'étranger, ce que la méthode conflictuelle ne permet pas toujours d'assurer. Toutefois, même lorsque l'application des règles de conflit de lois du for permet la reconnaissance d'une union conjugale étrangère, les Etats peuvent toujours invoquer la contrariété d'une telle union avec leur ordre public international afin de ne pas la reconnaître. Mais les cours européennes semblent également contrôler la compatibilité du déclenchement de l'exception d'ordre public international avec les dispositions de la convention européenne des droits de l'Homme et les

---

<sup>375</sup> LAGARDE (P.), « Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité », *RCDIP*, 2004, p.192.

<sup>376</sup> V. les conclusions de l'Avocat général M. JACOBS présentées le 22 mai 2003, spéc. §57.

<sup>377</sup> LAGARDE (P.), « Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité », *RCDIP*, 2004, p.192.



libertés de circulation de l'Union européenne.

## **B. L'encadrement supranational de l'ordre public international**

**189.** Garant de la protection des intérêts du for, le mécanisme de l'ordre public international n'en est pas moins contrôlé par les cours européennes. En effet, la Cour de Justice de l'Union européenne considère, selon une jurisprudence désormais constante, que si les Etats membres « restent libres de déterminer, conformément à leurs conceptions nationales, le contenu et les exigences de leur ordre public, il lui appartient de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat membre peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'un autre Etat membre »<sup>378</sup>. De même, si la Cour EDH « s'interdit de définir elle-même les politiques nationales fondamentales, [elle] contrôle, lorsque l'Etat cherche à préserver ses valeurs essentielles à l'encontre d'une norme étrangère qui y porte atteinte, que le résultat ne soit pas contraire aux exigences de la CEDH, ce qui revient à priver le cas échéant l'Etat de la possibilité d'imposer le respect de ses valeurs fondamentales »<sup>379</sup>.

**190.** Dans l'affaire *Négrépontis*<sup>380</sup>, la Cour EDH a condamné un Etat partie pour avoir refusé de reconnaître un jugement étranger d'adoption au motif de sa non-conformité à l'ordre public international du for. En l'espèce, un moine grec avait adopté son neveu américain aux Etats-Unis. Suite au décès de son père adoptif, le requérant demanda la reconnaissance du jugement d'adoption afin de bénéficier des droits successoraux. Les juridictions grecques estimèrent qu'un « jugement étranger prononçant une adoption par un moine orthodoxe se heurte à l'ordre public international grec [...] d'après les conceptions religieuses et morales de l'Eglise orthodoxe orientale du Christ ». La Cour a alors réalisé un contrôle de conformité du jugement étranger avec l'ordre public international grec en estimant que les motifs invoqués sont trop anciens et trop religieux pour justifier un refus de reconnaissance du jugement américain. La Cour note que l'adoption litigieuse a duré vingt-

---

<sup>378</sup> V. notamment les arrêts *Renault* (11 Mai 2000, aff. C-38/98), *Apostolides* (28 avril 2009, aff. C-420/07), *Krombach* (28 mars 2000, aff. C-7/98) et *FlyLal Lithuanian Airlines* (23 octobre 2014, aff. C-302/13).

<sup>379</sup> CORNELOUP (S.), « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'Homme », *JEDH*, 2013, n°3, p. 394.

<sup>380</sup> Cour EDH, *Négrépontis-Giannisis c/ Grèce*, 3 mai 2011 (n° 56759/08) ; note KINSCH (P.), *RCDIP*, 2011, p. 817s. ; *GACEDH*, p. 565s.

quatre ans et que les parties n'ont pas fourni d'éléments tendant à démontrer que la réalité des liens entre le requérant et son père adoptif ait été mise en cause avant que la question de la succession ne se soit posée. Il y a donc là un contrôle de l'application du mécanisme d'exception d'ordre public international par un Etat partie à la convention EDH.

**191.** On assiste ainsi à l'émergence d'un ordre public supranational prévalant sur l'ordre public dit « international » des Etats parties<sup>381</sup>. Or, l'internationalisation de l'ordre public international vise la protection des intérêts individuels et non plus celle des intérêts étatiques. Le respect des droits de l'Homme, dont la vocation est universelle<sup>382</sup>, vise donc à rétablir un certain équilibre entre la protection des intérêts privés et publics<sup>383</sup>. L'ordre public supranational se trouve ainsi placé dans une position hiérarchiquement supérieure à l'ordre public international et peut s'opposer à l'invocation de ce dernier. L'émergence de cet ordre public supranational tend dès lors à consacrer un droit à la reconnaissance du rapport juridique étranger sur le fondement de la protection de la vie privée et familiale et de l'espérance légitime des parties à voir leur situation légalement constituée à l'étranger reconnue dans le for. L'obligation de protéger les rapports familiaux impose donc désormais « un aménagement des conditions d'efficacité internationale des décisions et actes de droit familial afin de permettre à la vie familiale de se développer à travers les frontières nationales »<sup>384</sup>.

**192.** La Cour européenne des droits de l'Homme semble avoir confirmé cette analyse dans l'affaire *Menesson*<sup>385</sup>. En l'espèce, un couple de Français a eu recours à une mère porteuse aux Etats-Unis, qui a donné naissance à des jumelles. Cependant, les autorités françaises refusèrent la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français. Par un arrêt du 6 avril 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé qu'est « justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution

---

<sup>381</sup> V. en ce sens KINSCH (P.), « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la convention européenne des droits de l'Homme », *RCDIP* 2011, p. 817s.

<sup>382</sup> V. LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), « La déclaration universelle des droits de l'Homme et le droit international privé français », in *Études offertes à Georges Ripert : Le droit privé français au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle*, 1950, p. 255s.

<sup>383</sup> V. KINSCH (P.), « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, vol. 318, 2005.

<sup>384</sup> BUCHER (A.), « La famille en droit international privé », *RCADI*, vol. 243, 2000, p. 101.

<sup>385</sup> Cour EDH, *Menesson c/ France*, 26 juin 2014 (n° 65192/11), note D'AVOUT (L.), *D.* 2014, p. 1806s. ; CHENEDE (F.), *D.*, 2014, p. 1797s.

d'une décision étrangère contraire à l'ordre public international français lorsque cette décision comporte des éléments qui heurtent les principes essentiels du droit français »<sup>386</sup>. A l'inverse, les juges européens ont considéré, à l'unanimité, que le refus de reconnaissance du rapport juridique étranger pour contrariété à l'ordre public international français constituait une violation du droit au respect de la vie privée des requérants. La Cour a d'abord constaté que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention se traduisait par le recours à l'exception d'ordre public international<sup>387</sup>. Elle a ensuite estimé que si « elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle, il lui faut néanmoins vérifier si, en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale »<sup>388</sup>. La Cour considère à ce titre que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut son lien de filiation. Or, « le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer que les requérantes ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants [de leurs parents d'intention], leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française »<sup>389</sup> et, partant, viole

---

<sup>386</sup> La Cour de cassation a rappelé qu'en « l'état actuel du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fut-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 », reprenant ainsi sa jurisprudence *Alma Mater* et son un arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991 selon lequel « la convention par laquelle une femme s'engage, fut-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 ».

<sup>387</sup> Il se traduit désormais, en droit international privé français, par le mécanisme de la fraude à la loi. En effet, la Cour de Cassation a considéré, dans deux arrêts de la première chambre civile du 13 septembre 2013 (n° 12-30.138 ; note GALLMEISTER (I.), *D.*, 2013, p. 2382s. ; note FULCHIRON (H.) et BIDAUD-GARON (C.), *D.*, 2013, p. 2349s. ; note HAUSER (H.), *RTD Civ.*, 2013, p. 816s. ; note FABRE-MAGNAN (M.), *D.* 2013, p. 2384s.) et du 19 mars 2014 (n°13-50.005 ; note BOLLEE (S.), *RCDIP*, 2014, p. 619s ; note FULCHIRON (H.) et BIDAUD-GARON (C.), *D.*, 2014, p. 905s. ; note GAUDEMET-TALLON (H.) et JAULT-SESEKE (F.), *D.*, 2014, p. 1059s. ; note CHENEDE (F.), *AJ Famille*, 2014, p. 244s. ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2014, p. 330s.) « qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger 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 ». Selon elle, « en présence de cette fraude, ni les dispositions de la convention internationale des droits de l'enfant, ni celles de la convention EDH ne sauraient être utilement invoquées ». Il n'est toutefois pas certain que la fraude corrompt tout, jusqu'au respect des droits fondamentaux !

<sup>388</sup> Cour EDH, *Mennesson c/ France*, 26 juin 2014 (n° 65192/11), §84.

<sup>389</sup> *Ibidem*, §96.

l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme.

**193.** Dans cette affaire, la Cour a condamné la France du seul chef de l'atteinte à la vie privée des enfants et non à la vie familiale des parents. L'impossibilité pour les parents, auteurs d'un comportement frauduleux, d'invoquer leur parenté, semble donc constituer une sanction admissible, une ingérence proportionnée et légitime dans leur vie familiale<sup>390</sup>. La condamnation partielle de la France ne signifie pas que seul l'intérêt supérieur de l'enfant constitue le fondement du contrôle des conséquences du déclenchement de l'ordre public international par les Etats parties sur la continuité de la situation juridique<sup>391</sup>. Elle signifie plutôt qu'un tel contrôle ne pourrait bénéficier qu'aux individus s'étant abstenus de tout comportement frauduleux ou illicite. Autrement dit, la création artificielle ou frauduleuse d'une situation à l'étranger ne devrait pas relever de la protection de la convention, « il faut vérifier la légitimité des attentes quant à la stabilité de la situation, et elle sera absente dans ces cas-là »<sup>392</sup>.

**194.** La Cour européenne des droits de l'Homme pourrait donc considérer que le déclenchement de l'ordre public international à l'encontre d'une union conjugale constituée, sans fraude, à l'étranger, et dont la reconnaissance est demandée par les membres du couple dans le for, n'est pas conforme à la convention éponyme. En effet, le refus de reconnaître une telle union irait à l'encontre du droit au respect de la vie privée des membres du couple ; leur statut conjugal participant indiscutablement de leur identité personnelle. La vocation universelle des droits fondamentaux pourrait donc s'opposer, dans une certaine mesure, aux particularismes étatiques de telle sorte que l'utilisation du mécanisme de l'ordre public

---

<sup>390</sup> V. D'AVOUT (L.), « La 'reconnaissance' de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Menesson* et *Labassée* », *D.*, 2014, p. 1806s. Tirant les conséquences de cet arrêt, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par deux arrêts en date du 3 juillet 2015 (14.21-323 et 15-50-002 ; note FULCHIRON (H.) et BIDAUD-GARON (C.), *D.* 2015, p. 1819s. ; note GOUTTENOIRE (A.), *JCP G*, 2015, 965. ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2015, p. 581s.), a estimé contraire à l'article 8 de la Convention EDH, le refus de transcription à l'état civil français, l'acte de naissance étranger d'un enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger dont l'un des parents est Français sur le fondement de la seule existence d'une convention de gestation pour autrui, à partir du moment où l'acte étranger mentionne en qualité de père et mère les parents biologiques de l'enfant.

<sup>391</sup> V. également l'arrêt *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, 27 janvier 2015 (n°25358/12) dans lequel la Cour EDH a estimé que l'intérêt supérieur d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger aurait dû primer dans les décisions des autorités italiennes d'éloignement de l'enfant malgré l'absence de tout lien biologique et la brièveté de la période pendant laquelle les requérants se sont occupés de lui.

<sup>392</sup> KINSCH (P.), « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 50.

international ne soit plus à l'entière discrétion des Etats. Ce mouvement d'internationalisation des droits – marquant le passage d'une logique encore largement stato-centrée à une logique anthropo-centrée – se traduit par un contrôle supranational de l'ordre public international qui tend à imposer aux Etats une obligation de respecter l'intégrité du statut juridique valablement créé à l'étranger.

**195.** La méthode conflictuelle classique n'est pas indifférente à l'exigence de continuité internationale des unions conjugales qu'un tel contrôle supranational est désormais en mesure d'imposer. Toutefois, elle n'en fait qu'une obligation de moyen – à travers l'objectif d'harmonie internationale des solutions recherchée par la localisation abstraite du rapport de droit – alors que les droits de l'Homme en font une obligation de résultat – à travers la protection du droit au respect de la vie privée et familiale<sup>393</sup>. Dès lors, la nature de cette obligation, dont sont désormais débiteurs les Etats, semble faire émerger un véritable droit subjectif à la continuité de l'union conjugale au profit des individus. Autrement dit, chaque individu serait créancier d'un droit à voir son statut conjugal valablement créé à l'étranger reconnu dans le for.

## **II. L'émergence d'un droit subjectif à la continuité du statut conjugal**

**196.** L'émergence d'un droit subjectif à la continuité du statut conjugal se caractérise, en droit international privé contemporain, par une progressive neutralisation du phénomène de la frontière (*A*) qui semble désormais imposer une coordination concrète, et non plus abstraite, des ordres juridiques nationaux (*B*).

### **A. La progressive neutralisation du phénomène de la frontière**

**197.** Le phénomène de la frontière, selon l'expression de Niboyet<sup>394</sup>, est indéniablement lié à la coexistence des ordres juridiques nationaux, si bien que l'on peut

---

<sup>393</sup> V. en ce sens KOHLER (C.), « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *RCADI*, vol. 359, 2013, p 401.

<sup>394</sup> NIBOYET (J.-P.), *Cours de droit international privé*, Sirey, 1946, n°12, p. 22.

considérer que les règles de droit international privé « appréhendent toutes, sous un angle ou un autre, les effets sur les relations privées du phénomène de la frontière »<sup>395</sup>. La mondialisation tend cependant à brouiller le concept de frontière par l'intégration des Etats dans l'ordre juridique international. La mondialisation se caractérise en effet par « l'élargissement de l'aire géographique des échanges de biens et services mais aussi l'augmentation de leur volume »<sup>396</sup> et constitue une « internationalisation croissante du monde »<sup>397</sup>. Or, la mondialisation des échanges internationaux est à la fois cause et conséquence de l'internationalisation des vies de chacun. On assiste ainsi à une multiplication des unions de personnes de nationalités différentes et à des déplacements des couples d'un bout à l'autre de la planète<sup>398</sup>. Comme l'avait déjà suggéré le Doyen Batiffol en son temps, le droit international privé doit donc tenir compte du fait qu'une personne n'a pas une « situation permanente dans l'espace »<sup>399</sup>. Mais, l'accroissement exponentiel des déplacements internationaux a modifié la logique conflictuelle classique. En effet, « dans la perspective savignienne d'un règlement de conflit de lois fondé sur la localisation du rapport de droit, l'exigence d'un lien suffisant est apparemment vaine parce que redondante. Pourtant cette exigence est parvenue à acquérir une autonomie par rapport au principe de localisation »<sup>400</sup>. La localisation du rapport de droit n'est donc désormais qu'une présomption de proximité que l'internationalisation des relations privées internationales rend très souvent réfragable. Plus encore, la mondialisation nécessite de prendre en compte « la dimension potentiellement internationale de chaque individu »<sup>401</sup> en ce que « l'homme est un animal social mais il est aussi un être doué de mobilité sociale [...], la faculté originelle que possède l'homme d'entretenir commerce avec les membres des autres nations est un élément de sa liberté »<sup>402</sup>. C'est ainsi que le Professeur Guillaumé a pu considérer que « ce qui n'a longtemps constitué

---

<sup>395</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2011, n°3, p. 24.

<sup>396</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°15, p. 34.

<sup>397</sup> GAUDEMET –TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, vol. 312, 2005, p. 28.

<sup>398</sup> *Ibidem*, p. 26. Tirant les conséquences du phénomène de la mondialisation, certains auteurs ont dégagé le concept post-moderne d'expatrie visant les individus non juridiquement dépourvus de nationalité mais dont la vie est tellement cosmopolite et nomade, qu'ils ne peuvent se rattacher à une communauté nationale déterminée.

<sup>399</sup> BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz, 2002, p. 13.

<sup>400</sup> ANCEL (B.), *Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictuel*, in *Cursos de derecho internacional de Vittoria Gastiez*, 2005, p. 355. V. également LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986.

<sup>401</sup> GUILLAUME (J.) *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2011, p. 291.

<sup>402</sup> ANCEL (B.), « Droit international privé », in *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. ALLAND D. et RIALS S.), PUF, 2003, p. 492.

qu'une simple faculté de circuler et de nouer des rapports juridiques transfrontières est aujourd'hui devenu un véritable droit à la mobilité internationale »<sup>403</sup>.

**198.** Or, la reconnaissance d'un tel droit à la mobilité internationale des individus implique la reconnaissance des statuts juridiques dont ils sont porteurs afin que leur situation personnelle et familiale ne soit pas remise en question à chaque franchissement de frontière. On peut en effet se demander « pourquoi la personne n'aurait pas un droit à ne pas devoir subir une situation boiteuse, dont on sait à quel point elle est gênante pour la personne concernée, et indéfendable en tant qu'objectif des règles de droit international privé, qui l'acceptent, comme un défaut irréparable du système pourtant conçu pour parvenir à l'harmonie des solutions »<sup>404</sup>. La mobilité internationale croissante des individus et l'influence grandissante des droits de l'Homme ont ainsi résolument modifié la conception contemporaine du droit international privé de sorte que le phénomène de la frontière est progressivement neutralisé au nom de la continuité des situations privées internationales<sup>405</sup>. En effet, si la libre circulation des personnes n'est assurée de manière effective qu'au sein de l'espace régional intégré que constitue l'Union européenne, la mondialisation des échanges et des personnes implique également une mondialisation des valeurs et des droits fondamentaux. Or, le droit à la continuité des situations privées n'a pas vocation à n'être défendu qu'au niveau européen. Il porte une ambition planétaire. Dès lors, les individus devraient, sous certaines conditions que nous développerons<sup>406</sup>, être créanciers d'un droit subjectif à la continuité de leur statut conjugal, et ce, même en dehors des frontières européennes. L'application des règles de droit international privé ne devrait pas les priver du droit de circuler en toute sécurité entre les différents pays, c'est-à-dire sans encourir le risque que leur union conjugale ne soit pas reconnue en dehors des frontières nationales<sup>407</sup>.

---

<sup>403</sup> GUILLAUME (J.) *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2011, p. 291.

<sup>404</sup> BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009, n°67, p. 150.

<sup>405</sup> V. en ce sens GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°14, p. 33.

<sup>406</sup> Sur les limites à l'application de la loi de l'autorité à la validité des unions conjugales formelles, *cf. infra*, n°550.

<sup>407</sup> GUILLAUME (J.) *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2011, p. 296.

**199.** La méthode conflictuelle, par son objectif de localisation abstraite du rapport, n'est donc pas toujours adaptée à l'exigence de continuité internationale des situations privées. L'harmonie internationale des solutions qu'elle entend établir ne parvient en effet pas toujours à « assurer la permanence du statut de l'individu »<sup>408</sup>. Cela s'explique par le fait que la vision traditionnelle envisage cette permanence de façon abstraite. Il nous semble pourtant qu'à une époque de grande mobilité des personnes, la permanence du statut de l'individu devrait être considérée de manière plus concrète<sup>409</sup>. La neutralisation du phénomène de la frontière rend en effet nécessaire le passage d'un objectif de permanence abstraite de la loi applicable au statut conjugal à un objectif de permanence concrète du statut conjugal lui-même. Partant, elle impose de passer d'une coordination abstraite à une coordination concrète des ordres juridiques nationaux.

## **B. La nécessité d'une coordination concrète des ordres juridiques nationaux**

**200.** A travers la réglementation des situations privées internationales, le droit international vise indirectement la coordination des ordres juridiques nationaux<sup>410</sup>. En effet, « les règles de conflit de lois, loin de traiter les systèmes existants comme des entités fermées et étrangères les unes aux autres, ont pour mission d'organiser leur coexistence et très précisément de les faire vivre en commun »<sup>411</sup>. La coordination peut ainsi être définie comme « l'ensemble des démarches qui, tenant compte de la diversité des systèmes juridiques sur le plan interne comme international et des difficultés qui en résultent dans les relations privées, tendent à en atténuer les effets, pareille atténuation apparaissant comme la fin première du droit international privé »<sup>412</sup>.

**201.** Toutefois, l'une des raisons de la complexité du droit international privé réside dans le fait que la logique conflictuelle « se construit davantage sur l'hypothèse de l'affrontement que sur la coordination, contribuant plutôt à la mise en exergue des conflits

---

<sup>408</sup> V. BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009, n°67, p. 152.

<sup>409</sup> V. en ce sens LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 491.

<sup>410</sup> V. STRIKI (S.), *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, thèse, Paris I, 2013.

<sup>411</sup> BATIFFOL (H.), « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », *RCADI*, vol. 20, 1967, p. 173.

<sup>412</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 269.



qu'à leur solution »<sup>413</sup>. En effet, la question à résoudre est davantage de savoir quelle loi choisir entre plusieurs ordres juridiques en conflit que de savoir comment éviter que ces ordres juridiques n'entrent en conflit. La logique conflictuelle appréhende donc la question sous l'angle de la concurrence virtuelle de normes abstraites et non pas sous celui de la mise en œuvre concrète des normes à une situation juridique dont on doit assurer la continuité internationale. Autrement dit, la coordination des ordres juridiques nationaux que vise la méthode conflictuelle classique de résolution des conflits de lois est une coordination abstraite et non concrète. La règle de conflit de lois fondée sur le modèle savignien est abstraite en ce qu'elle tend à désigner l'ordre juridique auquel, selon les conceptions du for, cette relation se rattache de la façon la plus significative sans prendre en compte le résultat concret de l'application de la loi désignée à la situation litigieuse.

**202.** La nature de la coordination poursuivie par le droit international privé dépend de la question posée au for. S'il s'agit de résoudre un conflit de lois, la coordination est, en principe, abstraite<sup>414</sup>. Au contraire, s'il s'agit de savoir quels effets reconnaître à une décision de justice étrangère, les règles de compétence indirecte organisent une coordination concrète entre le système du for et celui de l'Etat dont émane la décision puisque les individus en cause sont désormais destinataires d'une norme individuelle et concrète<sup>415</sup>. Comme l'explique le Professeur Mayer, « lorsque la règle de conflit de lois désigne un certain ordre juridique étranger, elle attribue une relevance à son point de vue abstrait, exprimé dans certaines de ses règles, à l'exclusion de son point de vue concret. [Le for] n'attribue une relevance au point de vue concret d'un ordre juridique étranger que lorsque celui-ci a consacré ce point de vue dans un jugement »<sup>416</sup>. La permanence du statut personnel que vise l'harmonie internationale des solutions est donc appréhendée différemment selon qu'il s'agit de résoudre un conflit de lois ou d'accueillir un jugement étranger.

---

<sup>413</sup> MUIR-WATT (H.), « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation », *Archives de philosophie du droit*, 2001, n°45 p. 280.

<sup>414</sup> Le mécanisme de l'adaptation vise toutefois, malgré ses rares applications pratiques, une coordination concrète des systèmes juridiques.

<sup>415</sup> V. BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 233-1, p. 266.

<sup>416</sup> MAYER (P.), « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2007 ; p. 363.

**203.** Cette dichotomie provient de la différence des méthodes employées pour répondre à l'une ou l'autre de ces questions. La méthode conflictuelle classique, développée en considération d'une certaine communauté de droit entre les Etats – particulièrement en Europe sous l'influence du droit romain et du christianisme – vise à trouver la loi applicable à un rapport de droit en fonction de sa nature. Cette méthode n'avait donc pas vocation à s'appliquer à des institutions inconnues du for, celles-ci constituant des exceptions face auxquelles l'application des règles de conflit de lois pouvait engendrer la création de situations boiteuses. Or, la diversification des formes de conjugalité participe au développement grandissant de ces situations boiteuses alors même que les Etats ont désormais l'obligation de respecter la continuité des relations privées internationales. Il est donc nécessaire de faire de la prévention des situations boiteuses l'un des objectifs principaux de la méthode des conflits de lois. Dans cette perspective, la circulation des situations privées internationales pourrait alors être traitée d'une façon similaire à celle de la circulation des jugements, c'est-à-dire par une coordination concrète des ordres juridiques nationaux présentant un lien avec cette situation<sup>417</sup>.

**204.** Le Professeur Paulo Picone a proposé une méthode de coordination concrète des ordres juridiques nationaux visant à « prévenir le conflit entre deux ou plusieurs ordres juridiques, produit par l'existence dans l'un seulement de ces ordres d'une situation juridique boiteuse »<sup>418</sup>. Pour ce faire, l'auteur ne se réfère pas à la notion de loi compétente ou applicable, mais à celle d'ordre juridique compétent au motif que « tout ordre juridique, entendu en tant que système normatif unitaire et global, ne s'épuise sûrement pas aux limites de la législation interne, mais il comprend aussi les évaluations qu'on peut tirer des lois étrangères auxquelles il renvoie et qu'il fait valoir en concret ».<sup>419</sup> Contrairement à la méthode conflictuelle classique, cette méthode ne s'intéresse donc pas « aux conflits qui pourraient surgir entre les lois de deux ou plusieurs Etats concernés par le règlement dans l'abstrait d'une question déterminée, mais plutôt aux conflits qui pourraient surgir *in concreto* entre

---

<sup>417</sup> Notre proposition, qui constitue une adaptation de la méthode conflictuelle classique à l'aune des objectifs de la méthode de la reconnaissance par un raisonnement davantage inspiré du conflit d'autorités, visera alors une coordination concrète des ordres juridiques nationaux dans la réglementation internationale des unions conjugales.

<sup>418</sup> PICONE (P.), « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, vol. 276, 1999, p. 137. Pour plus de développements, voir PICONE (P.), « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, vol. 197, 1986.

<sup>419</sup> PICONE (P.), « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, vol. 276, 1999, p. 121.

l'ordre juridique du for et un ou plusieurs ordres juridiques étrangers, au cas où une situation juridique créée ou constituée à l'intérieur d'un de ces ordres [...] ne serait pas susceptible de reconnaissance et/ou de déroulement à l'intérieur d'un autre ou des autres ordres juridiques en cause »<sup>420</sup>. Cette méthode conduit donc l'ordre juridique du for à reconnaître toutes les situations juridiques constituées dans l'ordre juridique étranger pris comme référence. La coordination concrète des ordres juridiques nationaux ainsi employée permet d'assurer une circulation effective de la situation créée dans l'un et appelée à déployer ses effets dans l'autre. En effet, l'examen de la validité de cette situation sera assuré selon le point de vue de l'ordre juridique étranger. Cette méthode de référence à l'ordre juridique compétent, sur laquelle nous reviendrons pour y apporter une analyse critique<sup>421</sup>, a largement influencé l'émergence de la méthode de la reconnaissance unilatérale des situations juridiques internationales qui voudrait pallier les carences de la méthode conflictuelle classique.

**205.** La nécessité d'une coordination concrète des ordres juridiques nationaux, actuellement prise en compte en matière de réception des jugements étrangers, est poursuivie par la méthode de la reconnaissance dont l'application aux unions conjugales est envisageable. Nous démontrerons toutefois qu'il est sans doute possible d'adapter la méthode conflictuelle classique elle-même à l'exigence d'une coordination concrète des ordres juridiques nationaux. Cette adaptation aurait ainsi pour objectif la prévention des situations conjugales boiteuses en garantissant aux individus un droit subjectif à la continuité de leur statut conjugal que la méthode actuelle ne permet pas d'assurer.

---

<sup>420</sup> PICONE (P.), « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, vol. 276, 1999, p. 123.

<sup>421</sup> On peut déjà identifier la difficulté majeure de cette méthode que constitue la détermination de l'ordre juridique à prendre comme référence. Cette méthode serait en effet inefficace si les juges de deux ordres juridiques distincts étaient amenés à identifier différemment l'ordre juridique dont le point de vue devrait être respecté. Cette difficulté a d'ailleurs ressurgi dans le cadre de la méthode de la reconnaissance quant à l'imprécision de l'exigence de la cristallisation de la situation juridique par l'ordre juridique de constitution. V. notamment MAYER (P.), « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2007, spéc. p. 270s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**206.** Il ressort de nos développements que les mécanismes conflictuels ne sont pas pleinement adaptés à la diversification des formes de conjugalité. D'une part, le mécanisme de la qualification *lege fori* souligne l'absence de fongibilité des unions conjugales et constitue un rempart, à l'application parfois équivoque, à leur circulation et à leur réception dans le for. D'autre part, l'utilisation du mécanisme de l'ordre public international et le recours à la méthode des lois de police confèrent au modèle conjugal du for une hégémonie peu respectueuse des formes de conjugalité prévues par les différentes législations nationales.

**207.** Plus encore, l'objectif conflictuel d'harmonie internationale des solutions par la localisation abstraite du rapport de droit n'est pas en mesure de faire face à l'exigence de continuité concrète des relations privées internationales qu'impose le respect des droits de l'Homme et, dans une certaine mesure, des libertés européennes de circulation. En effet, en encadrant les conséquences de l'application des règles de conflit de lois des Etats et du déclenchement de leur ordre public international, les droits européens leur imposent le respect de la continuité concrète des statuts juridiques créés à l'étranger. Les Etats semblent donc débiteurs d'une obligation de respecter l'intégrité du statut conjugal dont les individus sont titulaires. La progressive neutralisation du phénomène de la frontière nécessite alors d'adopter une coordination concrète des ordres juridiques nationaux faisant de la lutte contre les situations boiteuses l'objectif primordial du droit international privé. A ce titre, nous démontrerons qu'une adaptation de la méthode conflictuelle classique doit être envisagée afin de garantir le respect émergent d'un droit subjectif à la continuité du statut conjugal.



## CONCLUSION DU TITRE I

**208.** Ce premier titre a permis de mener une analyse critique de la méthode conflictuelle classique actuellement appliquée aux couples en droit international privé français. Notre objectif était d'établir, de développer et de systématiser les raisons de l'inadaptation de la méthode savignienne face à laquelle une doctrine importante propose de substituer un raisonnement en termes de reconnaissance. Notre étude nous a permis de démontrer qu'à l'inadaptation des facteurs de rattachement prévus par la méthode conflictuelle classique en matière de formation et d'effets des unions conjugales – aux fondements théoriques discutables et aux conséquences pratiques parfois malheureuses – correspond en réalité, une inadaptation de la logique conflictuelle elle-même.

**209.** L'analyse des rattachements retenus par la méthode conflictuelle classique quant à la formation du mariage nous a permis de mettre en lumière l'inadaptation de la loi nationale et de la loi du lieu de célébration. Le rattachement à la loi nationale repose en effet sur des considérations de souveraineté et d'indisponibilité incompatibles avec la libéralisation des éléments du statut conjugal. Du reste, parce que ce rattachement ne permet pas la désignation d'une loi unique applicable au lien conjugal, son application se révèle délicate face au développement des cas de plurinationalité des couples. L'adoption d'une règle de conflit spécifique concernant le mariage de personnes de même sexe en est d'ailleurs la preuve. Cette règle, couplée à la généreuse compétence des autorités françaises pour enregistrer un mariage, entraîne toutefois un tourisme matrimonial peu respectueux de la coordination des ordres juridiques nationaux. La loi du lieu de célébration, retenue en droit international privé français quant aux conditions de forme du mariage est également inadaptée. Ce rattachement constitue une application discutable du principe *locus regit actum* qui repose sur une analyse du mariage comme un acte privé et non comme un acte quasi-public localisé dans un ordre juridique donné par l'intervention d'une autorité publique. Il relègue ainsi au second plan le lien entre la loi applicable et l'autorité enregistrante ainsi que la détermination de la compétence internationale de cette autorité publique. Retenu par certaines législations étrangères quant aux conditions de fond du mariage, le rattachement à la loi du lieu de célébration s'avère trop libéral. L'utilisation des mécanismes de la fraude à la loi et de l'ordre public international pour lutter contre le tourisme matrimonial qu'il est susceptible de soulever le rend alors peu pertinent. C'est finalement le rattachement à la loi de

l'autorité prévu en matière de partenariats enregistrés par de nombreuses législations nationales qui nous paraît le plus adapté. Il permet en effet la désignation d'une loi unique qui prend en compte l'intervention d'une autorité publique dans la création et, partant, la localisation du lien conjugal, et qui en assure la continuité internationale. Si ce rattachement est donc prometteur, il nécessite toutefois de faire l'objet de quelques adaptations permettant notamment de soumettre l'union conjugale à la loi concrètement appliquée par l'autorité ainsi que de déterminer sa compétence internationale.

**210.** L'analyse des rattachements retenus quant aux effets des unions conjugales nous a, quant à elle, permis d'apprécier l'important processus de diversification des règles de conflit ici applicables. Plus que de rendre délicate la détermination des règles applicables et la conciliation des différents instruments juridiques dans lesquels elles sont contenues, ces différents rattachements, élaborés sans logique d'ensemble, ne permettent pas de soumettre à une loi unique des questions aussi étroitement liées que le divorce, la dissolution du régime matrimonial ou l'octroi d'une prestation compensatoire. Une reconstruction de la catégorie des effets du mariage, et plus largement des unions conjugales, semble alors nécessaire pour retrouver une cohérence d'ensemble dans le traitement juridique des problèmes soulevés par les couples en droit international privé. Les divergences entre les règles retenues en matière d'effets du mariage et du partenariat enregistré ne sont en effet pas toujours justifiées face à la similarité des problèmes auxquels les couples internationaux sont confrontés.

**211.** Cependant, les problèmes que pose l'application de la méthode conflictuelle classique aux couples en droit international privé ne sont pas uniquement liés aux rattachements prévus par celle-ci. En effet, la diversification des formes de conjugalité met également en lumière l'inadaptation des mécanismes conflictuels que constituent la qualification *lege fori* et l'ordre public international. Alors que ces derniers ne permettent pas une réception convenable des modèles conjugaux étrangers, ils confèrent en même temps au modèle conjugal du for une réelle hégémonie. L'influence grandissante des droits de l'Homme et le développement des libertés européennes de circulation tendent pourtant à imposer une certaine exigence de continuité des unions conjugales par le contrôle supranational que leurs cours régulatrices opèrent sur l'application des règles de conflit de lois et le déclenchement de l'ordre public international des Etats. L'objectif conflictuel d'harmonie internationale des solutions ne parvient donc pas toujours à assurer la continuité

concrète du statut conjugal qu'impose la progressive neutralisation du phénomène de la frontière.

**212.** Les carences du droit positif mettent ainsi en exergue, de façon plus prospective, des ajustements méthodologiques nécessaires à une réglementation satisfaisante des situations juridiques auxquelles font face les couples en droit international privé contemporain. Face aux lacunes de la méthode conflictuelle classique, d'autres méthodes ont fait leur apparition<sup>422</sup>. A ce titre, la reconnaissance des situations juridiques étrangères a été érigée au rang de méthode particulièrement adaptée aux couples ; les mariages et les partenariats enregistrés en étant « les illustrations les plus topiques »<sup>423</sup>. Il convient donc désormais de procéder à une analyse critique de la méthode de la reconnaissance applicable aux couples afin de savoir si ce renouvellement méthodologique est satisfaisant, c'est-à-dire afin de savoir si la méthode de la reconnaissance permet une circulation sans entrave des unions conjugales entre les différents ordres juridiques. Autrement dit, il convient de vérifier l'aptitude réelle de la méthode de la reconnaissance à combler les lacunes de la méthode savignienne quant à la circulation des unions conjugales. La méthode de la reconnaissance est en effet présentée comme un substitut idoine de la méthode conflictuelle, mais il se pourrait qu'elle ne soit qu'un trop simple et imparfait correctif à l'inadaptation de la méthode conflictuelle classique.

---

<sup>422</sup> V. notamment BATIFFOL (H.), « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, vol. 139, 1973 ; PICONE (P.), « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, vol. 276, 1999 et MAYER (P.), « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2007.

<sup>423</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°293, p. 212.





## TITRE II : L'INSUFFISANCE DE LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE APPLICABLE AUX COUPLES

**213.** L'inadaptation de la méthode conflictuelle classique a ouvert la voie à un renouvellement méthodologique d'ampleur. Ainsi, selon ce qu'il convient aujourd'hui d'appeler la « méthode de la reconnaissance », une situation qui s'est légalement constituée à l'étranger devra être reconnue dans le for sans vérifier la conformité de cette situation aux règles de conflit de lois du for. Une union conjugale valablement constituée à l'étranger<sup>424</sup> sera alors reconnue dans le for au motif que la continuité de la situation personnelle ou familiale constituée à l'étranger prime sur le respect des règles de droit international privé de l'Etat dans lequel cette situation tend à être reconnue<sup>425</sup>. On peut donc dire, avec le Professeur Pamboukis, que la méthode de la reconnaissance constitue une « privatisation du droit international privé ayant comme caractéristique le recul de la règle de conflit devant les rapports privés consacrés ou créés »<sup>426</sup>.

**214.** La méthode de la reconnaissance n'a pas vocation à remplacer purement et simplement la méthode conflictuelle classique. Elle a davantage pour ambition de remédier aux défaillances de cette dernière. Autrement dit, la méthode de la reconnaissance ne servirait que de manière subsidiaire. Ce n'est qu'après avoir constaté la nullité de l'acte selon la loi normalement applicable que le recours à la méthode de la reconnaissance deviendrait pertinent<sup>427</sup>. La vocation de la méthode de la reconnaissance ne peut d'ailleurs qu'être subsidiaire puisqu'elle ne s'intéresse qu'à la circulation des situations déjà constituées et non à leur création. Le recours aux règles de conflit de lois demeure donc indispensable au stade de la création d'une situation juridique.

---

<sup>424</sup> C'est-à-dire en application des règles de droit international privé de l'Etat de constitution de ladite union conjugale.

<sup>425</sup> V. BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009, p. 430s.

<sup>426</sup> PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 513.

<sup>427</sup> MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 571. L'auteur propose alors de faire de la méthode de la reconnaissance une exception à la règle de conflit classique qu'il formule de la façon suivante : « au cas où la nullité du mariage résulterait d'une règle de la loi nationale de l'un des époux, ne participant pas de l'ordre public du statut personnel de cet époux, la validité du mariage sera néanmoins reconnue si elle résulte du droit de l'Etat de célébration et que l'un des époux au moins ait, au moment de la célébration, son domicile dans cet Etat ou en était le national ».

**215.** La méthode de la reconnaissance devrait donc pouvoir garantir l'exigence de continuité internationale des unions conjugales face que les mécanismes de la méthode conflictuelle classique sont impuissants à satisfaire. Or, tel ne semble pas être le cas, loin s'en faut. En effet, malgré des assises théoriques séduisantes (*Chapitre préliminaire*), la méthode de la reconnaissance semble insuffisante à deux égards : d'une part, son champ d'application paraît fortement incertain (*Chapitre I*) ; d'autre part, l'effectivité des mécanismes de reconnaissance sur lesquels elle se fonde se révèle grandement limitée en matière de couples (*Chapitre II*).

## CHAPITRE PRELIMINAIRE : LES ASSISES THEORIQUES DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE

**216.** La raison profonde de l'émergence de la méthode de la reconnaissance réside dans la prise en compte de l'exigence de continuité internationale des situations juridiques. En effet, le fondement des procédés de reconnaissance « ne saurait être autre que l'impératif du maintien de la cohérence internationale du rapport juridique »<sup>428</sup>. La méthode de la reconnaissance n'a cependant pas encore acquis de positivité en tant que telle. Elle est le fruit d'une conceptualisation doctrinale de ces dix dernières années. Il convient donc d'analyser les fondements théoriques de ce renouvellement méthodologique afin de comprendre comment cette méthode pourrait s'appliquer aux unions conjugales en droit international privé.

**217.** Si la prise en compte de l'objectif de continuité internationale des situations juridiques s'est historiquement manifestée par la théorie des droits acquis, les critiques formulées à son encontre l'ont menée à sa perte (*Section I*). Ce besoin de continuité ne s'est pas pour autant dissipé et l'on constate aujourd'hui un certain renouveau des théories unilatéralistes en droit international privé (*Section II*).

---

<sup>428</sup> PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515.

## SECTION I : L'ECHEC DE LA THEORIE DES DROITS ACQUIS

**218.** Afin de comprendre le caractère dirimant des critiques formulées à l'encontre de la théorie des droits acquis, il convient de rappeler brièvement le fonctionnement de cette dernière. La théorie des droits acquis trouve ses racines dans les doctrines statutaires de l'école hollandaise du XVII<sup>ème</sup> siècle<sup>429</sup>. Selon la méthode statutaire, il fallait déterminer le domaine d'application de chaque loi en considérant les conflits de lois comme des conflits de souverainetés. La théorie des droits acquis est alors conçue comme un corollaire du principe de territorialité des lois fondé sur le principe de la courtoisie internationale<sup>430</sup>. Dès lors, chaque Etat applique sa loi sur son territoire mais doit, en contrepartie, respecter les droits acquis sur un autre territoire en application de la loi locale. Le juge du for n'a donc pas besoin d'appliquer une loi étrangère. Ainsi, Ulrich Huber, représentant majeur de l'école hollandaise, considère-t-il que « les lois de chaque Etat ont autorité dans les limites d'un territoire et obligent tous ses sujets, mais pas au-delà. Sont réputés sujets d'un Etat tous ceux qui se trouvent à l'intérieur de ses frontières. Les autorités des Etats, par courtoisie, font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leur effet en tout lieu, sous la réserve que ni les autres Etats, ni leurs sujets n'en subissent aucune atteinte dans leur pouvoir et leur droit »<sup>431</sup>.

**219.** Influencé par l'école hollandaise et les travaux de Joseph Story<sup>432</sup>, Albert Dicey<sup>433</sup> développa la théorie anglo-américaine des droits acquis (*vested rights*). Pour cet auteur, tout droit qui a été dûment acquis en vertu de la loi d'une nation civilisée sera reconnu et, en général, recevra exécution devant les tribunaux anglais<sup>434</sup>. Ce n'est qu'un quart de siècle plus tard que la théorie des droits acquis fut formulée par Antoine Pillet dans son cours à

---

<sup>429</sup> L'école hollandaise est principalement représentée par RODENBERG (C.), VOET (P.) et HUBER (U.). Elle fait suite à l'école italienne des glossateurs et postglossateurs du XIII-XV<sup>ème</sup> siècles et à l'école française de Dumoulin et d'Argentré du XVI<sup>ème</sup> siècle.

<sup>430</sup> V. MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 113, p. 92.

<sup>431</sup> HUBER (U.) *Leçons d'introduction au droit romain et contemporain*, 1689 in BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°357, p. 410.

<sup>432</sup> STORY (J.), *Commentaries on the Conflict of Laws*, 1835.

<sup>433</sup> DICEY (A. V.), *A digest of the Laws of England, with Reference to the Conflict of Laws*, 1896.

<sup>434</sup> V. MUIR-WATT (H.), « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *RCDIP*, 1986, p. 425. La doctrine des *vested rights* inspira d'ailleurs directement le premier *Restatement* des conflits de lois de 1934 selon lequel la loi applicable à une situation juridique est celle du lieu où est intervenu le dernier acte nécessaire à la création du droit.

l'Académie de droit international<sup>435</sup>. Selon lui, « toutes les fois qu'un droit a été régulièrement acquis dans un pays quelconque, ce droit doit être respecté et les effets qu'il produit doivent lui être garantis dans un autre pays »<sup>436</sup>. Il serait en effet « inadmissible, qu'en passant d'un Etat dans un autre, un homme perde les qualités d'enfant légitime, d'époux, de père de famille, qu'il avait régulièrement acquises »<sup>437</sup>. A la question de savoir ce qu'est un droit régulièrement acquis, l'auteur considéra qu'il s'agissait d'un « droit constitué suivant les conditions légales de son existence [...], assez complet pour avoir pu produire ou avoir produit son effet »<sup>438</sup>.

**220.** Or, comme l'avait relevé Savigny en opposition aux théories de l'école hollandaise, « pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il faut savoir d'après quel droit local nous devons juger de leur acquisition »<sup>439</sup>. En effet, comment savoir si un mariage ou un partenariat créé à l'étranger est valable sans prendre en considération la loi applicable aux conditions de validité dudit mariage ou dudit partenariat ? A cette objection, Pillet répondait qu'il est peu pertinent de savoir si l'acquisition d'un droit résultait des règles de l'Etat de constitution de ce droit ou des règles de l'Etat dans lequel le droit est invoqué – même s'il marquait une préférence pour cette deuxième hypothèse – car il estimait que ces règles étaient en général identiques. Il relevait que, malgré certaines différences entre les Etats, « ici et là beaucoup de règles sont communes [...], de telle sorte qu'il est fréquent qu'un droit constitué suivant la loi compétente dans le lieu de sa constitution se trouve avoir obéi à la loi compétente dans le lieu où on demande à lui faire produire son effet »<sup>440</sup>.

**221.** L'absence de détermination de la loi selon laquelle le droit a été acquis serait donc justifiée par l'existence d'une communauté de droit<sup>441</sup> entre l'Etat de constitution et l'Etat de reconnaissance. Or, nous verrons, d'une part, que la détermination de la loi applicable est un préalable nécessaire à la détermination de la validité d'une situation et, d'autre part, que la

---

<sup>435</sup> PILLET (A.), « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, vol. 8, 1925.

<sup>436</sup> *Ibidem.*, p. 492.

<sup>437</sup> *Ibid.*, p. 493.

<sup>438</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>439</sup> SAVIGNY (F.), *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. GUENOUX (C.), Firmin-Didot, 1860. p. 131.

<sup>440</sup> PILLET (A.), « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, vol. 8, 1925, p. 498.

<sup>441</sup> Cette expression sera utilisée *lato sensu*. Si la communauté de droit, au sens savignien, faisait référence au christianisme et au droit romain, il s'agit plus généralement d'une certaine ressemblance entre les normes juridiques des différents Etats.

communauté de droit que l'effectivité d'une telle théorie exige était et reste encore dans une large mesure inexistante.

**222.** Le problème de la détermination de la loi applicable est nécessairement antérieur à celui de l'existence du droit acquis<sup>442</sup>. En effet, les droits subjectifs ne sont que le produit du droit objectif, l'existence des premiers dépend donc de l'identification du second. Autrement dit, l'existence des droits subjectifs dépend de leur identification en tant que tels par le droit objectif. Dès lors, pour savoir si un droit subjectif a été acquis, il est nécessaire de savoir selon quel droit objectif celui-ci aurait pu être acquis<sup>443</sup>. Il y aurait donc un « cercle vicieux à vouloir faire d'un droit acquis à l'étranger le titre d'application du droit étranger, à un stade où l'on ne sait pas encore en vertu de quel droit étranger ce droit a pu être acquis »<sup>444</sup>. Une union conjugale ne peut donc être reconnue dans l'Etat requis que si elle est valable selon le droit de l'Etat dans lequel elle s'est constituée. Sans détermination préalable de la loi applicable, l'union conjugale n'existe qu'en fait, aucun droit n'a été acquis et ne peut donc prétendre à une quelconque reconnaissance. Il serait donc illogique d'affirmer que la reconnaissance d'un droit acquis est indépendante de toute détermination de la loi applicable à son acquisition. La théorie des droits acquis ne peut être analysée indépendamment du conflit de lois<sup>445</sup>. En effet, « le fait seul, et non le droit, est localisable et seul le conflit de lois, par le truchement de l'élément de rattachement, permet donc de connaître la loi applicable à ce fait »<sup>446</sup>.

**223.** Ne pouvant contester le bien-fondé de ces objections, Antoine Pillet essaya de les contourner en invoquant la présence d'une communauté de droit qui rendrait inutile la recherche de la loi applicable ; celle-ci étant supposée être la même dans tous les Etats. En effet, comme le relève le Professeur Pataut, « toute théorie des droits acquis suppose, sous une

---

<sup>442</sup> V. MAURY (J.), « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, vol. 48, 1936.

<sup>443</sup> V. en ce sens MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 547.

<sup>444</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2011, n°168, p. 134.

<sup>445</sup> Pour une critique virulente de la théorie, v. ARMINJON (P.), « La notion des droits acquis en droit international privé », *RCADI*, vol. 44, 1933, p. 103 : « La notion inconsistante, ambiguë et polymorphe des droits acquis n'est utilisable à aucun degré en droit international privé [...]. Le respect des droits internationalement acquis est un de ces pseudo-principes, on dirait mieux une de ces pétitions de principes, que l'on présente comme la clé de toutes les difficultés et qui ne font que poser sous une forme obscure, souvent même décevante, le problème à résoudre ».

<sup>446</sup> PATAUT (E.), « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006-2008, Pedone, 2009, p. 74.

forme ou une autre, l'existence d'une communauté de vue entre l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil »<sup>447</sup>. Or, la communauté de droit qu'évoque Pillet n'existait pas à son époque et n'existe toujours pas de nos jours en matière de couples et de règles applicables à leur union. L'exigence de cette communauté de droit ne porte cependant pas tant sur les droits substantiels des Etats que sur leurs règles de droit international privé. Dès lors, face à l'absence de communauté de droit, l'efficacité de la théorie des droits acquis nécessite un alignement du système de droit international privé du for sur celui de l'Etat dans lequel le droit a été acquis. Le juge devrait pouvoir se référer aux règles de droit international privé de l'Etat dans lequel le droit a été acquis afin de pouvoir en constater la validité puis, dans un second temps, pouvoir en reconnaître les effets.

**224.** C'est ce qui a été proposé par les tenants du conflit de systèmes<sup>448</sup>, qui peut se résumer en un conflit de règles de conflit. Leur théorie repose sur le postulat selon lequel « lorsqu'une situation juridique s'est créée valablement selon le droit local et sans aucun lien, ou du moins sans lien significatif, au moment de cette création, avec l'ordre juridique du for, et qu'ensuite un certain laps de temps s'est écoulé depuis sa création et le moment où la situation vient à être prise en considération par l'ordre juridique du for, il n'est pas souhaitable de remettre en cause cette situation, qui doit être considérée comme internationalement acquise pour les parties »<sup>449</sup>. Dans une telle hypothèse, le juge devrait donc faire application de la règle de conflit étrangère et non de la règle de conflit du for. Autrement dit, lorsqu'une union de couple s'est constituée à l'étranger depuis un certain temps et que les membres du couple ne présentent pas de lien particulier avec l'Etat dans lequel ils demandent la reconnaissance de leur union, cet Etat ne devrait pas appliquer ses propres règles de conflit de lois mais les règles de conflit de lois de l'Etat de constitution de l'union.

**225.** La jurisprudence a, dans un premier temps, reçu favorablement cette théorie. Ainsi la Cour d'appel de Rabat a-t-elle estimé, dans l'affaire *Machet*<sup>450</sup>, que la règle de conflit

---

<sup>447</sup> PATAUT (E.), « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006-2008, Pedone, 2009, p. 74.

<sup>448</sup> V. AGOSTINI (E.), *L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, Bordeaux, 1975 ; FRANCESCAKIS (P.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958.

<sup>449</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°354, p. 256.

<sup>450</sup> CA Rabat, 24 octobre 1950, *Machet* ; note FRANCESCAKIS (P.), *RCDIP*, 1952, p. 89s. ; note GOLDMAN (B.), *JDI*, 1951, p. 898s. ; *GADIP*, n°23.



marocaine était applicable aux seules situations nées sur son territoire et non aux situations déjà nées et acquises à l'étranger<sup>451</sup>. Elle a considéré que la loi applicable au régime matrimonial des époux devait être déterminée en application de la règle de conflit de lois française puisque celle-ci présentait des liens plus étroits avec le couple qui s'était marié en France et y avait séjourné deux ans. De même, la Cour d'appel de Paris – directement inspirée par les propos de Phocion Francescakis – a estimé dans l'affaire *Banque Ottomane*<sup>452</sup> que « le droit international privé de chaque pays n'a pouvoir de se prononcer que sur les situations juridiques qui ont affecté sa sphère d'intérêts ; il s'ensuit que le système de conflit du for n'a pas à intervenir à l'égard de situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et y ont épuisé leurs effets alors qu'elles ne présentaient aucun lien avec l'ordre juridique du for ».

**226.** Toutefois, cette théorie a par la suite été rejetée par la jurisprudence. En effet, si elle présentait l'avantage de respecter les prévisions des parties quant à la reconnaissance de leur statut juridique, la détermination de son domaine d'application et le choix de la règle de conflit étrangère applicable étaient particulièrement délicats<sup>453</sup>. C'est pourquoi, à l'occasion d'une seconde affaire *Banque Ottomane*<sup>454</sup>, la Cour d'Appel de Paris a considéré que le juge français, dès lors qu'il se reconnaît compétent pour statuer sur le litige dont il est saisi, ne peut se référer qu'aux règles du droit international privé français. Selon une jurisprudence constante depuis lors, seuls les effets d'un droit dont la validité est reconnue selon les règles de droit international privé français pourraient donc être reconnus en France. Autrement dit, en application de la méthode conflictuelle classique, seule une union de couple valable selon la loi désignée par la règle de conflit de lois française pourrait être reconnue en France.

**227.** Face au refus d'appliquer les règles de conflit étrangères à la reconnaissance d'une situation qui s'est constituée à l'étranger et à l'absence de communauté de droit suffisante, la théorie des droits acquis ne pouvait donc prospérer. Mais, si cette théorie s'est

---

<sup>451</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. n° 434, p. 501.

<sup>452</sup> CA Paris, 19 mars 1965 ; note LAGARDE (P.), *RCDIP*, 1967, p. 85 ; GOLDMAN (B.), *JDI*, 1966, p. 118.

<sup>453</sup> V. en ce sens LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 280, p. 269.

<sup>454</sup> CA Paris, 3 octobre 1984 ; note SYNDET (H.), *RCDIP*, 1985, p. 526s. ; GOLDMAN (B.), *JDI*, 1956, p. 156s.

« rétrécie au champ réservé à la reconnaissance des jugements, l'idée à sa base n'a pas disparu de la réflexion pour autant »<sup>455</sup>. Ces dernières années ont en effet été marquées par un certain renouveau des théories unilatéralistes visant à reconnaître des situations juridiques ne faisant pas l'objet d'un jugement<sup>456</sup>.

---

<sup>455</sup> BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009, p. 438.

<sup>456</sup> V. QUADRI (R.), *Lezioni di diritto internazionale privato*, Ligori, Naples, 5<sup>ème</sup> éd., 1969.

## SECTION II : LE RENOUVEAU DE L'UNILATERALISME

**228.** L'hégémonie de la méthode bilatérale classique n'a pas définitivement mis à mal les théories unilatéralistes. Tel un « phénix qui renaît de ses cendres »<sup>457</sup>, la méthode unilatérale s'est renouvelée, notamment avec la méthode de la reconnaissance des situations juridiques. Cette méthode se caractérise en effet « par une appartenance aux théories unilatéralistes »<sup>458</sup> en ce qu'elle vise à laisser s'appliquer, dans l'Etat de reconnaissance, la loi appliquée à la situation constituée à l'étranger. A la différence de la théorie des droits acquis, la méthode de la reconnaissance impose explicitement la conformité de la situation créée à la loi désignée par la règle de conflit de lois étrangère. Et, à l'inverse de la méthode conflictuelle classique, la reconnaissance de la situation juridique étrangère n'est ici pas subordonnée à la conformité à la loi applicable selon les règles de conflit de l'Etat de reconnaissance<sup>459</sup>. La méthode de la reconnaissance donne donc effet à une situation consacrée à l'étranger sous l'empire d'une loi donnée sans passer par la vérification préalable que le facteur de rattachement de la règle de conflit du for a été respecté. Autrement dit, un mariage célébré valablement à l'étranger – c'est-à-dire en application de la loi désignée par les règles de droit international privé de l'Etat de constitution – devra être reconnu en France, même si celui-ci n'est pas valable selon la loi désignée par la règle de conflit française applicable aux conditions de fond du mariage.

**229.** L'abandon du contrôle de la loi appliquée à la situation juridique étrangère correspond au mouvement de libéralisation des conditions de réception en France des jugements étrangers. Celui-ci s'est manifesté ces dernières années depuis la suppression de la révision au fond du jugement étranger<sup>460</sup> jusqu'à la disparition récente du contrôle de la loi

---

<sup>457</sup> GOTHOT (P.), « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP*, 1971, p. 415.

<sup>458</sup> MUIR WATT (H.) et GOLDSTEIN (G.), « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI*, octobre 2010, doctr. 12, n°47. De même, Sylvain Bollée voit dans cette méthode « l'existence d'un unilatéralisme partiel et sélectif aux fondements divers et beaucoup plus pragmatiques que ceux mis en avant par les doctrines unilatéralistes classiques » in « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 331.

<sup>459</sup> V. en ce sens LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 490.

<sup>460</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1964, *Munzer* ; *GADIP*, n°41. Cet arrêt lui a substitué cinq conditions : la compétence du juge étranger, la régularité de la procédure suivie, l'application de la loi compétente selon les règles de conflits françaises, la conformité à l'ordre public international et l'absence de fraude à la loi.

appliquée par le juge étranger<sup>461</sup>. L'absence de contrôle de la loi appliquée et de sa conformité aux règles de droit international privé français tend à se propager aux situations qui n'ont pas été créées par un jugement « mais par la volonté des parties ou par l'effet de la loi, constatées par une autorité publique »<sup>462</sup>. Cette méthode rapproche donc situations juridiques étrangères et décisions étrangères pour les soustraire à l'application des règles de conflit de lois.

**230.** Cette méthode nécessite toutefois que la situation juridique dont la reconnaissance est demandée se soit « cristallisée » dans l'Etat de constitution. En effet, la reconnaissance des situations créées à l'étranger « n'est techniquement possible que si la création de la situation s'est objectivement enracinée dans un pays donné »<sup>463</sup>. La méthode de la reconnaissance se distingue ainsi clairement de la théorie des droits acquis en ce qu'elle nécessite la cristallisation de la situation dans l'Etat de constitution. La cristallisation d'une situation est définie par le Professeur Mayer comme « la qualité d'enracinement qui lui confère ainsi une identité au point de ne pouvoir éviter l'association à un ordre juridique ». L'exigence de cristallisation de la situation juridique, constitutive d'un droit subjectif, permet donc sa détermination en tant que telle par le droit objectif de l'ordre juridique dans lequel elle a été constituée.

**231.** La cristallisation d'une situation peut se faire par l'intervention d'un jugement étranger. En effet, l'autorité de chose jugée dont bénéficie la situation litigieuse l'intègre dans l'ordre juridique dans lequel le juge s'est prononcé. C'est donc naturellement que la méthode de la reconnaissance a d'abord fait son apparition en droit international privé à propos des jugements sous la forme de la méthode d'efficacité automatique ou de la reconnaissance *de plano* des jugements étrangers par les arrêts *Bulkley*<sup>464</sup> et *De Wrède*<sup>465</sup>. Ces arrêts tendent à admettre l'autorité d'une décision étrangère sans passer par une procédure d'*exequatur*. Est

---

<sup>461</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2007, *Cornelissen* ; note ANCEL (B.) et MUIR WATT (H.), *RCDIP*, 2007, p. 420s. ; note TRAIN (F.-X.), *JDI*, 2007, p. 1195s. ; note D'AVOUT (L.) et BOLLEE (S.), *D.* 2007, p. 891s.

<sup>462</sup> LAGARDE (P.), « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht*, vol. 68, 2004, p. 232.

<sup>463</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°297, p. 216.

<sup>464</sup> Cass. civ., 28 février 1860, *Bulkley c/ Defresne* ; *GADIP*, n°4.

<sup>465</sup> Cass. civ., 9 mai 1900, *Prince de Wrède c/ Dame Maldaner* ; *GADIP*, n°10.

ainsi reconnue la situation juridique telle qu'énoncée de manière concrète dans l'ordre juridique étranger par le biais du jugement rendu.

**232.** La cristallisation de la situation dans l'Etat de constitution peut toutefois ne pas être le fruit d'une décision judiciaire mais celui d'un acte établi par une autorité publique. L'intervention d'une autorité publique constitue en effet un « facteur d'enracinement »<sup>466</sup> de la situation dans un ordre juridique donné et cristallise les espérances des parties. En matière d'unions conjugales, l'intervention d'une autorité publique se manifeste par l'enregistrement du partenariat – assuré en France par le greffier du tribunal d'instance ou un notaire – ou par l'enregistrement du mariage – assuré en France par l'officier de l'état civil. Ces unions conjugales naissent donc d'un acte quasi-public, c'est-à-dire d'un acte établi par une autorité publique suite à une manifestation de volonté privée<sup>467</sup>. Il s'agit d'un acte quasi-public dit « réceptif » puisque celui-ci vient « authentifier la volonté émise par les parties »<sup>468</sup>. Plus précisément, cet acte quasi-public réceptif est constitutif – et non pas déclaratif – puisque l'intervention de l'autorité publique est une condition de validité formelle du partenariat ou du mariage. Autrement dit, si la volonté des membres du couple conditionne l'intervention de l'autorité publique, qui n'a qu'un rôle réceptif, son intervention est constitutive du statut conjugal des intéressés. Elle modifie la teneur des droits et des obligations des parties qui ont désormais une espérance légitime à ce que ce statut et les droits qui en découlent soient reconnus en tous lieux. Se pose alors la question de la reconnaissance de l'efficacité internationale de l'acte quasi-public venant constituer un lien juridique conjugal<sup>469</sup>.

**233.** Le raisonnement en termes d'acte public rapproche la méthode de la reconnaissance de la méthode des conflits d'autorités développée par Niboyet<sup>470</sup>. En effet, selon cette dernière méthode, la reconnaissance d'un acte public étranger n'est pas soumise à la conformité de la loi appliquée par l'autorité publique étrangère aux règles de droit

---

<sup>466</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°297, p. 216.

<sup>467</sup> Les Professeurs Mayer et Heuzé le définissent comme « l'intervention d'un organe étatique, destinée à produire des effets juridiques de droit privé » in *Droit international privé*, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n°489, p. 341.

<sup>468</sup> PAMBOUKIS (C.), *L'acte public étranger en droit international privé*, LGDJ, 1993.

<sup>469</sup> V. QUINONES ESCAMEZ (A.), « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *RCDIP*, 2007, p. 357. Contrairement à l'auteur, nous considérons comme synonymes les expressions « unions conjugales » et « unions de couple ».

<sup>470</sup> NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, 1949, t.VI, n°1571.

international privé de l'Etat de reconnaissance. Cela est doublement justifié. D'une part, l'application de la règle de conflit de l'Etat requis est inutile puisque le rapport de droit est déjà localisé par l'intervention de l'autorité publique. D'autre part, le conflit d'autorités absorbe le conflit de lois puisqu'une fois l'autorité compétente déterminée, celle-ci ne peut appliquer que sa propre loi et ne se pose alors plus que la question de la reconnaissance de l'efficacité internationale de l'acte public ainsi créé<sup>471</sup>. Cet acte public bénéficie alors classiquement d'une présomption réfragable de régularité. En effet, le contrôle effectué par l'autorité publique n'étant qu'un simple contrôle formel et procédural, seul l'*instrumentum* est reconnu. Le *negotium*, c'est-à-dire le contenu de l'acte établi par les parties, reste quant à lui soumis à la méthode conflictuelle classique afin de désigner une loi permettant d'en déterminer la validité matérielle<sup>472</sup>. La méthode de la reconnaissance des situations juridiques étrangères ne se confond pas avec la méthode du conflit d'autorités en ce que l'objet de la reconnaissance est directement la situation conjugale et non l'acte public d'enregistrement. Autrement dit, la reconnaissance ne porte pas sur l'acte public lui-même mais sur « les règles par lesquelles l'ordre juridique étranger définit les conséquences juridiques de celui-ci »<sup>473</sup> et, partant, sur la situation qu'il a contribué à créer<sup>474</sup>. Du reste, s'agissant, en matière conjugale, d'actes de nature constitutive, la reconnaissance porte tant sur l'*instrumentum* que sur le *negotium*.

**234.** Ce renouvellement méthodologique tend ainsi à satisfaire la sécurité juridique et notamment les prévisions des individus, en assurant la circulation de leur statut conjugal. Cela a fort justement fait dire au Professeur Gian Paolo Romano que « la bilatéralité est aujourd'hui en passe de se marginaliser face à l'exigence de reconnaissance de situations acquises à l'étranger »<sup>475</sup>. Cette méthode vise en effet à garantir « l'intégrité du rapport

---

<sup>471</sup> Cette conception traditionnelle de la règle *actor regit actum* a cependant été rejetée par d'autres auteurs estimant que l'autorité publique peut appliquer une autre loi que la sienne aux questions de fond. V. ainsi CALLE (P.), *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004, p. 58 : « si les autorités publiques ne peuvent officier que selon la procédure posée par leur propre loi, rien ne leur interdit d'appliquer une législation substantielle étrangère ».

<sup>472</sup> V. toutefois sur le régime plus libéral instauré au sein de l'Union européenne en matière de circulation des actes authentiques, les articles 46 du règlement Bruxelles II bis, 48 du règlement Aliments ainsi que l'article 59 des règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés qui permettent une certaine reconnaissance du *negotium* de l'acte dressé.

<sup>473</sup> BOLLEE (S.), « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 323.

<sup>474</sup> MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005 p. 562.

<sup>475</sup> ROMANO (G.-P.), « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457.

juridique au plan international »<sup>476</sup> en évitant la création de situations boiteuses. Elle répond ainsi au « besoin social de continuité et de stabilité des états juridiques personnels et familiaux »<sup>477</sup>. Comme l'explique le Professeur Paul Lagarde, la méthode de la reconnaissance tend à se développer en matière de couples davantage qu'ailleurs car « pour le mariage et le partenariat, il s'agit d'actes de volonté de deux personnes qui n'engagent qu'elles-mêmes et qui ont un intérêt légitime à ce que leur situation soit reconnue partout où elles agissent »<sup>478</sup>. Cette nouvelle méthode, contrairement au postulat de la méthode conflictuelle classique, n'est donc pas neutre puisqu'elle favorise la reconnaissance de la situation juridique étrangère en faisant prévaloir les intérêts privés sur les intérêts étatiques<sup>479</sup>.

**235.** Certains auteurs considèrent alors que le recours à la méthode de la reconnaissance repose inévitablement sur un choix de politique législative<sup>480</sup>. L'utilisation de la méthode de la reconnaissance en matière de couples serait portée par une volonté politique de reconnaître les unions conjugales contractées à l'étranger, une sorte de *favor matrimonii* ou *registrationis* permettant l'acquisition d'un statut de couple aux conditions parfois plus libérales que celles prévues par le for<sup>481</sup>. Mais le recours à cette méthode peut tout aussi bien être justifié par le respect du principe de sécurité juridique des individus et de son corollaire, le respect de leurs prévisions légitimes par la continuité de leur statut juridique. En effet, comme l'explique le Professeur Mayer, la reconnaissance est un principe relevant de l'essence même du droit international privé que la méthode éponyme, en en faisant son concept opératoire, est la mieux à même de respecter<sup>482</sup>. Cette méthode permettrait ainsi de répondre aux nouvelles exigences des droits de l'Homme en assurant une circulation sans entrave des unions conjugales. Elle constitue donc une méthode de solution, voire même de

---

<sup>476</sup> PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515.

<sup>477</sup> BARATTA (R.), « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, vol. 348, 2010, p. 464.

<sup>478</sup> LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 495.

<sup>479</sup> Les intérêts étatiques n'étant protégés, dans le cadre de la méthode de la reconnaissance, que par le mécanisme de l'exception d'ordre public international.

<sup>480</sup> V. notamment PATAUT (E.), « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, Paris, 2006-2008, Pedone, 2009, p. 74s ; MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005 p. 563s.

<sup>481</sup> V. sur ce point ROMANO (G.-P.), « La bilatéralité éclipse par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457, n°52s.

<sup>482</sup> V. MAYER (P.) « La reconnaissance : notion et méthodes », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 27s.

prévention<sup>483</sup>, du conflit international de statuts. Un tel conflit provient en effet de l'absence de reconnaissance de la création ou de la suppression d'un lien juridique, en l'espèce de nature conjugale, ainsi que des effets hétérogènes – droits, devoirs, obligations, facultés ou charges – découlant pour les intéressés d'un tel lien ou de sa suppression<sup>484</sup>.

**236.** La méthode de la reconnaissance présente une étroite parenté avec la méthode de référence à l'ordre juridique compétent évoquée auparavant. Ces deux méthodes ont en effet pour objectif commun d'éviter la création de situations boiteuses en assurant la circulation internationale des situations juridiques. Partant, elles visent à parfaire l'universalisation des situations juridiques individuelles<sup>485</sup>. D'autant que les exemples sur lesquels le Professeur Paolo Picone prend appui pour développer sa méthode correspondent aux « hypothèses où les situations juridiques en cause trouvent leur propre source dans un acte de concrétisation de règles matérielles venant d'un organe public, respectivement de l'Etat du for ou d'un Etat étranger »<sup>486</sup>. La condition de cristallisation de la situation dans un ordre juridique imposée par la méthode de la reconnaissance permettrait ainsi de répondre à la délicate détermination de l'ordre juridique à prendre comme référence dans le cadre de la méthode de Picone.

**237.** La méthode de la reconnaissance constitue donc un renouveau des tendances unilatéralistes. Si elle prend appui sur la théorie des droits acquis et la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent, elle en comble les imperfections en imposant une cristallisation de la situation dans un ordre juridique donné. En prohibant le contrôle de la loi appliquée à la création de ladite situation par l'Etat de constitution selon les règles de conflit de lois de l'Etat dans lequel sa reconnaissance est demandée, elle se donne pour objectif d'assurer la continuité internationale des situations juridiques. Ses fondements théoriques sont donc forts

---

<sup>483</sup> Encore que ce terme, s'il n'est pas faux, peut induire en erreur en ce qu'il fait oublier le caractère subsidiaire de cette méthode

<sup>484</sup> V. ROMANO (G. P.), « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 185s.

<sup>485</sup> V. SAGOT-DUVAUROUX (J.), *Aspects fonctionnels de l'universalisation. Etude de droit international privé*, ANRT, 2008. Pour une analyse des principes et des limites de l'exportation à l'étranger des situations juridiques constituées dans le for dans le cadre de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent, voir spéc. pp. 422-430.

<sup>486</sup> PICONE (P.), « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, vol. 276, 1999, p. 124. Ces deux méthodes ne se confondent toutefois pas en ce que la méthode de référence à l'ordre juridique compétent est proposée aussi bien en vue de la constitution dans le for de situations juridiques déterminées que de la reconnaissance dans le for de situations juridiques existantes ou acquises à l'étranger.



séduisants. Mais encore faut-il que son application soit suffisamment prévisible. Or, à l'analyse, les modalités d'application de la méthode de la reconnaissance se révèlent largement incertaines.

## CHAPITRE I : LE CHAMP D'APPLICATION INCERTAIN DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE

**238.** De nombreux doutes existent quant au champ d'application à reconnaître à la méthode de la reconnaissance et, partant, quant à la détermination du critère de cristallisation de la situation dans l'ordre juridique d'origine. On peut ainsi se demander si la méthode de la reconnaissance n'a vocation à s'appliquer qu'à des situations cristallisées par l'intervention d'une autorité publique ou si elle peut également s'appliquer, comme le laisse entendre une partie de la doctrine<sup>487</sup>, à des situations de fait telles que les concubinages ou les mariages purement informels<sup>488</sup>. De même, cette méthode s'applique-t-elle à toute situation créée à l'étranger ou nécessite-t-elle une certaine proximité entre la situation juridique à reconnaître et l'ordre juridique dans lequel elle s'est constituée, voire l'ordre juridique requis de sa reconnaissance ? Autrement dit, les membres du couple devraient-ils présenter un lien suffisant de proximité avec l'Etat de constitution de leur union pour que le statut conjugal qu'ils ont acquis soit reconnu dans l'Etat requis de sa reconnaissance ? Et, le cas échéant, comment déterminer un tel rattachement ?

**239.** La portée de la méthode de la reconnaissance est également problématique. On peut ainsi se demander si cette méthode ne s'applique qu'à la validité de la situation juridique litigieuse ou également à ses effets. Autrement dit, les effets de la situation à reconnaître doivent-ils être ceux qui lui sont attachés par le droit de l'Etat d'origine ou ceux prévus par le droit de l'Etat de reconnaissance ? Enfin, la question de la reconnaissance de situations concurrentes reste irrésolue. Que faire en effet lorsqu'est demandée la reconnaissance non pas d'une situation juridique mais de deux situations juridiques pouvant potentiellement prévoir des effets différents ?

---

<sup>487</sup> V. notamment MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005 p. 547s. et PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515s.

<sup>488</sup> Nous retrouvons ce type de mariage dans les pays latino-américains et d'Afrique du Sud. Il en va ainsi de certaines unions au sein des communautés autonomes d'Espagne. En outre, le *Common law marriage* est un mariage « de facto » ou par « concubinage notoire » reconnu en Angleterre, aux Etats-Unis, en Australie, au Canada ou encore en Israël.

**240.** L'analyse des réponses susceptibles d'être apportées à ces questions met alors en exergue que l'applicabilité de la méthode de la reconnaissance est tout aussi incertaine (*Section I*) que sa portée (*Section II*).

## SECTION I : L'APPLICABILITE INCERTAINE DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE

**241.** Alors que la méthode de la reconnaissance s'est développée au sujet des situations juridiques cristallisées par l'intervention d'une autorité publique étrangère, elle semble désormais s'étendre au-delà des limites qui lui étaient initialement définies. Ainsi, la méthode de la reconnaissance aurait vocation à s'appliquer non seulement aux rapports de droit privé cristallisés par l'intervention d'une autorité publique mais également à ceux cristallisés « par l'effectivité fondée sur une apparence objective d'un état ou d'un rapport opposable aux tiers »<sup>489</sup>. L'extension, encore mal définie, du champ d'application matériel de la méthode de la reconnaissance rend alors incertaine la nature de la situation juridique à reconnaître<sup>490</sup> (**I**). Du reste, la question de savoir si la situation à reconnaître doit présenter une certaine proximité, tant avec l'Etat dans lequel elle s'est constituée qu'avec l'Etat dans lequel elle tend à être reconnue, reste débattue. Cela rend donc également incertain le degré de proximité que doit entretenir la situation à reconnaître avec les ordres juridiques en cause (**II**).

### **I. Les incertitudes quant à la nature de la situation juridique**

**242.** Alors que la méthode de la reconnaissance s'est développée afin de reconnaître dans l'Etat requis une situation qui s'est cristallisée dans l'Etat de constitution, son extension à des situations non cristallisées par l'intervention d'une autorité publique rend incertain le critère central de la cristallisation de la situation juridique à reconnaître (**A**) et, partant, l'identité même de cette nouvelle méthode (**B**).

---

<sup>489</sup> PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515s.

<sup>490</sup> Sur cette question, v. notamment BILYACHENKO (A.), *La circulation internationale des situations juridiques*, thèse, La Rochelle, 2016.

## A. L'incertaine cristallisation de la situation juridique

243. La méthode de la reconnaissance tend à s'appliquer même lorsque le degré d'intervention de l'autorité publique est faible, c'est-à-dire lorsque l'acte quasi-public à l'origine de la situation juridique litigieuse n'est pas de nature constitutive mais simplement constatative. L'intervention de l'autorité publique n'a ici pas pour objet de modifier l'état des personnes mais d'accueillir et de reconnaître la volonté des parties qui se retrouve ainsi cristallisée dans l'ordre juridique auquel appartient l'autorité saisie. Mais, le faible rôle joué par l'autorité publique rend la cristallisation de la situation assez superficielle. Il n'y a alors qu'un pas pour considérer que la méthode de la reconnaissance est applicable à une situation juridique étrangère n'ayant pas fait l'objet de l'intervention d'une autorité publique. Ainsi, pour le Professeur Mayer, la cristallisation de la situation ne passe pas nécessairement par l'intervention d'une autorité publique. Elle peut venir, de façon plus lente et progressive, de la possession d'état qui constitue, selon cet auteur, « une source de prévisions dignes d'être respectées à certaines conditions »<sup>491</sup>, conditions qu'il ne développe malheureusement pas. Monsieur Charles Pamboukis suggère également qu'un rapport de droit peut être considéré comme effectif, en dehors de toute cristallisation, en raison de l'apparence créée, due essentiellement à l'association du temps et à la production des effets d'un ordre juridique donné<sup>492</sup>. De même les Professeurs Muir-Watt et Bureau estiment que dès lors que le fondement de la méthode de la reconnaissance réside dans le droit de l'individu concerné de ne pas se voir opposer un obstacle par l'Etat 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 publique étrangère ; tout au plus a-t-elle une fonction probatoire<sup>493</sup>.

244. A suivre ces auteurs, il faudrait donc considérer que la possession d'état de couple acquise dans un Etat constituerait pour ses membres une source de prévisions dignes d'être respectées de telle sorte que leur union doive être reconnue dans un autre Etat. La possession d'état, qui peut être définie comme la prise en compte juridique de la réalité

---

<sup>491</sup> MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005 p. 563.

<sup>492</sup> PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515s.

<sup>493</sup> V. en ce sens BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 580-1, p. 692.

socialement vécue par les intéressés, serait une sorte d'application de la théorie de l'apparence en droit international privé. Ainsi, selon Madame Jobard-Bachelier, « doivent être considérés comme régulièrement acquis les droits nés dans le cadre de situations qui se sont constituées à l'étranger et y ont produit des effets, malgré la solution contraire à laquelle conduirait l'application de la règle de conflit du for, dès lors que sur la base de l'apparence, créée par l'applicabilité d'un droit étranger qui se révèle être par la suite incompetent, les parties ont cependant pu croire légitimement à la réalité juridique des droits dont elles étaient en apparence titulaires, à la régularité juridique d'une situation qui paraissait s'être régulièrement constituée »<sup>494</sup>. L'application de la méthode de la reconnaissance aux situations de fait, purement privées, créées à l'étranger, sans l'intervention d'une autorité publique, tendrait à assurer la continuité des rapports juridiques supposément constitués. La définition extensive de la cristallisation de la situation juridique dans l'Etat de constitution permettrait ainsi d'appliquer la méthode de la reconnaissance unilatérale à des unions conjugales n'ayant pas été officialisées par l'intervention d'une autorité publique mais par une simple apparence conférée par la possession d'état de couple.

**245.** L'application de la méthode de la reconnaissance à la possession d'état de couple nous semble toutefois problématique. En effet, si les couples mariés et partenaires peuvent prétendre à ce que le statut conjugal qu'ils ont valablement acquis, par l'effet constitutif de l'intervention de l'autorité ayant formalisé leur union, soit reconnu dans les autres Etats, tel n'est pas le cas des concubins. L'union de ces derniers ne repose que sur l'hypothétique reconnaissance rétrospective d'une vie de couple pour laquelle les intéressés n'ont jusqu'à lors acquis aucun droit subjectif. L'absence de droits subjectifs identifiés en tant que tel par un droit objectif donné empêche les intéressés de se prévaloir d'une quelconque reconnaissance. Ces derniers ne présentent pas d'espérance légitime à ce que le statut conjugal qu'ils obtiendront au terme de leur vie commune passée soit reconnu dans un autre Etat. Admettre le contraire reviendrait à reconnaître juridiquement une simple réalité socialement vécue dans un autre pays. Cela irait alors plus loin que la théorie des droits acquis puisque l'on tombe « purement et simplement dans l'unilatéralisme fondé sur la volonté

---

<sup>494</sup> V. JOBARD BACHELLIER (M. N.), *L'apparence en droit international privé : Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1984, n°131, p. 95.

effective d'application des lois »<sup>495</sup>. En effet, « sans autorité cristallisante, il est très difficile de déterminer le seuil à partir duquel l'irruption d'un autre droit, désigné par la règle de conflit du for, serait attentatoire à une véritable continuité génératrice d'attentes »<sup>496</sup>. Nous rejoignons donc Emmanuelle Bonifay lorsqu'elle considère, en visant explicitement les unions conjugales, « qu'en l'absence de cristallisation matérielle de la situation, par le biais de l'intervention d'une autorité publique, les parties n'auront alors pas nécessairement forgé d'attentes légitimes autour de ce rapport juridique qui n'existe qu'à leurs yeux. C'est précisément l'intervention d'un organe national qui va faire naître de telles attentes en termes de prévisibilité et de sécurité juridique. [...] Ce qui compte est que la situation ait été 'objectivée' par un acte public qui consacre son existence légale [...] et qui explique que les parties aient fait des prévisions sur la base de cet acte »<sup>497</sup>. C'est le critère de la cristallisation de la situation juridique dans l'ordre juridique auquel appartient l'autorité qui est intervenue qui permet de s'assurer que les intéressés ont accédé à un véritable statut juridique dont il est légitime pour eux qu'il soit reconnu à l'étranger<sup>498</sup>.

**246.** Les incertitudes quant aux modalités de la cristallisation de la situation juridique dans l'Etat d'origine rapprochent ainsi la méthode de la reconnaissance de la théorie des droits acquis pourtant vivement critiquée et, partant, rendent incertaine l'identité même de cette nouvelle méthode.

## **B. L'incertaine identité de la méthode de la reconnaissance**

**247.** Les doutes relatifs à l'identité de la situation à reconnaître mettent en exergue un risque quant à l'identité même de la méthode de la reconnaissance au point de lui faire perdre sa singularité. La méthode de la reconnaissance aurait en effet subi « à côté de la

---

<sup>495</sup> MUIR WATT (H.) et GOLDSTEIN (G.), « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI*, octobre 2010, doctr. 12, n° 17.

<sup>496</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 692.

<sup>497</sup> BONIFAY (E.), *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé – Contribution à l'édification d'un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice*, thèse Aix Marseille, 2015, p. 343, n°498.

<sup>498</sup> V. en ce sens LAGARDE (P.), « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht*, vol. 68, 2004, p. 231.

renaissance, une véritable métamorphose »<sup>499</sup>. Monsieur Pamboukis propose ainsi de distinguer la méthode de la reconnaissance proprement dite – applicable aux situations juridiques nées d'actes quasi-publics – et la méthode de la relevance – applicable aux rapports de droit privé ne bénéficiant pas d'un support matériel. La méthode de la relevance, développée par Santi Romano<sup>500</sup>, consisterait à « étendre l'existence de ce rapport – qui ne bénéficie pas d'un support matériel mais qui repose sur l'effet de l'écoulement du temps – si l'ordre juridique d'origine est admis comme relevant par l'ordre juridique de reconnaissance »<sup>501</sup>. Mais encore faut-il établir quel ordre juridique est admis comme « relevant » par l'Etat de reconnaissance. Plusieurs ordres juridiques peuvent en effet être considérés comme « relevants ». Or, l'auteur ne propose pas de solution permettant de distinguer quel ordre juridique devra être considéré comme étant le plus susceptible de consacrer l'effectivité du rapport de droit<sup>502</sup>.

**248.** Monsieur Pamboukis distingue également la méthode de la relevance de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en ce que la relevance confirmerait l'existence d'un rapport de droit déjà effectif dans un autre ordre juridique mais ne le désignerait pas comme compétent en tant que tel. Or, ces deux méthodes ont pour défaut commun de ne pouvoir désigner un seul et même ordre juridique compétent ou relevant<sup>503</sup>. Aucune de ces deux méthodes ne permet en effet de déterminer l'ordre juridique à prendre comme référence. Elles seraient donc inefficaces si les juges de deux ordres juridiques distincts étaient amenés à identifier différemment l'ordre juridique dont le point de vue devrait être respecté.

**249.** Comme nous l'avons vu, la méthode de la reconnaissance entretient également une certaine parenté avec la méthode de référence à l'ordre juridique compétent développée par Paolo Picone. Cette méthode de coordination concrète des ordres juridiques nationaux a

---

<sup>499</sup> PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515s.

<sup>500</sup> ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, spéc. p. 106s.

<sup>501</sup> PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515s.

<sup>502</sup> BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009, p. 465.

<sup>503</sup> En effet, plusieurs ordres juridiques peuvent être, selon le Professeur Picone, simultanément compétents. V. sur ce point, MAYER (P.), « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2007, p. 260s.



toutefois un domaine d'application plus large en ce qu'elle propose également d'intervenir au stade de la création de la situation et ne présente pas, ou en tout cas pas de manière aussi explicite que la méthode de la reconnaissance, d'idée de faveur à la validité de la situation préalablement créée<sup>504</sup>. Ces méthodes présentent toutefois une difficulté commune. En effet, les doutes quant à la détermination de l'ordre juridique compétent ont ressurgi dans le cadre de la méthode de la reconnaissance quant à l'exigence du critère de cristallisation de la situation juridique par l'ordre juridique de constitution. L'imprécision de ce critère rend ainsi incertaines l'applicabilité et l'effectivité de la méthode de la reconnaissance.

**250.** Il n'est donc pas assuré, tant la détermination des unions susceptibles d'être reconnues est incertaine, que la méthode de la reconnaissance puisse efficacement combler les lacunes de la méthode conflictuelle classique en matière de réception des unions conjugales. Et, aux incertitudes quant à la nature de la situation juridique à reconnaître s'ajoutent de nombreux doutes quant aux liens de proximité que cette dernière doit entretenir avec l'Etat d'origine et/ou l'Etat de reconnaissance. Or, plus la cristallisation de la situation dans l'Etat d'origine est incertaine, moins le contrôle de proximité est assuré.

## **II. Les incertitudes quant à la proximité de la situation juridique**

**251.** La question de savoir si la situation à reconnaître doit présenter une certaine proximité avec l'Etat dans lequel elle s'est constituée ou avec l'Etat dans lequel elle tend à être reconnue divise la doctrine. Ainsi, tant l'exigence d'un lien de proximité (**A**) que ses modalités de détermination restent incertaines (**B**).

### **A. L'incertaine exigence d'un lien de proximité**

**252.** Dans le cadre de la méthode de la reconnaissance, le raisonnement à adopter n'est pas celui du conflit de lois mais celui du conflit de juridictions. Aussi, afin de reconnaître une situation juridique étrangère, il semble qu'il faille vérifier, conformément à la

---

<sup>504</sup>Sur la relativisation de cette idée de faveur à la validité par l'objectif de sécurité juridique, cf. *supra* n°235.

jurisprudence *Simitch*<sup>505</sup>, l'existence d'un rattachement caractérisé entre l'ordre juridique étranger et la situation des parties<sup>506</sup>. En effet, de même qu'un tribunal étranger doit être compétent au regard de l'ordre juridique de l'Etat de reconnaissance pour que soit reconnue la décision rendue, ce dernier semble pouvoir exiger que l'Etat d'origine ait eu un certain titre à créer la situation juridique litigieuse<sup>507</sup>. Dès lors, si les parties ont constitué une situation sous l'empire d'un ordre juridique avec lequel elles n'entretenaient que peu d'attaches, « 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* »<sup>508</sup>.

**253.** La méthode de la reconnaissance est toutefois une manifestation de la tendance libérale du droit international privé qui se veut respectueuse de la volonté des individus en la faisant prévaloir sur les intérêts publics. La solution la plus libérale est alors de ne poser aucune condition tenant à la proximité que doit entretenir la situation litigieuse avec l'ordre juridique dans lequel elle a été créée<sup>509</sup>. C'est ce qu'a décidé la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. En effet, cette convention, qui impose la reconnaissance des mariages valablement célébrés, ne prévoit aucun contrôle de la compétence de l'autorité ayant enregistré ledit mariage<sup>510</sup>. Elle ne prévoit pas non plus la possibilité d'invoquer une fraude à la loi à l'encontre des personnes ayant souhaité célébrer leur mariage dans un autre Etat afin d'éluider la loi normalement applicable à leur union. Cette convention, qui constitue une application avant-gardiste de la méthode de la reconnaissance, marque donc un « relâchement des exigences tenant au rattachement de la situation avec l'ordre juridique étranger »<sup>511</sup> et fait finalement « dépendre un élément qui

---

<sup>505</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 1985, *Simitch* ; note HUET (A.), *JDI*, 1985, p. 460s. ; note AUDIT (B.), *RCDIP* 1985, p. 369s. ; note MASSIP (J.), *D.* 1985, p. 469s. ; *GADIP* n° 70.

<sup>506</sup> V. en ce sens BOLLEE (S.), « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 338.

<sup>507</sup> V. LAGARDE (P.), « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 22.

<sup>508</sup> BOLLEE (S.), « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 116.

<sup>509</sup> V. en ce sens LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques nationaux*, Dalloz, 2008, p. 494

<sup>510</sup> Cette convention ne délimite pas la compétence des autorités publiques, elle l'impose. Elle prévoit ainsi que l'Etat requis est tenu de célébrer le mariage lorsque les membres du couple en ont la nationalité ou y ont installé leur domicile. Cf. *infra* n°513 sur la détermination proposée de la compétence des autorités en matière conjugale.

<sup>511</sup> BOLLEE (S.), « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 321.

s'inscrit dans le statut personnel du seul choix, non limité, par les futurs époux du lieu où il se marieront »<sup>512</sup>.

**254.** Sans contrôle de proximité entre la situation juridique et l'Etat d'origine, la méthode de la reconnaissance serait certainement trop libérale, voire laxiste<sup>513</sup>. Elle aurait en effet pour conséquence d'attribuer des effets importants aux initiatives des personnes privées dans un domaine où les droits ne sont pas complètement disponibles<sup>514</sup>. Partant, cette méthode, ainsi définie, ne permettrait pas une juste protection des intérêts publics. Sans exigence de proximité, les couples n'auraient qu'à constituer leur union devant les autorités de l'Etat dont ils ont choisi la loi ; « le *jus shopping* entraînerait ainsi le *forum shopping* »<sup>515</sup>. Cette exigence de proximité est d'autant plus importante que les pays qui ont instauré une forme de partenariat enregistré, ou qui ont ouvert le mariage aux couples de même sexe, prévoient très largement les conditions d'accès à ces statuts. Ainsi, par exemple, la loi néerlandaise permet l'enregistrement d'un partenariat aux Pays-Bas aux étrangers bénéficiant d'un simple titre de séjour valable<sup>516</sup>. Le même constat s'impose en France eu égard à la large compétence territoriale de l'officier d'état civil français pour célébrer un mariage<sup>517</sup> et à l'absence d'exigence d'un lien de proximité minimum pour l'enregistrement d'un PACS<sup>518</sup>.

**255.** Afin d'éviter de tomber dans un libéralisme excessif, il semblerait alors nécessaire d'imposer un lien de proximité qui rattache le rapport de droit à l'ordre juridique de sa création. Cela éviterait ainsi les risques de tourisme matrimonial et de fraude à la loi, ou, plutôt, de fraude à l'institution. Dès lors, si un certain lien de proximité entre la situation

---

<sup>512</sup> BOLLEE (S.), « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 339.

<sup>513</sup> V. en ce sens MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 563.

<sup>514</sup> V. en ce sens BOLLEE (S.), « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 353. Cf. *supra* n°60 sur le degré variable de disponibilité des droits au sein du statut personnel.

<sup>515</sup> V. ROMANO (G. P.), « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457s.

<sup>516</sup> Loi du 5 juillet 1997 sur le partenariat enregistré (*Geregistreerd partnerschap*), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Pour d'autres exemples de droit comparé, cf. *infra* n°515.

<sup>517</sup> Sur la question de la compétence des autorités françaises habilitées à enregistrer un mariage, cf. *infra* n°504s.

<sup>518</sup> En effet, l'enregistrement du PACS peut se faire au greffe du tribunal d'instance territorialement compétent mais également, depuis la loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées, devant tout notaire, dont la procédure d'enregistrement a été précisée par le décret n°2012-966 du 20 août 2012. Or, aucune règle de compétence internationale des notaires n'a été adoptée. Cf. *infra* n°509s.

litigieuse et l'ordre juridique d'origine semble devoir être exigé, encore convient-il de savoir comment celui-ci doit être déterminé.

## **B. L'incertaine détermination d'un lien de proximité**

**256.** Si l'Etat de reconnaissance souhaite exercer un contrôle de l'origine de la situation, il peut subordonner sa reconnaissance au respect d'un rattachement déterminé. Il pourrait ainsi exiger que les intéressés aient la nationalité de l'Etat d'origine ou y aient établi leur domicile, ou encore, leur résidence habituelle. Notons toutefois que si la condition de proximité est entendue trop strictement, « elle risque de vider la reconnaissance de sa substance et de ressusciter indirectement la condition relative à la loi applicable »<sup>519</sup>. Pour cette raison, le Professeur Lagarde considère qu'il « faut admettre une pluralité de rattachements possibles à la loi d'origine »<sup>520</sup>. Or, si ces rattachements sont trop nombreux, on retombe alors dans un libéralisme excessif.

**257.** A ce titre, la convention de Munich sur la reconnaissance des partenariats enregistrés prévoit dans son article 7 que les Etats peuvent refuser de reconnaître un partenariat si aucun des deux partenaires ne se rattachait, par sa nationalité ou sa résidence habituelle, à l'Etat du lieu d'enregistrement. Il s'agit donc là d'une détermination négative de la compétence des autorités par un contrôle implicite de toute tentative de fraude à l'institution. L'Etat d'origine, c'est-à-dire de constitution de l'union conjugale, pourrait également imposer un rattachement significatif, une proximité suffisante entre les intéressés et son système juridique, en déterminant des règles relatives à la compétence internationale de ses autorités publiques<sup>521</sup>.

**258.** Sans cette détermination, la question de savoir si l'Etat requis de la reconnaissance pourrait utilement invoquer une fraude à la loi, ou plutôt à l'institution, afin de ne pas reconnaître l'union conjugale constituée dans l'Etat d'origine reste ouverte. En effet,

---

<sup>519</sup> LAGARDE (P.), « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 23.

<sup>520</sup> LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques nationaux*, Dalloz, 2008, p. 494.

<sup>521</sup> Cf. *infra* n°513s. sur la la détermination proposée de la compétence des autorités en matière conjugale.

s'il existe toujours une loi normalement applicable à un rapport de droit donné, l'absence possible de règles relatives à la compétence internationale des autorités de l'Etat de reconnaissance suppose qu'il n'existe pas d'autorité normalement compétente pour enregistrer un tel rapport de droit. La preuve de l'intention frauduleuse étant difficile à établir, le contrôle de l'absence de fraude, quand bien même serait-il admis, aurait simplement pour objet de vérifier, de façon casuistique, « la qualité de la proximité de la situation juridique et de l'organe intervenant »<sup>522</sup>. L'admission de la méthode de la reconnaissance coïncidant avec une extension de l'autonomie de la volonté, on peut d'ailleurs se demander s'il y a fraude à faire usage de cette autonomie<sup>523</sup>.

**259.** Face aux incertitudes quant aux modalités de détermination d'un lien de proximité entre la situation juridique à reconnaître et l'ordre juridique dans lequel elle s'est constituée, peut-être serait-il davantage judicieux d'adopter de véritables règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale<sup>524</sup>. Cela permettrait d'adopter par la suite une règle de conflit rendant applicable la loi de l'autorité saisie de la création de l'union. L'adaptation proposée de la méthode conflictuelle classique rendrait alors inutile le recours à la méthode de la reconnaissance dont le maniement est loin d'être évident. Du reste, aux doutes relatifs à la détermination des situations auxquelles cette méthode serait susceptible de s'appliquer, s'ajoutent ceux relatifs à la portée d'une telle reconnaissance.

---

<sup>522</sup> PAMBOUKIS (C.), « L'acte quasi-public en droit international privé », *RCDIP*, 1993, p. 565.

<sup>523</sup> LAGARDE (P.), « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 24.

<sup>524</sup> V. en ce sens QUINONES ESCAMEZ (A.), « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *RCDIP*, 2007, p. 357s.

## SECTION II : LA PORTEE INCERTAINE DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE

**260.** La portée de la méthode de la reconnaissance reste incertaine. En effet, de nombreuses questions se posent quant à l'étendue des effets de la situation juridique à reconnaître. Cette question est particulièrement importante car, contrairement à la méthode conflictuelle classique qui repose sur une qualification *lege fori* de la situation litigieuse<sup>525</sup>, la méthode de la reconnaissance implique une qualification *lege causae*. L'Etat requis doit ici reconnaître la situation telle qu'elle a été créée à l'étranger sans avoir besoin de l'intégrer dans l'une de ses catégories juridiques afin de déterminer la loi qui lui serait applicable. Le problème se déplace alors nécessairement sur le terrain des effets à reconnaître. Or, pour l'heure, il n'existe pas de réponse définitive à la question de l'étendue des effets que cette situation constituée à l'étranger pourra développer dans l'Etat de reconnaissance. Du reste, il se peut que, pour une même personne ou pour un même couple, des situations concurrentes et parfois incompatibles se créent dans différents ordres juridiques et remplissent, au moins à première vue, les conditions de la reconnaissance<sup>526</sup>. La méthode de la reconnaissance est alors confrontée au problème de la reconnaissance de situations concurrentes auquel elle n'a pas encore apporté de solution.

**261.** La méthode de la reconnaissance reste donc insuffisante quant à la détermination de l'étendue des effets de la situation à reconnaître (*I*) et quant à l'hypothèse de la reconnaissance de situations concurrentes (*II*).

### **I. Les incertitudes quant aux effets de la situation juridique**

**262.** La question de savoir si les effets de la situation à reconnaître doivent être ceux qui lui sont attachés par le droit de l'Etat de constitution ou ceux prévus par celui de l'Etat de

---

<sup>525</sup> Cf. *supra* n°144s. sur la qualification *lege fori* des unions conjugales dans l'application de la méthode conflictuelle classique.

<sup>526</sup> V. en ce sens LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques nationaux*, Dalloz, 2008, p. 497.

reconnaissance est débattue<sup>527</sup>. Autrement dit, l'efficacité attribuée au rapport de droit sera-t-elle celle du pays d'origine ou celle du pays de réception ? Cette question revêt une importance particulière en matière de couples. En effet, si les effets du mariage sont à peu près similaires d'un Etat à un autre, ceux des partenariats enregistrés diffèrent grandement. De nombreuses divergences doctrinales existent donc quant à la portée de la méthode de la reconnaissance. Le débat initial a consisté à opposer deux thèses radicales – l'assimilation des effets ou *gleichstellung*, et la propagation des effets ou *wirkungserstreckung* – sans qu'aucune d'entre elles ne puisse prétendre apporter une réponse satisfaisante à la question des effets d'une union de couple constituée à l'étranger (*A*). D'autres thèses plus modérées ont alors été proposées, sans pour autant que celles-ci n'arrivent à résoudre complètement le problème (*B*).

#### **A. L'insuffisance des thèses radicales**

**263.** Pour les partisans de la thèse de l'assimilation des effets, tels que le Professeur Mayer, la méthode de la reconnaissance se limite à la reconnaissance de la constitution d'une situation juridique sans déborder sur ses effets. Ces derniers devront donc être soumis aux règles de conflit de l'Etat de reconnaissance. En effet, « reconnaître en France qu'un partenariat enregistré ait pu être créé et fonctionner valablement à l'étranger est une chose, laisser les partenaires exercer leurs droits sur le territoire français en est une autre »<sup>528</sup>. Dès lors, à suivre cet auteur, les effets prévus par l'Etat dans lequel la situation s'est constituée ne seront pas reconnus dans l'Etat requis. La thèse de l'assimilation des effets consiste donc à procéder par équivalence. L'union conjugale constituée à l'étranger sera traitée, quant à ses effets, à l'aune de l'union de couple la plus proche de celle-ci dans l'Etat requis. Ainsi, la loi suisse du 18 juin 2004 prévoit-elle qu'un « mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes de même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré » et développera les effets prévus par la loi suisse en matière de partenariat enregistré. Cette thèse rend la question du traitement des effets bien plus facile à résoudre pour le juge de l'Etat requis puisque celui-ci ne doit appliquer que sa loi aux effets de la situation à reconnaître. Elle

---

<sup>527</sup> V. LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques nationaux*, Dalloz, 2008, p. 495.

<sup>528</sup> MAYER (P.), « La méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 569.

permet également une cohérence de l'ordre juridique de reconnaissance dans la réglementation des unions conjugales puisque celles-ci se verront reconnaître les mêmes effets, qu'elles aient été créées dans son ordre juridique ou à l'extérieur de ce dernier.

**264.** Toutefois la thèse de l'assimilation des effets « ne garantit pas la reconnaissance internationale ou la continuité à travers les frontières du modèle d'union de couple national, de la manière dont il est reconnu par l'Etat et a été contemplé par le couple »<sup>529</sup>. Cette thèse rompt donc avec l'uniformité des solutions et la libre circulation des personnes et de leurs statuts, qui sont pourtant les objectifs assignés à la méthode de la reconnaissance. Consciente que reconnaître n'équivaut pas à assimiler, une partie de la doctrine a donc estimé cette thèse trop stricte pour permettre une coordination satisfaisante des ordres juridiques et une harmonie internationale des solutions. En effet, reconnaître la constitution d'une union sans en reconnaître les effets, n'est-ce pas reconnaître une « enveloppe vide »<sup>530</sup> ? La thèse de la propagation des effets propose alors le résultat inverse.

**265.** La thèse de la propagation des effets est la reconnaissance « telle quelle » de la situation juridique constituée à l'étranger. Elle consiste à reconnaître la plénitude des effets de la situation juridique. Ainsi les effets d'une union conjugale constituée dans un Etat A et reconnue dans un Etat B seront ceux prévus par la législation de l'Etat A. C'est la solution que le législateur français a adopté en soumettant les effets du partenariat enregistré à l'étranger aux règles matérielles de l'Etat de son enregistrement. Il est désormais acquis qu'un partenariat enregistré à l'étranger peut produire en France des effets similaires, bien plus importants que ceux que développe le PACS<sup>531</sup>. C'est en suivant cette logique que la réponse ministérielle du 26 juillet 2005<sup>532</sup> prévoyait que les effets personnels d'un mariage entre personnes de même sexe valablement contracté à l'étranger devraient être soumis à « la loi du

---

<sup>529</sup> QUINONES ESCAMEZ (A.), « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *RCDIP*, 2007, p. 357.

<sup>530</sup> Expression utilisée par le Professeur Marie-Laure Niboyet en réaction à la communication du Professeur Etienne Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006-2008, Pedone, 2009, p. 74s : « La reconnaissance d'un statut dont on vous retire des éléments essentiels devient une enveloppe vide ».

<sup>531</sup> KESSLER (G.), « Reconnaissance des partenariats enregistrés : les enseignements de la loi du 23 juin 2006 », *AJ Famille*, 2007, p. 23.

<sup>532</sup> Rép. min. n°415333, Min. Justice : JOAN Q, 26 juillet 2005, p. 7437.



pays du mariage »<sup>533</sup>. Cette thèse permet le maintien de la cohérence internationale du rapport juridique créé à l'étranger. Elle se veut ainsi respectueuse de la diversité des modes de conjugalité et de la volonté des parties qui se sont engagées dans une union précisément en fonction des effets prévus par celle-ci et dont les prévisions ne se voient pas modifiées par un franchissement de frontière.

**266.** La thèse de la propagation des effets impose toutefois au juge requis de se prononcer sur les effets de l'union conjugale constituée à l'étranger de déterminer ces effets en fonction de la loi de l'ordre juridique dans lequel l'union s'est créée. Elle nuit donc à la cohérence du système juridique de l'Etat de reconnaissance puisque chaque union sera soumise à des effets différents, en fonction des règles applicables selon l'Etat dans lequel elles se sont constituées, et avec lequel les membres du couple ne peuvent d'ailleurs plus avoir de lien lorsqu'une question relative aux effets de leur union se posera. Cette thèse serait particulièrement adaptée aux partenariats enregistrés et notamment aux partenariat-cadres<sup>534</sup> qui « se réduisent à une énumération d'effets précis et hétéroclites, auxquels on ne peut pas logiquement substituer, comme équivalents, les effets compris dans une autre énumération tout aussi hétéroclite »<sup>535</sup>. Toutefois, si l'application de cette thèse ne semble pas problématique concernant la reconnaissance d'un partenariat-cadre dans un pays connaissant un partenariat-statut, l'inverse n'est pas vrai. Ainsi, la reconnaissance d'un PACS français en Angleterre ne pose pas de problème car le *civil partnership* de droit anglais connaît des effets beaucoup plus importants que le PACS français. A l'inverse, la reconnaissance d'un *civil partnership* en France impose au juge saisi de reconnaître aux partenaires anglais des effets bien plus importants que ceux reconnus aux partenaires pacsés. Or ces effets, en matière de succession ou de filiation par exemple, peuvent être contraires à l'ordre public international de l'Etat requis. Dès lors, une propagation complète des effets n'a que peu de chance de fonctionner en pratique et sera nécessairement circonscrite par l'ordre public conjugal du for.

---

<sup>533</sup> V. MIGNOT (M.), « Effets en France d'un mariage homosexuel célébré dans un pays de l'Union européenne », *JCPG* n° 48, 2005, 652.

<sup>534</sup> Sur la distinction partenariats-cadres et partenariats-statuts, *cf. supra* n°151.

<sup>535</sup> MAYER (P.), « La méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 569.

**267.** Ni la thèse de l'assimilation des effets, ni la thèse de la propagation des effets n'étant pleinement satisfaisantes, d'autres thèses plus modérées ont été proposées sans que celles-ci n'arrivent à résoudre complètement le problème.

### **B. L'insuffisance des thèses modérées**

**268.** Certains auteurs ont proposé une propagation partielle des effets d'un partenariat étranger en lui imposant deux limites. D'une part, l'Etat de reconnaissance ne devrait pas reconnaître des effets plus importants que ceux prévus par l'Etat de constitution du partenariat<sup>536</sup>. Il s'agit d'une application à la situation juridique litigieuse du principe selon lequel un jugement ne peut avoir plus d'effets dans l'Etat d'accueil que dans l'Etat d'origine<sup>537</sup>. Cela signifie par exemple qu'un couple pacé en France et installé en Angleterre ne devrait pas pouvoir bénéficier d'autres effets juridiques que ceux prévus par la loi française. D'autre part, l'Etat de reconnaissance ne devrait pas reconnaître des effets plus importants à cette situation juridique créée à l'étranger que ceux prévus par sa loi quant aux unions conjugales qu'il règlemente. C'est ce qu'a retenu le législateur allemand en considérant que les effets d'un partenariat enregistré à l'étranger ne peuvent dépasser ceux prévus par la loi allemande en matière de partenariat enregistré. Mais, au lieu de constituer une propagation partielle des effets, cette thèse ne revient-elle pas plutôt à réaliser une assimilation partielle ? En effet, selon cette thèse, un couple ayant conclu un partenariat à l'étranger se verra reconnaître moins d'effets que ceux prévus par le droit allemand en application des règles de l'Etat dans lequel ils ont enregistré leur partenariat alors que si cette législation en prévoit davantage, ceux-ci ne seront reconnus qu'à concurrence de ceux prévus par le droit allemand. Cette thèse ne permet donc pas d'assurer la continuité concrète du statut conjugal et, partant, de respecter l'intégrité internationale de l'union conjugale litigieuse.

**269.** Le Professeur Lagarde a alors proposé de limiter la reconnaissance aux effets produits dès et par la création du rapport juridique qui seraient devenus des faits. A l'inverse, les effets dissociables du rapport juridique et les effets non encore produits resteraient soumis

---

<sup>536</sup> V. en ce sens BOLLEE (S.), « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 350.

<sup>537</sup> V. en ce sens PATAUT (E.), « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006-2008, Pedone, 2009, p. 74s.

à la méthode des conflits de lois. Il y a là une double distinction entre, d'une part, les effets présents et à venir et, d'autre part, les effets dissociables et non dissociables de la situation juridique. Or, cette distinction ne semble pas être d'un maniement aisé. En effet, quels sont les effets dissociables d'une union de couple et ceux qui lui sont inhérents ? Cela dépend-il des conceptions de l'ordre juridique dans lequel l'union conjugale s'est constituée ou de celles dans lequel elle tend à être reconnue ? De manière générale, le seul effet indissociable de l'union conjugale ne serait-il pas l'effet de titre procuré par ce nouveau statut conjugal ? Dans une telle acception, la méthode de la reconnaissance ne se résumerait-elle pas à la seule reconnaissance de l'effet de titre des actes publics étrangers<sup>538</sup> ? Du reste, l'on peut se demander s'il est réellement pertinent, en matière d'unions conjugales, de distinguer les effets présents des effets à venir alors même que l'objectif d'une telle union est d'unir le destin de deux personnes et donc de régler les effets à venir de leur existence commune.

**270.** Il semble dès lors qu'il y ait peu de perspectives pour la méthode de la reconnaissance lorsqu'il s'agit d'appréhender les effets d'une institution inconnue ou connue différemment de l'Etat requis<sup>539</sup>. Si la méthode conflictuelle classique est parfois inadaptée face à ces situations<sup>540</sup>, la méthode de la reconnaissance l'est tout autant. L'étendue des effets de la situation juridique à reconnaître est donc encore incertaine, comme l'est la question de la reconnaissance de situations concurrentes.

---

<sup>538</sup> V. en ce sens PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515s. V. également pour une reconnaissance facilitée de l'effet de titre de l'acte public constitutif du lien conjugal, le règlement (UE) 2016/1191 du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, applicable à compter du 16 février 2019 dont l'article 1<sup>er</sup> prévoit qu'il s'applique aux documents publics délivrés par les autorités d'un État membre dont la finalité première est d'établir le mariage, y compris la capacité à mariage et la situation matrimoniale et le partenariat enregistré, y compris la capacité à conclure un partenariat enregistré et le statut de partenariat enregistré. Ces documents seront notamment désormais dispensés de toute forme de légalisation et de formalité similaire – telle que l'apostille – et les autres formalités afférentes à leur acceptation sont désormais simplifiées. V. notamment IDOT (L.), « La libre circulation des documents publics ou quand l'Europe du quotidien avance... », *Revue Europe*, LexisNexis, n°7, Juillet 2016, alerte 49

<sup>539</sup> V. en ce sens BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009, p. 452.

<sup>540</sup> Sur l'inadaptation des mécanismes conflictuels aux formes de conjugalité inconnues du for, cf. *supra* n°140s.

## **II. Les incertitudes quant à la reconnaissance de situations juridiques concurrentes**

**271.** L'application de la méthode de la reconnaissance semble problématique en présence de situations concurrentes. Deux hypothèses peuvent à ce titre être envisagées : d'une part, celle de la formation successive de deux unions conjugales dans deux Etats différents (*A*) et, d'autre part, celle de la formation d'une union conjugale dans un Etat et son annulation dans un autre (*B*). Or, aucune réponse claire n'est apportée par cette nouvelle méthode à l'une comme à l'autre de ces hypothèses. C'est ce qu'il convient d'analyser.

### **A. La formation successive des deux unions conjugales**

**272.** Un couple peut avoir formé un partenariat-statut ou un mariage dans un Etat A qui ne sera pas reconnu dans un Etat B dans lequel il formera alors un partenariat-cadre. A l'inverse, les membres du couple peuvent avoir formé un partenariat-cadre dans un Etat A, qui ne produit pas d'effet à l'état civil, puis un partenariat-statut ou un mariage dans un Etat B. En effet, si la majorité des législations nationales prévoit que la conclusion d'un partenariat enregistré fait obstacle à la conclusion d'un autre partenariat ou d'un mariage par l'un des membres du couple, interdisant ainsi les unions polygamiques, elle n'interdit pas aux membres du couple de former ensemble une nouvelle union. Or, si ce couple décide d'aller vivre dans un Etat C, la question sera de savoir quel statut conjugal l'Etat C sera tenu de reconnaître en application de la méthode de la reconnaissance. Plusieurs réponses peuvent alors être envisagées sans qu'aucune ne s'avère complètement pertinente.

**273.** On peut d'abord envisager que l'Etat C fasse du principe *lex posterior priori derogat* une métarègle de priorité. Autrement dit, qu'il reconnaisse l'union de couple formée en dernier lieu. C'est la solution que retient le législateur allemand en estimant que « le partenariat créé en dernier lieu est déterminant, à compter de sa création, pour les effets généraux et patrimoniaux ainsi que pour la dissolution du lien »<sup>541</sup>. En théorie cette thèse semble respectueuse de la volonté des parties en ce qu'elle prévoit la reconnaissance du dernier statut conjugal que le couple a volontairement choisi de constituer. Toutefois, dans

---

<sup>541</sup> Article 17 b §3 EGBGB.

notre seconde hypothèse, l'application de cette théorie signifie que l'Etat C devra reconnaître le partenariat-cadre formé par le couple dans l'Etat B alors même que celui-ci est un pis-aller reconnaissant moins de droits que le partenariat-statut ou le mariage formé par ledit couple dans l'Etat A.

**274.** On peut également penser à une application du principe de l'autonomie de la volonté qui permettrait aux membres du couple de déterminer eux-mêmes quel statut conjugal ceux-ci souhaitent faire reconnaître dans l'Etat C. Mais, d'une part, l'application de cette solution n'est-elle pas trop libérale ? D'autre part, que faire si le couple, dont les membres peuvent avoir des avis divergents, ne parvient pas à se mettre d'accord sur l'union conjugale à reconnaître ? Cette question est d'autant plus importante que la reconnaissance de l'union aura des conséquences sur les tiers et notamment sur les enfants ayant pu naître dudit couple.

**275.** On peut ensuite envisager que l'Etat C, en application de la théorie de l'assimilation des effets précédemment développée, décide de ne reconnaître aucune des deux unions mais de requalifier l'union étrangère selon les conceptions de son droit national. Autrement dit, un couple ayant conclu un PACS en France puis un *civil-partnership* en Angleterre et décidant d'aller résider en Allemagne serait considéré, par le juge allemand, comme ayant formé un *eingetragene Lebenspartnerschaft*. Cette solution n'est manifestement pas respectueuse de la volonté des parties ni de leurs prévisions légitimes. Contrairement à l'objectif recherché par cette méthode, cette solution entraînerait une modification du statut conjugal et des effets juridiques attachés à celui-ci à chaque franchissement de frontière.

**276.** Enfin, une autre solution pourrait être proposée : celle du cumul d'effets. C'est ce qu'a adopté la convention de Munich sur la reconnaissance des partenariats enregistrés qui prévoit dans son article 6 que « lorsque les mêmes partenaires font enregistrer des partenariats dans plusieurs Etats, les effets en matière civile mentionnés aux articles 4 et 5 et prévus par la loi de l'un ou de plusieurs de ces Etats sont reconnus même si ces effets ne sont pas prévus par la loi de tous ces Etats ». Or, comme le relève le Professeur Lagarde, cette solution n'est possible que parce que la convention limite la reconnaissance « à quelques effets d'état civil

limitativement énumérés »<sup>542</sup>. Appliquée à l'ensemble des effets juridiques, cette solution ne vient-elle pas dénaturer les unions conjugales antérieurement formées ? Du reste, comment cette solution pourrait-elle s'appliquer lorsque les ordres juridiques dans lesquels ces unions se sont créées prévoient des effets juridiques contradictoires ?

277. La méthode de la reconnaissance semble donc impuissante, à l'heure actuelle, à résoudre les problèmes posés en cas de constitution de deux unions conjugales. En effet, aucune solution envisagée ne permet de répondre convenablement à la question de savoir quelle union conjugale sera reconnue par l'Etat requis. Un tel constat peut également être dressé concernant l'hypothèse de la formation d'une union conjugale dans un Etat et son annulation dans un autre.

## **B. La formation et l'annulation successive d'une union conjugale**

278. Il se peut qu'une union conjugale ait été créée dans un Etat A puis ait été annulée dans un Etat B avant que l'un des membres du couple ne demande au juge de l'Etat C de se prononcer sur la reconnaissance de son statut conjugal. Dans une telle hypothèse, le juge requis devrait-il reconnaître la création de l'union conjugale ou son annulation ?

279. Nous pouvons prendre l'exemple d'un mariage valablement célébré aux Pays-Bas puis annulé par un jugement français non reconnu aux Pays-Bas dont les membres du couple décident de s'installer au Luxembourg. Le Luxembourg, en tant qu'Etat requis de la reconnaissance, doit-il reconnaître la validité ou la nullité du mariage ? D'une part, celui-ci est partie, ainsi que les Pays-Bas, à la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages qui lui impose, conformément à son article 9, de reconnaître le mariage valablement conclu selon le droit de l'Etat de la célébration<sup>543</sup>. D'autre part, celui-ci est lié par le règlement dit Bruxelles II bis dont l'article 21 impose de reconnaître la décision d'annulation de l'union conjugale. Or, si la clause de

---

<sup>542</sup> LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 497s.

<sup>543</sup> Sur l'analyse de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, cf. *infra* n°294s.

déconnexion prévue à l'article 60 dudit règlement européen prévoit les hypothèses dans lesquelles celui-ci primera, pour les relations entre les Etats membres, sur d'autres conventions multilatérales, cet article n'exclut toutefois pas la convention de la Haye du 14 mars 1978. De même, si l'article 22 du règlement prévoit comme motif de non-reconnaissance l'existence d'une « décision incompatible », rien n'est précisé quant à l'existence d'une situation incompatible.

**280.** La question, qui dépasse le simple conflit de normes internationales dont la résolution est ici impossible, est alors de savoir si la reconnaissance de la situation doit ou non primer sur la reconnaissance de la décision qui l'annule. Le Professeur Lagarde considère à ce titre que la reconnaissance de la décision devrait primer sur la reconnaissance de la situation<sup>544</sup>. Sans doute une analyse en termes d'intensité de la cristallisation et d'autorité de la chose jugée fonde-t-elle la primauté de la reconnaissance de la décision sur la reconnaissance de la situation. Mais une analyse en termes d'espérance légitime des parties à voir leur union, ou son annulation, reconnue à l'étranger ne permet toutefois pas de trancher la question. Il appartiendrait alors au juge requis de la reconnaissance de procéder à un contrôle de proportionnalité entre les espérances, certainement contradictoires, des parties afin de déterminer, en opportunité, quelle norme supranationale appliquer. Le choix de reconnaître la constitution de l'union ou sa décision d'annulation appartiendrait à l'Etat requis et la méthode de la reconnaissance ne serait alors que d'une faible utilité.

**281.** La méthode de la reconnaissance ne permettrait donc pas non plus d'apporter de réponse satisfaisante à la question de savoir si le juge requis de la reconnaissance de l'union conjugale devrait en reconnaître la création ou l'annulation. La reconnaissance de la situation juridique légalement formée à l'étranger entre alors en conflit avec la reconnaissance de la décision d'annulation de cette situation.

---

<sup>544</sup> LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 497.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**282.** Les soubassements théoriques de la méthode de la reconnaissance sont particulièrement intéressants. Ils présentent en effet le mérite de véritablement prendre en compte l'exigence de continuité internationale des unions conjugales en palliant, *a priori*, les carences de la méthode conflictuelle classique. Mais, l'application de la méthode de la reconnaissance est fortement incertaine.

**283.** D'une part, la définition extensive du critère de cristallisation de la situation juridique à reconnaître dans un ordre juridique donné ne permet pas de déterminer convenablement quelles unions conjugales seraient susceptibles d'être soumises à la méthode de la reconnaissance. Son application à des unions non formalisées par l'intervention d'une autorité publique ne nous semble en effet pas pertinente. C'est de l'effet constitutif du lien conjugal reconnu par l'ordre juridique de l'autorité saisie de la création de l'union, que naît l'espérance légitime des membres du couple à voir leur union reconnue à l'étranger. A l'inverse, les unions conjugales non constituées par l'intervention d'une autorité publique ne reposent que sur une hypothétique reconnaissance rétrospective d'une possession d'état de couple pour laquelle les intéressés n'ont jusqu'à lors acquis aucun droit subjectif à la continuité d'un statut qui n'existe pas encore. Cette définition extensive du critère de cristallisation de la situation juridique dans son ordre juridique d'origine rapproche alors dangereusement la méthode de la reconnaissance de la théorie des droits acquis, pourtant vivement critiquée, au point de lui faire perdre son identité méthodologique.

**284.** D'autre part, si la situation juridique dont la reconnaissance est demandée devrait présenter une proximité avec l'ordre juridique dans laquelle celle-ci a été créée afin d'éviter de tomber dans un libéralisme excessif rapprochant la méthode de la reconnaissance de la politique du fait accompli, de nombreux doutes existent quant aux modalités de détermination de cette exigence de proximité. Afin de résoudre ce problème, certainement conviendrait-il d'adopter des règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale. Le cas échéant, le recours à la méthode conflictuelle, par un rattachement à la loi de l'autorité saisie de la création de l'union, parviendrait au même résultat que celui visé par la méthode de la reconnaissance.



**285.** Si l'applicabilité de la méthode de la reconnaissance est incertaine, la portée de celle-ci l'est tout autant. L'étendue des effets de la situation juridique à reconnaître est encore indéfinie. Il n'est en effet pas certain que les effets que pourra développer cette situation juridique dans l'Etat requis de sa reconnaissance soient ceux qui lui sont attachés par le droit de l'Etat dans lequel elle s'est constituée ou ceux prévus par l'Etat dans lequel sa reconnaissance est demandée. Aucune des thèses proposées pour répondre à cette épineuse mais pourtant cruciale question ne permet à la fois de garantir l'intégrité internationale du lien conjugal, la cohésion du système juridique du for et les attentes légitimes des parties. Du reste, la méthode de la reconnaissance est insuffisante lorsque des situations juridiques concurrentes ont été valablement créées à l'étranger et que leur reconnaissance est demandée dans l'Etat requis. Cette méthode n'est en effet pas en mesure d'apporter de réponse satisfaisante à l'hypothèse de la formation successive de deux unions conjugales dans deux Etats différents ni à celle de la formation d'une union conjugale dans un Etat et son annulation dans un autre ordre juridique.

**286.** Si nous pouvons considérer, à l'instar du Professeur Sylvain Bollée, que « l'impossibilité de cerner d'emblée tous les ajustements que peut impliquer le recours à une méthode nouvelle ne doit pas conduire à la rejeter péremptoirement »<sup>545</sup>, il semble néanmoins qu'en plus d'être incertaine, l'application de la méthode de la reconnaissance ne présenterait qu'une effectivité limitée en matière d'unions conjugales. En effet, les mécanismes actuellement en vigueur, sur la base desquels se fonde cette méthode, ne permettent pas véritablement d'assurer une circulation pérenne des unions conjugales. C'est ce qu'il convient désormais d'analyser.

---

<sup>545</sup> BOLLEE (S.), « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 336.

## CHAPITRE II : L'EFFECTIVITE LIMITEE DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE

**287.** La méthode de la reconnaissance constitue une conceptualisation et une systématisation doctrinale des différents mécanismes de reconnaissance des situations juridiques actuellement en vigueur. La diversité des mécanismes de reconnaissance des situations juridiques sur laquelle elle repose participe ainsi à la création d'une méthode polymorphe. Si les fondements des mécanismes de reconnaissance divergent, ils ont tous pour caractéristique essentielle la reconnaissance, par un Etat, d'une situation qui s'est cristallisée dans un autre Etat, sans contrôle de la loi appliquée à celle-ci. Partant, ils tendent tous à assurer la continuité concrète des situations juridiques. L'effectivité est classiquement définie comme « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement »<sup>546</sup>. S'intéresser à l'effectivité de la méthode de la reconnaissance en matière d'unions conjugales revient donc à se demander si les mécanismes existants permettent de produire l'effet voulu, c'est-à-dire d'assurer une circulation sans entrave des statuts conjugaux.

**288.** Le fait que certains Etats aient adopté dans leur législation nationale des clauses de reconnaissance des situations juridiques constituées à l'étranger démontre leur attitude libérale quant à la réception de certaines unions conjugales. Toutefois, de tels mécanismes de reconnaissance permettent simplement la réception de ces unions conjugales dans l'Etat requis. Ils n'imposent en rien une circulation desdites unions entre les Etats. Ainsi, l'article 45 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 prévoit-il qu'un « mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse »<sup>547</sup>. Dès lors, la Suisse fait prévaloir l'exigence de continuité de l'union valablement célébrée à l'étranger sur l'application de ses propres règles de droit international privé. L'article 9 de la loi néerlandaise de droit international privé du 19 mai 2011 prévoit également que « lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un Etat étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait

---

<sup>546</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 384.

<sup>547</sup> Une autre règle a cependant été adoptée concernant les mariages homosexuels étrangers. En effet, la loi suisse du 18 juin 2004 prévoit qu'un « mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes de même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré ».

aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaissance de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique »<sup>548</sup>. Ces mécanismes de reconnaissance sont donc unilatéraux. Ils ne permettent d'assurer qu'une réception des situations juridiques dans l'Etat qui les a établis et non leur circulation entre les Etats. Afin de déterminer l'effectivité de la méthode de la reconnaissance, il convient donc davantage de s'intéresser aux mécanismes de reconnaissance supranationaux visant la circulation des unions conjugales entre les différents ordres juridiques<sup>549</sup>.

**289.** A ce titre, l'eupéanisation croissante du droit international privé tend de plus en plus à dissocier l'analyse des situations juridiques intra-européennes et extra-européennes. Si l'intégration européenne favorise la reconnaissance des normes, décisions et situations intra-européennes sur la base des libertés de circulation<sup>550</sup>, cela ne veut pas dire que la méthode de la reconnaissance ne trouve à s'appliquer qu'en Europe. Au contraire, des mécanismes de reconnaissance se manifestent également en dehors des frontières européennes dans le cadre de conventions internationales ou régionales. Toutefois, l'absence de communauté de droit au niveau universel et d'intégration régionale aussi aboutie qu'en Europe rend en réalité illusoire l'effectivité des mécanismes extra-européens de reconnaissance des unions conjugales (*Section I*). Seuls les mécanismes fondés sur les libertés européennes de circulation sont en mesure d'assurer une circulation, effective mais nécessairement limitée, des unions conjugales (*Section II*).

---

<sup>548</sup> Loi du 19 mai 2011 établissant et instaurant le Livre 10 (Droit international privé), traduit en français par Dorothee van Iterson in *RCDIP*, 2012, p. 674.

<sup>549</sup> Nous analyserons également certaines dispositions nationales d'Etats fédéraux qui, sans constituer des mécanismes supranationaux, ont pour objectif de permettre une circulation des unions conjugales entre les différents Etats fédérés qui les composent.

<sup>550</sup> PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515.

## **SECTION I : L'EFFECTIVITE ILLUSOIRE DES MECANISMES EXTRA- EUROPEENS DE RECONNAISSANCE DES UNIONS CONJUGALES**

**290.** Aucune convention internationale ne semble pouvoir assurer une coordination concrète satisfaisante des ordres juridiques de telle sorte qu'une union conjugale formée dans un Etat soit reconnue dans un autre Etat. Ces conventions ne permettent en effet pas de déjouer les mécanismes classiques de droit international privé des Etats concernant la réception des situations juridiques étrangères. Il en résulte donc une absence d'effectivité de la méthode de la reconnaissance retenue par ces conventions au sein de la société internationale.

**291.** Il convient alors de savoir si, en présence d'une certaine communauté de droit à l'échelle fédérale ou régionale, de tels mécanismes peuvent être effectifs. En dehors de l'Europe, seule l'Amérique constitue un bloc régional suffisamment développé pour en analyser les mécanismes de droit international privé. A l'analyse des mécanismes interétatiques peut se coupler celle des mécanismes interfédéraux. En effet, les conflits interfédéraux, qui surgissent entre les règles émanant des différentes autorités fédérées d'un même Etat, sont particulièrement proches des conflits internationaux de lois<sup>551</sup>. Or, nous verrons, au terme d'une étude de droit comparé, que les mécanismes de reconnaissance interétatiques et intra-étatiques prévus sur le continent américain s'avèrent insuffisants à assurer une continuité des unions conjugales.

**292.** Dès lors, si l'effectivité des mécanismes conventionnels est illusoire (**I**), celle des mécanismes régionaux et fédéraux américains est également décevante (**II**).

---

<sup>551</sup> Contrairement aux conflits interprovinciaux ou interrégionaux dont la distinction repose sur l'existence ou non d'un pouvoir législatif et judiciaire autonome. Pour une relativisation de cette distinction, V. PARISOT (V.), *Les conflits internes de lois*, Bibliothèque de l'IRJS, vol. 340, 2013.

## **I. L'absence d'effectivité des mécanismes conventionnels**

**293.** La méthode de la reconnaissance s'est manifestée en droit international privé conventionnel dans certains accords internationaux adoptés notamment dans le cadre de la Conférence de La Haye et de la Commission internationale de l'état civil (CIEC)<sup>552</sup>. En matière de couples, deux conventions internationales retiendront notre attention : la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages et la convention CIEC du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés. L'analyse de ces conventions nous permettra de démontrer qu'elles sont encore largement insuffisantes à permettre une circulation internationale pérenne des mariages (*A*) et des partenariats enregistrés (*B*).

### **A. L'absence de reconnaissance interétatique des mariages**

**294.** La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages<sup>553</sup> met en œuvre l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques afin de faciliter la célébration des mariages et de garantir leur reconnaissance à l'étranger. La première partie, facultative, de cette convention est relative à la loi applicable à la célébration du mariage. Elle prévoit, de façon classique, que les conditions de forme du mariage sont soumises à la loi de l'Etat de célébration<sup>554</sup> mais, de façon moins classique, que les conditions de fond le sont également. Il peut s'agir soit de la loi interne de l'Etat de célébration si l'un des époux en a la nationalité ou y a sa résidence

---

<sup>552</sup> La reconnaissance des unions conjugales ne peut en effet se fonder sur la protection internationale des droits de l'Homme. Ainsi, par exemple, si le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 protège le droit au mariage et à la non-discrimination, le Comité des Nations-Unies pour les droits de l'Homme n'a pas estimé que cette convention internationale imposait aux Etats de reconnaître certaines unions conjugales, notamment les mariages entre personnes de même sexe (*Juliet Joslin et consorts c/ Nouvelle Zélande* du 17 juillet 2002). Ce système de protection des droits de l'Homme ne permet donc pas la reconnaissance interétatique des nouvelles formes de conjugalité. V. en ce sens WALKER (K.), « United Nations human rights law and same-sex relationships : where to from here ? », in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships, A Study on National, European, and International Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, n° 42.

<sup>553</sup> Pour une analyse de la convention, v. BATIFFOL (H.), « La treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *RCDIP*, 1977, p. 467s et ROEHRICH (C.), « La convention de La Haye du 1<sup>er</sup> octobre 1977 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages », *TCFDIP*, 1977-1979, Pedone, 1980, p. 3s (l'auteur du précis qu'il ne s'agit pas de la convention du 1<sup>er</sup> octobre 1977, non encore ouverte à la signature, mais celle du 14 mars 1978).

<sup>554</sup> Selon l'article 2 de la convention.

habituelle, soit de la loi désignée par la règle de conflit de lois de l'Etat de célébration<sup>555</sup>. La seconde partie, qui est, elle, obligatoire, s'attache à la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger. Elle prévoit, dans son neuvième article – clé de voute de la convention – que « le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'Etat de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout Etat contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre »<sup>556</sup>. Cet article pouvant se lire indépendamment des règles facultatives prévues dans la première partie de la convention, il impose la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger quelle qu'ait été la loi appliquée audit mariage, à la seule condition que celui-ci soit valide dans l'ordre juridique de célébration<sup>557</sup>.

**295.** Cette convention manifeste une idée de faveur pour la reconnaissance des mariages étrangers<sup>558</sup>. Il s'agit en effet de « ne pas porter atteinte à la stabilité de la situation juridique concrète consacrée dans l'Etat où la cérémonie a eu lieu »<sup>559</sup> et ce, quelle qu'ait été la loi appliquée par l'Etat de célébration. La convention apporte dès lors « un changement significatif pour les Etats qui exigent encore, au stade de la reconnaissance, la vérification des conditions posées par la loi nationale de chacun des époux qui constitue l'un des derniers vestiges de la révision au fond »<sup>560</sup>. Cette convention est particulièrement moderne dans son approche en ce que les règles qu'elle prévoit correspondent aux caractéristiques inhérentes à la méthode de la reconnaissance unilatérale.

**296.** Cette convention ne connaît toutefois qu'un très faible taux de ratification puisqu'elle n'a, à ce jour, été ratifiée que par trois Etats : l'Australie, les Pays-Bas et le

---

<sup>555</sup> Selon l'article 3 de la convention. Cet article n'aborde toutefois la question de la loi applicable aux conditions de fond du mariage qu'au travers de l'obligation faite à l'autorité saisie de célébrer celui-ci si les futurs époux répondent aux conditions posées par cette loi.

<sup>556</sup> Cet article précise qu'est « également considéré comme valable le mariage célébré par un agent diplomatique ou un fonctionnaire consulaire conformément à son droit, à condition que cette célébration ne soit pas interdite par l'Etat de la célébration ».

<sup>557</sup> A l'inverse, la convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, dont l'article 11 prévoit qu'un « trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que trust », n'est pas une application de la méthode de la reconnaissance unilatérale puisqu'elle détermine elle-même quelle loi est applicable à un trust.

<sup>558</sup> V. en ce sens DROZ (G.), « Regards sur le droit international privé », *RCADI*, vol. 229, 1991, n°129s.

<sup>559</sup> BOLLEE (S.), « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 327.

<sup>560</sup> BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009, p. 448.

Luxembourg<sup>561</sup>. Du reste, elle n'a vocation à s'appliquer qu'à un seul statut de couple – les couples mariés – et exclut de son champ d'application les mariages célébrés par une autorité militaire, à bord d'un navire ou d'un aéronef, les mariages par procuration, posthumes et informels<sup>562</sup>. Adoptée à une époque où la question de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ne se posait pas encore, elle ne précise pas non plus si elle s'applique aux mariages entre personnes de même sexe, ce qui laisse dépendre son application de la définition du mariage donnée par les Etats contractants. Seuls certains mariages seraient donc reconnus en application de cette convention et la reconnaissance poursuivie par cet instrument international ne porte que sur la validité de ce statut conjugal, elle ne se prononce pas sur les effets que celui-ci développe.

**297.** Enfin, cette convention prévoit qu'un Etat peut refuser de reconnaître la validité d'un mariage si les époux sont déjà mariés, s'il existe un lien de parenté entre les époux, si les époux n'ont pas l'âge minimum pour se marier, si un époux n'est pas mentalement capable ou que son consentement n'est pas libre<sup>563</sup>, ou plus largement, si la reconnaissance du mariage est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat saisi<sup>564</sup>. La convention essaie ainsi de réunir les principales contrariétés à l'ordre public international des Etats signataires tout en refusant d'en dresser une liste exhaustive. Dès lors, les Etats restent libres de refuser la reconnaissance d'un mariage contraire à ses valeurs fondamentales. C'est certainement ce qui a fait dire à Peter Nygh que si la convention « has any faults, it is because it does not go far enough in this direction [to facilitate marriage]. The convention meets the modern needs ; like a sleeping beauty it awaits its suitors »<sup>565</sup>.

**298.** La méthode de la reconnaissance retenue dans le cadre de cette convention, aux champs d'applications matériel et spatial limités et aux motifs de refus de reconnaissance particulièrement larges, ne permet donc malheureusement pas d'assurer une circulation sans

---

<sup>561</sup> La convention est ainsi entrée en vigueur en 1991 conformément à l'article 29 selon lequel « la convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par les articles 24 et 25 ».

<sup>562</sup> Selon l'article 8 de la convention.

<sup>563</sup> Selon l'article 11 de la convention.

<sup>564</sup> Selon l'article 14 de la convention.

<sup>565</sup> NYGH (P.), « The Hague marriage convention : a sleeping beauty ? », in *E pluribus unum : liber amicorum Georges Droz : on the progressive unification of private international law*, Kluwer law international, 1996, p. 267.

entrave des mariages à l'échelle internationale. Un constat identique semble devoir être dressé concernant la circulation des partenariats enregistrés.

## **B. L'absence de reconnaissance interétatique des partenariats enregistrés**

**299.** La Commission internationale de l'état civil, organisme intergouvernemental regroupant plus de quinze Etats, vise à promouvoir la coopération internationale en matière d'état civil. Elle a ainsi élaboré plus d'une trentaine de conventions multilatérales<sup>566</sup>. La Convention de Munich du 5 septembre 2007 porte sur la reconnaissance des partenariats enregistrés. Elle définit le partenariat comme un « engagement de vie commune entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent, donnant lieu à un enregistrement par une autorité publique »<sup>567</sup>. Elle laisse toutefois le soin aux Etats de fournir une liste des institutions de leur législation correspondant à cette définition en excluant les mariages et les unions libres. Dans son deuxième article, cette convention dispose qu'un « partenariat enregistré dans un Etat est reconnu comme valide dans les autres Etats contractants ». Son rapport explicatif précise que « la convention ne prétend pas régler les questions de conflit de lois [...], elle ne règle que la reconnaissance de la validité du partenariat, de sa dissolution ou de son annulation et des effets qui en découlent en matière d'état civil »<sup>568</sup>. La loi applicable aux partenariats enregistrés peut donc être le droit interne de l'Etat d'enregistrement ou le droit désigné par la règle de conflit de lois de cet Etat. Dans tous les cas, la règle de conflit de lois de l'Etat dans lequel la reconnaissance du partenariat est demandée ne peut s'appliquer. Cette convention fait donc application de la méthode de la reconnaissance et favorise la circulation des partenariats enregistrés en instaurant une coopération internationale en matière d'état civil. Elle simplifie les formalités et les procédures de reconnaissance, et permet d'assurer « la validité internationale du statut personnel des partenaires »<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup> V. REVILLARD (M.), « Les travaux de la Commission internationale de l'état civil en lien avec la pratique de l'état civil », *Defrénois*, 30 septembre 2009, n°16, p. 1675.

<sup>567</sup> Selon l'article 1<sup>er</sup> de la convention.

<sup>568</sup> La convention sur la reconnaissance des noms du 16 septembre 2005 adopte d'ailleurs le même mécanisme.

<sup>569</sup> MUIR WATT (H.) et GOLDSTEIN (G.), « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI*, octobre 2010, doct. 12, n° 17.



**300.** Toutefois, cette convention n'a été ratifiée que par l'Espagne et n'est pas encore entrée en vigueur<sup>570</sup>. En outre, elle prévoit, dans son article 20, 1., b) une réserve permettant aux Etats de ne pas appliquer l'article 2 de la convention qui en est pourtant la disposition clé. Du reste, si son article 3 prévoit la reconnaissance des effets civils du partenariat enregistré prévus par la loi de l'Etat dans lequel il a été enregistré, cette convention exclut cependant de son champ d'application les effets successoraux, alimentaires, patrimoniaux, fiscaux et sociaux qui doivent, eux, être déterminés selon les règles de droit international privé de chaque Etat. Enfin, à l'instar de la convention de La Haye du 14 mars 1978, les Etats peuvent refuser de reconnaître un partenariat si les partenaires sont liés par un degré de parenté ou d'alliance contraire à la loi de l'Etat requis, si un partenaire est engagé avec une tierce personne dans un mariage ou un partenariat, si les partenaires n'ont pas l'âge minimum du partenariat selon la loi de l'Etat requis ou, à défaut, du mariage, si un partenaire n'est pas mentalement capable ou si son consentement n'est pas libre. Les Etats peuvent également refuser de reconnaître un partenariat si aucun des deux partenaires ne se rattachait, par sa nationalité ou sa résidence habituelle à l'Etat du lieu d'enregistrement, ou enfin si la reconnaissance du partenariat est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat saisi<sup>571</sup>. La convention prend donc en compte des conditions classiques de refus de reconnaissance en droit international privé que sont l'absence de fraude à la loi – qu'elle définit par le rattachement à la nationalité de l'Etat d'enregistrement ou la possession d'une résidence habituelle sur son territoire – et de contrariété à l'ordre public international. Elle ne dresse toutefois pas de liste exhaustive des motifs de refus de reconnaissance et laisse donc les Etats libres de ne pas reconnaître certains partenariats enregistrés.

**301.** Dès lors, cette convention, même si elle devait entrer en vigueur un jour, ne pourrait pas totalement garantir une reconnaissance interétatique des partenariats enregistrés. En effet, la clause de reconnaissance prévue par celle-ci est finalement facultative et, quand bien même serait-elle appliquée, elle ne pourrait porter que sur la validité et les effets civils du partenariat enregistré que les nombreux motifs de non-reconnaissance permettraient alors de refuser. Si l'effectivité des mécanismes conventionnels de reconnaissance s'avère illusoire c'est certainement que l'absence de communauté de droit au niveau universel rend nécessaire

---

<sup>570</sup> En effet, selon l'article 19, « la présente convention entrera en vigueur le premier jour du quatrième mois qui suit celui du dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ».

<sup>571</sup> Article 7 de la convention.

l'adoption de limites aux mécanismes, pourtant novateurs, prévus par ces conventions. Il convient alors d'analyser l'effectivité des mécanismes de reconnaissance adoptés au sein de blocs régionaux ou d'Etat fédéraux, dans lesquels émerge une certaine communauté de droit.

## **II. L'absence d'effectivité des mécanismes régionaux et fédéraux américains**

**302.** Les deux blocs régionaux dans lesquels le processus d'intégration est le plus développé sont incontestablement l'Europe et l'Amérique. Or, contrairement aux mécanismes européens<sup>572</sup>, les mécanismes mettant en œuvre la méthode de la reconnaissance sur le continent américain ne permettent pas une reconnaissance effective des unions conjugales célébrées dans un autre Etat (*A*), voire sur une autre partie du territoire de cet Etat (*B*).

### **A. L'absence de reconnaissance interétatique des unions conjugales**

**303.** La circulation des unions conjugales entre les différents Etats du continent américain semble plus problématique qu'en Europe. D'une part, l'intégration américaine n'est pas aussi développée que l'intégration européenne et, d'autre part, aucun instrument régional ne permet véritablement une reconnaissance interétatique des unions de couples. Les mécanismes de reconnaissance américains, qu'il s'agisse de ceux relatifs à la protection des droits de l'Homme ou aux règles de droit international privé, sont en effet insuffisants à assurer une circulation sans entrave des unions conjugales.

**304.** Concernant la protection régionale des droits de l'Homme, les dispositions pertinentes de la convention américaine relative aux droits de l'Homme sont similaires à celles de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>573</sup>. Toutefois les juges de la Cour de San Diego ont fait preuve d'une plus grande

---

<sup>572</sup> Cf. *infra* n°321s.

<sup>573</sup> Ainsi, l'article 17 de la convention interaméricaine prévoit, à l'instar des articles 8 et 12 de la CEDH, que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société ; elle doit être protégée par la société et par l'Etat. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme s'ils ont l'âge requis et réunissent les conditions exigées à cet effet par les lois nationales, dans la mesure où celles-ci ne heurtent pas le principe de la non-discrimination établi dans la présente convention ». De même, l'article 24 prévoit, à l'instar de l'article 14

pusillanimité dans l'interprétation de la convention et n'ont pas imposé, par une interprétation aussi extensive que les juges européens du droit au respect de la vie privée et familiale, une reconnaissance des unions conjugales entre les Etats parties. Précisons que si la Cour interaméricaine des droits de l'Homme venait, dans un avenir proche, à imposer une telle reconnaissance, sa décision n'aurait de force juridique contraignante qu'à l'égard des Etats parties à la Cour et non à tous les Etats membres de l'Organisation des Etats Américains<sup>574</sup>. Le système interaméricain de protection des droits fondamentaux met donc finalement en place une coopération assez peu aboutie en la matière. Outre l'absence de ratification de la convention américaine relative aux droits de l'Homme par une dizaine d'États américains dont les Etats-Unis et le Canada, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme ne peut être directement saisie par les ressortissants des Etats parties. La Commission interaméricaine des droits de l'Homme doit préalablement juger de la recevabilité de la requête et tenter de trouver une issue non contentieuse à la question. La saisine de la Cour est donc largement hypothétique. Le système apparaît dès lors peu adapté aux questions relatives aux évolutions sociales récentes, telles que la reconnaissance des nouvelles formes de conjugalité.

**305.** Concernant les règles de droit international privé, si l'article 7 de la convention interaméricaine du 8 mai 1979 sur les normes générales de droit international privé de Montevideo prévoit que « les relations juridiques valablement constituées dans un Etat contractant, en conformité de toutes les lois auxquelles elles se rattachent au moment de cette constitution, sont reconnues dans les autres Etats contractants », c'est à la condition « qu'elles ne soient pas contraires à leurs principes d'ordre public ». Il est donc fort peu probable qu'elle s'applique aux unions conjugales dont la détermination relève, pour une grande partie, des principes d'ordre public inhérents à chaque Etat. Or, si la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme participent à la construction progressive d'un ordre public européen, il n'existe pas, à l'heure actuelle, d'ordre public américain.

---

de la CEDH, que « toutes les personnes sont égales devant la loi. Par conséquent elles ont toutes droit à une protection égale de la loi, sans discrimination d'aucune sorte ».

<sup>574</sup> Ainsi, les Etats-Unis sont membres de l'Organisation des Etats Américains mais ne peuvent pas être attirés devant la Cour interaméricaine des droits de l'Homme.

**306.** Face à l'insuffisance des mécanismes de reconnaissance prévus sur le continent américain, la reconnaissance interétatique des unions conjugales au niveau américain dépend essentiellement de l'application, incertaine et limitée, du principe de courtoisie internationale. Si elle peut être permise par la conclusion, encore assez rare en la matière, d'accords bilatéraux<sup>575</sup>, aucun instrument multilatéral ne permet d'assurer la reconnaissance interétatique des unions conjugales entre les Etats américains. Et si une telle reconnaissance n'est pas absente au niveau intra-étatique, elle reste cependant très aléatoire.

### **B. L'absence de reconnaissance intra-étatique des unions conjugales**

**307.** La question est de savoir s'il existe, au sein des Etats fédéraux américains, un mécanisme effectif de reconnaissance des unions constituées dans un autre Etat fédéré. La plupart des Etats fédéraux ont mis en place, pour des raisons inhérentes à leur organisation constitutionnelle, des mécanismes de reconnaissance intra-étatiques d'un acte établi dans un Etat fédéré autre que celui dans lequel sa reconnaissance ou son exécution est demandée. Toutefois, il semble que les mécanismes existants peuvent être contournés pour ne pas reconnaître certaines unions conjugales, dont les mariages entre personnes de même sexe.

**308.** Au Mexique, l'article 121 de la Constitution du 5 février 1917 prévoit que chaque Etat sera contraint de reconnaître la validité des actes émanant des autorités locales des autres entités fédérées<sup>576</sup>. Il précise également que les actes de l'état civil conformes à la législation d'un Etat seront valables dans les autres entités fédérées<sup>577</sup>. Cela laisse donc penser qu'une union conjugale valablement célébrée dans un Etat fédéré mexicain devra être reconnue dans tous les autres Etats fédérés. C'est ce qu'a confirmé la Cour Suprême du Mexique dans un arrêt en date du 5 août 2010 relatif au mariage entre personnes de même sexe. En effet, si une telle union n'est aujourd'hui légale que dans le district fédéral de Mexico depuis 2009, à Quintana Roo depuis 2011, à Chihuahua et Oaxaca depuis 2013 et à Coahuila depuis 2014, elle devra néanmoins être reconnue comme valide dans les trente autres Etats

---

<sup>575</sup> A ce titre, nous pouvons citer l'accord américano-canadien sur la reconnaissance par les Etats-Unis des mariages entre personnes de même sexe célébrés au Canada entre canadiens venant s'installer sur le territoire américain.

<sup>576</sup> « En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros ».

<sup>577</sup> « Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros ».

fédérés mexicains. Une telle reconnaissance ne semble toutefois pas être admise dans tous les Etats fédéraux du continent américain.

**309.** Aux Etats-Unis, l'article 4 de la Section 1 de la Constitution prévoit également que pleine reconnaissance et force authentique seront conférées dans chaque Etat à tous les actes, documents officiels et jugements émanant d'un autre Etat<sup>578</sup>. Il précise toutefois que le Congrès pourra fixer par la loi les conditions dans lesquelles de tels actes, documents ou jugements bénéficieront de ces dispositions, et délimiter leur portée<sup>579</sup>. L'obligation d'accorder pleine foi et crédit aux actes publics des Etats voisins permet donc de favoriser la libre circulation des situations juridiques cristallisées par l'intervention d'une autorité publique<sup>580</sup>. En matière d'unions conjugales, ce mécanisme a été utilisé pour reconnaître les mariages de *Common Law* et les mariages par procuration. Cependant, il n'a jamais été utilisé dans le but de forcer un Etat à reconnaître un mariage qu'il ne souhaitait pas reconnaître. Ainsi, les Etats fédérés étaient libres de ne pas reconnaître un mariage interracial célébré dans un autre Etat jusqu'à l'abolition de l'interdiction des mariages interraciaux par la Cour suprême américaine dans son arrêt *Loving c/ Virginia* du 12 juin 1967<sup>581</sup>.

**310.** La question de savoir si cette clause pouvait être applicable à la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe s'est posée suite à la décision de la Cour suprême d'Hawaï *Baehr c/ Miike* de 1993<sup>582</sup> dans laquelle les juges hawaïens ont considéré l'interdiction du mariage homosexuel contraire à la constitution hawaïenne. Afin d'éviter que cette clause ne serve à obliger les Etats fédérés à reconnaître les mariages homosexuels constitués dans un autre Etat<sup>583</sup>, le Congrès américain a adopté le *Defense of Marriage Act*

---

<sup>578</sup> « Full faith and credit shall be given in each state to the public acts, records, and judicial proceedings of every other state ».

<sup>579</sup> « The Congress may by general laws prescribe the manner in which such acts, records, and proceedings shall be proved, and the effect thereof ».

<sup>580</sup> V. en ce sens MUIR WATT (H.), « L'expérience américaine », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 145.

<sup>581</sup> Cour suprême des Etats-Unis, 12 juin 1967, *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

<sup>582</sup> Cour suprême d'Hawaï, 5 mai 1993, *Baehr v. Miike*, 852 P.2d 44, 74 Haw. 530 (1993).

<sup>583</sup> WARDLE (L.), « Who decides ? The federal architecture of Defense of Marriage Act and comparative marriage recognition », *California Western International Law Journal*, 2011, p. 143 : « DOMA was designed to create federal protection against the growing threat that legalization of same-sex marriage in one state would open the door for, and encourage, judges to interpret federal law (particularly full faith and credit doctrines) in a manner that would force other states to recognise same-sex marriage over objections from the people and lawmakers in those states ».

(ci-après *DOMA*) le 3 janvier 1996<sup>584</sup>. Cette loi fédérale prévoit dans sa deuxième section qu'aucun Etat ne peut être contraint de donner effet à un acte public d'un autre Etat relatif à une union entre personnes de même sexe considérée comme un mariage par la loi de cet Etat ou à un droit né d'une telle union<sup>585</sup>. Ce contournement du mécanisme de reconnaissance est justifié par la crainte que la *Full faith and credit Clause* « ne conduise à une reconnaissance inconditionnelle qui ne s'accorderait pas avec la situation ou la diversité des législations actuelles »<sup>586</sup>.

**311.** Dans sa décision *United States c/ Windsor* du 26 juin 2013<sup>587</sup>, la Cour suprême américaine a déclaré contraire au cinquième amendement de la Constitution américaine<sup>588</sup> la troisième section du *DOMA* selon laquelle le terme « mariage » ne renvoie, pour l'application du droit fédéral, qu'à l'union légale d'un homme et d'une femme<sup>589</sup>. En des termes vigoureux, les juges suprêmes ont estimé que cette loi fédérale violait le principe de sécurité juridique et d'égalité devant la loi et constituait une privation d'une partie essentielle de la liberté et de la dignité. C'est ainsi qu'a été abolie la définition hétérosexuée du mariage au niveau fédéral. Cela permet aux couples de personnes de même sexe de bénéficier des mêmes avantages fédéraux que les couples de personnes de sexe différent. Toutefois, la Cour suprême américaine ne s'est pas prononcée sur la deuxième section du *DOMA*, selon laquelle les Etats fédérés ne sont pas contraints de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe célébré dans un autre Etat fédéré, et dont l'application continue à faire l'objet de nombreux débats doctrinaux. Il semble cependant fort peu probable que cette section soit déclarée

---

<sup>584</sup> Plusieurs Etats fédérés – tels que le Delaware, l'Illinois, la Caroline du Nord et le Wyoming – ont également adopté des « mini-DOMA » visant à définir explicitement le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme.

<sup>585</sup> « No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship ».

<sup>586</sup> QUINONES ESCAMEZ (A.), « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *RCDIP*, 2007, p. 357.

<sup>587</sup> Cour suprême des Etats-Unis, 26 juin 2013, *United States c/ Windsor*, n° 12-307, 570 US (2013).

<sup>588</sup> La Cour fédérale du Massachusetts avait déjà estimé, dans deux arrêts de 2010, que la section 3 du *DOMA* était contraire aux cinquième et dixième amendements de la Constitution américaine. V. *Gill v. Office of Pers. Mgmt.*, 699 F. Supp. 2d 374, 387 (D. Mass. 2010) et *Massachusetts v. United States DHHS*, 698 F. Supp. 2d 234, 249 (D. Mass. 2010).

<sup>589</sup> « In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife ».

inconstitutionnelle, au moins quant à sa compatibilité avec le mécanisme de la *Full faith and credit Clause*<sup>590</sup>.

**312.** Les arrêts rendus par la Cour suprême américaine le 26 juin 2015<sup>591</sup> renforcent d'ailleurs cette analyse. En effet, si par ces arrêts la Cour suprême, avec une faible majorité de cinq voix contre quatre<sup>592</sup>, a considéré que le quatorzième amendement de la Constitution américaine imposait aux Etats fédérés de célébrer les mariages entre personnes de même sexe et de reconnaître les mariages légalement conclus dans d'autres entités fédérées, contrairement aux dispositions de la deuxième section du *DOMA*, elle ne l'a pas fait en application de la *Full faith and Credit Clause*. Les juges suprêmes ont en effet considéré que « if States are required by the Constitution to issue marriage licences to same-sex couples, the justifications for refusing to recognize those marriages performed elsewhere are undermined. [If] same sexe couples may exercise the fundamental right to marry in all States, [...] there is no lawful basis for a State to refuse to recognize a lawful same-sex marriage performed in another State on the ground of its same-sex character »<sup>593</sup>. C'est donc parce que la Cour suprême considère qu'un Etat ne peut s'opposer à la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe qu'il ne peut, *a fortiori*, s'opposer à la reconnaissance d'un mariage préalablement célébré dans un autre Etat fédéré. Autrement dit, la Cour n'impose pas aux Etats fédérés de reconnaître une union conjugale valablement constituée dans une autre entité fédérée par une application de la méthode de la reconnaissance mais tire simplement les conséquences de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe qu'elle vient d'imposer. Les mécanismes américains s'avèrent donc insuffisants à garantir une reconnaissance des unions conjugales.

---

<sup>590</sup> V. WARDLE (L.), « Who decides ? The federal architecture of Defense of Marriage Act and comparative marriage recognition », *California Western International Law Journal*, 2011, p. 143s : « Section 2 preserves the architecture of federalism, in both its horizontal federalism (state-federal relations) and its lateral federalism (equal respect for all states within the federal union of states). This, for reasons of constitutional structure, especially federalism, it is still necessary and constitutional ».

<sup>591</sup> Cour suprême des Etats-Unis, 26 juin 2015, *Obergefell et al. c/ Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, n° 14-556, 576 US (2015) together with *Tanco et al. c/ Haslam, Governor of Tennessee et al* (n°14-562), *Deboer et al. c/ Snyder, Governor of Michigan* (n°14-571) and *Bourke et al. c/ Beshear, Governor of Kentucky* (n°14-574).

<sup>592</sup> Les juges ROBERTS (G.), SCALIA (A.), THOMAS (C.) et ALITO (S.) ont ainsi émis des opinions dissidentes à l'avis majoritaire retenu par les juges KENNEDY (A.), GINSBURG (R.), BREYER (S.), SOTOMAYOR (S.) et KAGAN (E.)

<sup>593</sup> Cour suprême des Etats-Unis, 26 juin 2015, *Obergefell et al. c/ Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, n° 14-556, 576 US (2015), p. 28.

**313.** Dès lors, si « dans un ensemble uni par les mêmes objectifs, comme l'Union européenne, les Etats-Unis ou le Canada<sup>594</sup>, on peut vouloir s'efforcer de favoriser la libre circulation des personnes en limitant les situations où leur statut serait remis en cause par le franchissement d'une frontière interne »<sup>595</sup>, force est toutefois de constater que l'effectivité des mécanismes de reconnaissance extra-européens est grandement limitée. Ce n'est donc finalement qu'en Europe que la méthode de la reconnaissance serait susceptible de prospérer. Mais son effectivité serait-elle alors sans limite ? C'est ce qu'il convient désormais d'analyser.

---

<sup>594</sup> La Cour suprême du Canada, dans un arrêt *Morguard Investment v. De Savoye* du 20 décembre 1990 s'est ainsi inspirée des principes de droit européen, et notamment de la liberté de circulation et d'établissement pour affirmer que l'adoption d'un marché économique canadien impliquait qu'il existait une clause de *Full Faith and Credit* implicite dans la Constitution canadienne.

<sup>595</sup> MUIR WATT (H.) et GOLDSTEIN (G.), « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI*, octobre 2010, doct. 12, n°99.



## **SECTION II : L'EFFECTIVITE LIMITEE DES MECANISMES INTRA- EUROPEENS DE RECONNAISSANCE DES UNIONS CONJUGALES**

**314.** L'objectif de reconnaissance interétatique des situations juridiques individuelles s'est manifesté au sein de l'Union européenne sur la base des libertés de circulation. Ainsi, le refus, par un Etat membre, de reconnaître une situation juridique qui s'est constituée dans un autre Etat membre pourrait constituer une atteinte au droit de l'Union européenne et à l'effectivité de l'Espace de Liberté, de Sécurité et Justice qu'elle a instauré. La Cour de Justice de l'Union européenne n'a toutefois pas imposé une reconnaissance inconditionnelle des unions conjugales entre les Etats membres.

**315.** Si la Cour empruntait cette voie, encore convient-il de préciser que la reconnaissance intra-européenne des unions conjugales ne pourrait se faire qu'au profit des citoyens européens et il semble peu probable que les droits de l'Homme, au maniement particulièrement délicat en la matière, puissent constituer un moyen effectif d'extension de cette méthode. Par conséquent, si la reconnaissance intra-européenne des unions conjugales est envisageable (*I*), nous démontrerons qu'elle reste toutefois limitée (*II*).

### **I. Une reconnaissance intra-européenne des unions conjugales envisageable**

**316.** La méthode de la reconnaissance s'est développée en Europe sur la base des libertés de circulation et du principe de confiance mutuelle. Ce n'est qu'après avoir rapidement rappelé la signification de ce principe (*A*) que nous pourrions comprendre comment son application par la Cour de Justice pourrait permettre une reconnaissance européenne des unions conjugales (*B*).

## A. Le principe de reconnaissance mutuelle

317. La reconnaissance mutuelle n'était pas prévue par les traités fondateurs de l'Union européenne<sup>596</sup>. Le premier instrument de droit international privé européen que constitue la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ne mentionnait pas le principe de reconnaissance mutuelle mais celui de « reconnaissance réciproque ». Il faudra attendre la célèbre affaire *Cassis de Dijon* du 20 février 1979<sup>597</sup> pour que la Cour de justice de l'Union européenne proclame l'équivalence des législations nationales et la reconnaissance mutuelle comme règles fondamentales du marché commun<sup>598</sup>. Selon cette jurisprudence, tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre doit, en principe, être admis sur le marché de tout autre État membre<sup>599</sup>. Le principe de l'acceptation des produits légalement fabriqués dans l'Union européenne implique ainsi la reconnaissance des règles, procédures et certificats en vigueur dans d'autres États membres afin de garantir un niveau de protection équivalent à celui exigé par l'État importateur<sup>600</sup>.

318. La reconnaissance mutuelle ne peut toutefois qu'être « liée à la confiance mutuelle, laquelle ne se décrète pas »<sup>601</sup>. Il fallait donc construire l'Europe du droit et non plus seulement l'Europe par le droit. Autrement dit, il fallait instaurer des éléments juridiques communs<sup>602</sup>. Evoqué pour la première fois lors du Conseil de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, le principe de reconnaissance mutuelle est alors devenu la pierre angulaire de l'Espace

---

<sup>596</sup> Ce principe était toutefois inscrit dans le Traité de Rome concernant la reconnaissance des diplômes et des sociétés.

<sup>597</sup> CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78, *Rec.* 649 ; note KOVAR (R.), *JDI*, 1981, p. 106s. ; note BALATE (E.), *Revue de droit commercial belge*, 1988, p. 278s.

<sup>598</sup> V. en ce sens BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 355.

<sup>599</sup> Voir la Communication sur les suites de l'arrêt *Cassis de Dijon*, *JOCE* C 256, 30 octobre 1980 dans laquelle la Commission explique sa nouvelle approche des libertés de circulation.

<sup>600</sup> V. en ce sens MATTERA (A.), « La reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », *RDUE*, 3/2009, p. 398s.

<sup>601</sup> POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 588.

<sup>602</sup> V. en ce sens BERGE (J.-S.), « La reconnaissance mutuelle en matière civile et commerciale : questionnements de droit international privé », in *Le principe de reconnaissance mutuelle*, Actes du colloque de Strasbourg, dir. MICHEL (V.), déc. 2008.

de Liberté, de Sécurité et de Justice<sup>603</sup> dont les deux objectifs sont la reconnaissance des décisions<sup>604</sup> et le rapprochement des législations nationales. Ce rapprochement permet ainsi de raisonner par équivalence : si les législations nationales des Etats membres sont similaires, il n'y a pas de raison de refuser l'application de la loi d'un autre Etat membre<sup>605</sup>. Ainsi la reconnaissance mutuelle permet-elle « d'éviter la double réglementation et la multiplication des contrôles injustifiés, puisqu'elle présume l'équivalence des règles dans les Etats concernés, celui d'origine et celui de destination »<sup>606</sup>.

**319.** Sur le plan des méthodes, la reconnaissance mutuelle semble dès lors davantage respectueuse des souverainetés nationales, ou tout au moins des particularismes nationaux, que le processus d'harmonisation. En effet, cette méthode impose simplement au pays d'accueil d'accepter les produits conformes à la loi du pays d'origine<sup>607</sup> sans pour autant modifier sa législation. Il y a donc eu, par la suite, une multiplication des références à la reconnaissance mutuelle dans les instruments européens de droit international privé en matière civile et commerciale<sup>608</sup>.

**320.** La méthode de la reconnaissance mutuelle s'est ainsi manifestée dans la jurisprudence de la CJUE dans des domaines non harmonisés en se fondant sur les libertés de circulation dont le champ d'application s'est étendu avec l'apparition de la citoyenneté européenne. Il convient maintenant d'analyser comment ce principe de reconnaissance mutuelle a été appliqué pour déterminer s'il pourrait constituer le fondement d'une reconnaissance des unions conjugales en Europe.

---

<sup>603</sup> Le principe de confiance mutuelle est ainsi mentionné aux articles 67, 70, 81 et 82 du TFUE relatifs à l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice.

<sup>604</sup> V. en ce sens les articles 67§4 et 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>605</sup> V. KESSEDJIAN (C.), « Le droit international privé et l'intégration juridique européenne », in *Intercontinental cooperation through private international law : essays in memory of Peter E. Nygh*, T.M.C. Asser Press, 2004, p. 187.

<sup>606</sup> BARIATTI (S.), « Reconnaissance et droit de l'Union européenne », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 61.

<sup>607</sup> V. HO-DAC (M.), *La loi du pays d'origine. Analyse d'un concept communautaire sous l'angle du droit international privé*, Bruylant, 2012.

<sup>608</sup> A titre d'exemples, nous pouvons citer le règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ou encore le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.

## B. L'application du principe de reconnaissance mutuelle

321. La CJUE a d'abord appliqué, dans une sorte de trilogie jurisprudentielle, le principe de reconnaissance mutuelle en matière de sociétés. Elle a considéré dans l'affaire *Centros*<sup>609</sup> qu'une réglementation danoise refusant l'immatriculation, et donc la reconnaissance de la personnalité morale, d'une société constituée légalement au Royaume-Uni était contraire aux exigences de la liberté d'établissement. Dans l'affaire *Uberseering*<sup>610</sup>, la Cour a également estimé que les libertés de circulation s'opposaient à l'application des règles de conflit de lois d'un Etat membre où se trouve le siège effectif d'une société qui s'est légalement constituée dans un autre Etat membre lorsque ces règles ont pour conséquence la non-reconnaissance de la capacité juridique que cette société possède en vertu du droit de son Etat de constitution. La Cour de justice impose ainsi aux Etats membres sur le territoire desquels est situé le siège réel d'une société constituée dans un autre Etat membre, de lui appliquer la loi de l'Etat dans lequel elle s'est constituée<sup>611</sup>. Autrement dit, la Cour fait de la liberté d'établissement le fondement de la reconnaissance mutuelle des sociétés dans l'Union européenne<sup>612</sup>. Enfin, la CJUE est allée plus loin encore dans l'affaire *Inspire Art*<sup>613</sup>. Elle a en effet estimé que les libertés de circulation s'opposaient à l'application de la législation néerlandaise à une société constituée sous l'empire de la loi anglaise et disposant d'une succursale aux Pays-Bas où elle exerçait toute son activité, alors même que, d'une part, l'Etat ne refusait pas de reconnaître la personnalité juridique de la société mais lui imposait simplement certaines règles particulières et, d'autre part, que l'application de la loi du siège réel ne résultait pas de la règle de conflit de lois néerlandaise mais du mécanisme des lois de police<sup>614</sup>. Le principe de la reconnaissance mutuelle a donc permis aux juges du plateau du Kirchberg d'imposer aux Etats, sur la base des libertés de circulation, de reconnaître une société constituée dans un autre Etat membre nonobstant la contrariété de cette reconnaissance avec leurs règles de droit international privé.

---

<sup>609</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97 ; note MENJUCQ (M.), *D.* 1999, p. 550s. ; note LUBY (M.), *JDI*, 2000, p. 484s.

<sup>610</sup> CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV*, aff. C-208/00 ; note LAGARDE (P.), *RCDIP*, 2003, p. 508s. ; DOM (J.-P.), *Revue des sociétés*, 2003, p. 315s.

<sup>611</sup> V. LAGARDE (P.), « Liberté d'établissement et reconnaissance mutuelle des sociétés », *RCDIP*, 2003, p. 520.

<sup>612</sup> V. en ce sens DOM (J.-P.), « Le liberté d'expression comme fondement de la reconnaissance mutuelle des sociétés : principe et conditions de mise en œuvre », *Revue des sociétés*, 2003, p. 315s.

<sup>613</sup> CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01 ; note PATAUT (E.), *D.* 2004, p. 491.

<sup>614</sup> V. PATAUT (E.), « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *D.* 2004, p. 491.

**322.** Par une jurisprudence plus récente, la CJUE a appliqué le principe de reconnaissance mutuelle en matière de libre circulation des personnes. Si la libre circulation des personnes était définie strictement dans le Traité de Rome comme renvoyant à la seule liberté de circulation des travailleurs, le Traité de Maastricht a étendu la liberté de circulation et de séjour à tout citoyen européen. Elle permet ainsi à tout citoyen européen de se déplacer librement dans l'espace européen pour voyager, étudier, travailler ou résider. La liberté de circulation des personnes a ainsi été consacrée comme un droit appartenant aux citoyens européens<sup>615</sup> en dehors même de l'exercice de toute activité économique<sup>616</sup>.

**323.** Dans ce contexte, la Cour de Justice a appliqué la méthode de la reconnaissance au nom patronymique<sup>617</sup> en se fondant sur la libre circulation des citoyens européens dans l'affaire *Grunkin Paul*<sup>618</sup>. En l'espèce, un enfant allemand né au Danemark de parents allemands, M. Grunkin et Mme Paul, domiciliés au Danemark, s'est vu appliquer le droit danois relatif au nom. Cependant, son nom, Grunkin-Paul, n'a pas été reconnu en Allemagne. En effet, en application des règles de droit international privé allemand, la loi applicable au nom patronymique est la loi nationale de l'intéressé, en l'occurrence la loi allemande. Or la loi allemande ne permet pas l'attribution d'un nom composé. Les juges européens ont alors considéré que l'obligation faite à un enfant à qui un nom a été attribué au Danemark de porter un nom différent à chaque franchissement de frontière constitue une entrave au principe communautaire de libre circulation. Ainsi, la Cour de Justice a fait « prévaloir le principe européen de libre circulation sur le principe de droit international privé allégué par les observations de la plupart des gouvernements selon lequel la validité d'une situation juridique serait appréciée dans un Etat en fonction de la loi compétente selon la règle

---

<sup>615</sup> BERGE (J.-S.) et ROBIN-OLIVIER (S.), *Introduction au droit européen*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 160.

<sup>616</sup> V. la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative à la libre circulation des citoyens de l'Union et des membres de leur famille.

<sup>617</sup> La Cour avait déjà jugé que les règles relatives à la translittération d'un nom étranger étaient susceptibles de porter atteinte à la liberté d'établissement dans l'affaire CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff. C-168/91.

<sup>618</sup> CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin Paul*, Aff. C-353/06 ; note LAGARDE (P.), *RCDIP*, 2009, p. 87s. ; note DEVERS (A.), *JCPG*, 2008, n°16, 15 avril 1009, II 10071 ; note D'AVOUT (L.), *JDI*, 2009, comm. 7. Nous considérons que l'affaire *Garcia Avello* ne constitue pas une application de la méthode de la reconnaissance mutuelle puisqu'aucune situation n'a été créée à l'étranger. Il s'agit davantage d'un encadrement des règles de conflit de lois belges par la Cour de Justice. Tout au plus cet arrêt revient-il à imposer indirectement à l'Etat belge de reconnaître la situation que les enfants du couple auraient dû acquérir si la loi espagnole leur avait été appliquée.

de conflit de cet Etat »<sup>619</sup>. Il y a là une application de la méthode de la reconnaissance à la situation juridique valablement créée dans un autre Etat membre.

**324.** La Cour semble ainsi ériger la liberté de circulation en principe suprême afin de garantir l'objectif de sécurité juridique en assurant la prévisibilité des solutions et la continuité des situations juridiques. Cette analyse est d'ailleurs confortée par l'absence de soumission de la situation d'origine au test d'équivalence. En effet, la Commission avait précisé que « la reconnaissance mutuelle n'est pas d'application automatique ; l'Etat membre de destination conserve la faculté d'exiger que le degré de protection offert par le produit provenant d'un autre Etat membre soit équivalent à celui prévu par sa réglementation nationale »<sup>620</sup>. Or, tel n'est pas le cas en matière de situations personnelles. La valeur désormais accordée au principe de libre circulation permet à la Cour d'éluder l'application du test de l'équivalence à la situation d'origine, par une sorte de « présomption d'équivalence des systèmes juridiques en conflit »<sup>621</sup>. La jurisprudence actuelle de la Cour témoigne donc de sa volonté de faciliter la circulation des citoyens européens en s'immiscant dans le domaine du statut personnel en droit international privé. En effet, le citoyen européen se voit désormais reconnaître un véritable droit à se déplacer sous l'empire de sa loi d'origine<sup>622</sup> et de conserver les éléments de son statut personnel<sup>623</sup>.

**325.** L'application du principe de reconnaissance mutuelle par la Cour de Justice de l'Union européenne lui permettrait donc peut-être de considérer que l'absence de reconnaissance, par un Etat membre, d'une union conjugale constituée dans un autre Etat<sup>624</sup>, constitue une entrave à l'exercice des libertés de circulation des membres de l'union

---

<sup>619</sup> LAGARDE (P.), « 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 », *RCDIP*, 2009, p. 87.

<sup>620</sup> Rapport de la Commission du 23 juillet 2002 au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle au sein du Marché intérieur.

<sup>621</sup> V. HO-DAC (M.), *La loi du pays d'origine. Analyse d'un concept communautaire sous l'angle du droit international privé*, Bruylant, 2012, p. 58.

<sup>622</sup> *Ibidem*.

<sup>623</sup> Monsieur Roberto Baratta considère ainsi que « les citoyens peuvent exercer le droit de circuler avec les *status* valablement acquis dans leur Etat d'origine » in « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, vol. 348, 2010, p. 421.

<sup>624</sup> Qu'il s'agisse d'un Etat membre ou d'un Etat tiers. En effet, en se fondant sur la citoyenneté européenne, les juges européens pourraient appliquer cette méthode à tous les citoyens européens peu importe que la situation dont la reconnaissance est demandée se soit cristallisée sur le territoire de l'Union ou dans un Etat tiers.

conjugale<sup>625</sup>. *De lege ferenda*, la jurisprudence de la Cour de Justice pourrait alors s'appliquer à la reconnaissance des unions conjugales par la consécration d'un principe de reconnaissance mutuelle des situations juridiques personnelles et familiales<sup>626</sup>. Une telle reconnaissance serait toutefois nécessairement limitée et c'est ce qu'il convient désormais d'analyser.

## **II. Une reconnaissance intra-européenne des unions conjugales limitée**

**326.** Les affaires traitées par la Cour de justice de l'Union européenne n'imposent pas, pour l'heure, une harmonisation totale du statut personnel en Europe. L'avocat général Sharpston a ainsi précisé dans ses conclusions relatives à l'affaire *Grunkin-Paul* que « si la détermination du nom d'une personne relève du champ d'application des lois relatives au statut des personnes, il s'agit d'un aspect assez particulier de ce domaine »<sup>627</sup>. La logique juridique supposerait de faire bénéficier de la reconnaissance mutuelle « tout élément du statut personnel dont la non-reconnaissance constituerait une entrave à la libre circulation »<sup>628</sup>. Mais il n'est pas certain que les juges européens adoptent cette voie. Et, si tel était le cas, encore conviendrait-il de préciser que l'application de cette méthode serait, d'une part, limitée aux citoyens européens et, d'autre part, conditionnée au respect de l'ordre public des Etats membres (**A**). La Cour européenne des droits de l'Homme, par son interprétation extensive du droit au respect de la vie privée et familiale semblerait alors mieux placée pour garantir la continuité des unions conjugales. Mais nous verrons que le recours au droit européen des droits de l'Homme semble également infructueux en la matière (**B**).

### **A. Les limites à la reconnaissance intra-européenne des unions conjugales**

**327.** L'applicabilité des libertés fondamentales garanties par le Traité sur l'Union européenne et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est conditionnée à

---

<sup>625</sup> V. en ce sens DEVERS (A.), « Non-reconnaissance dans l'Etat membre dont il est ressortissant du nom acquis par l'enfant dans son Etat de naissance et de résidence », *JCPG*, 2008, n°16, 15 avril 1009, II 10071.

<sup>626</sup> V. en ce sens BARATTA (R.), « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, vol. 348, 2010, p. 412. V. également *Les familles sans frontières en Europe : Mythe ou réalité ?*, Association Congrès des Notaires de France, LexisNexis, 2005.

<sup>627</sup> Conclusions de l'avocat général SHARPSTON (E.), présentées le 24 avril 2008, §93.

<sup>628</sup> LAGARDE (P.), « 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 », *RCDIP*, 2009, p. 87.

deux éléments : la possession de la citoyenneté européenne et la circulation intra-européenne des intéressés. Les libertés de circulation ne s'appliquent donc pas aux situations purement internes, c'est-à-dire dans lesquelles aucun élément d'extranéité ne peut être décelé. En droit européen, cet élément d'extranéité est classiquement caractérisé par un déplacement dans un autre Etat membre que celui du juge requis, rattachant ainsi la situation à deux Etats européens. Toutefois, la Cour de Justice a considéré, dans l'affaire *Garcia Avello*<sup>629</sup>, que la simple possession de deux nationalités d'Etats membres de l'UE est un élément d'extranéité suffisant, sans que puisse être exigé un déplacement d'un Etat membre à un autre.

**328.** La citoyenneté européenne<sup>630</sup>, qui a vocation à devenir le statut fondamental des ressortissants des Etats membres<sup>631</sup>, marque donc une extension du champ d'application du droit de l'Union en ce qu'elle permet son application sans franchissement de frontière. La Cour a ainsi considéré dans les affaires *Zambrano*<sup>632</sup>, *McCarthy*<sup>633</sup> et *Dereci*<sup>634</sup>, que le droit de l'Union est applicable sitôt que se pose la question de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par la citoyenneté européenne<sup>635</sup>. Dès lors, si l'exigence d'une circulation effective des intéressés est susceptible d'atténuation, la possession de la citoyenneté européenne, elle, reste un élément indispensable à la jouissance des libertés européennes et, partant, à l'application du mécanisme de reconnaissance mutuelle. En effet, « si le droit européen peut imposer dans certains cas la reconnaissance d'une situation, cette reconnaissance est limitée par le cadre européen et ne peut en tout cas être revendiquée que par les bénéficiaires des libertés du traité »<sup>636</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, le refus de

---

<sup>629</sup> CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, Aff. C-148/02, note LAGARDE (P.), *RCDIP*, 2004, p. 192s. ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2004, p. 62s.

<sup>630</sup> V. RODIERE (P.), « Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RTDE*, 2006, p. 163s. ; HEYMANN (J.), « Libre circulation des personnes, citoyenneté européenne et situations purement internes », *RCDIP*, 2012, p. 352s. ; EFTIME (A.), *La citoyenneté de l'Union : contribution à l'étude d'une communauté politique plurielle*, thèse Bordeaux IV, 2012 ; GAUTRON (J.-C.), « La citoyenneté européenne : essai de démythification », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 149s.

<sup>631</sup> CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk* (aff. C-184/99), pt 31.

<sup>632</sup> CJUE, *Zambrano*, 8 mars 2011 (aff. C-34/09) ; note PICOD (F.), *JCP G* 2011, 543 ; note CORNELOUP (S.), *D.*, 2011, p. 1325s.

<sup>633</sup> CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy*, (aff. C-434/09) ; note BENLOLO-CARABOT (M.), *Revue des affaires européennes* 2011 p.443 ; note PICOD (F.), *JCP G*, 2011, 986 ; note RIGAUX (A.), *Europe*, 2011, n°7, p. 15s.

<sup>634</sup> CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci* (aff. C-256/11) ; note RIGAUX (A.), *JCP G*, janvier 2012, p. 16s. ; note CARLIER (J.-Y.), *JDE*, 2014, n°207, p. 105s.

<sup>635</sup> V. PLATON (S.), « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci », *RTDE*, 2012, p. 23.

<sup>636</sup> LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 490.



reconnaissance par l'Allemagne d'un mariage célébré en France entre deux Suisses souhaitant s'installer en Allemagne ne serait pas constitutif d'une atteinte aux libertés européennes de circulation puisque les membres du couple, ne possédant pas la nationalité d'un Etat membre, ne sont pas citoyens européens. Il est donc nécessaire, pour que la Cour de Justice impose la reconnaissance d'une union conjugale constituée dans un autre Etat, que l'un au moins des membres du couple soit titulaire de la citoyenneté européenne, autrement dit qu'il possède la nationalité de l'un des vingt-huit Etats membres.

**329.** L'Etat membre ne souhaitant pas reconnaître une union conjugale constituée dans un autre Etat membre pourrait également justifier ce refus de reconnaissance par la contrariété à son ordre public international. La Cour de Justice considère sur ce point que s'il ne lui appartient pas « de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat membre, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat membre peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision »<sup>637</sup>. Dès lors, si la Cour ne se prononcera pas directement sur la question de savoir si une union conjugale donnée est ou non contraire à l'ordre public de l'Etat membre requis de sa reconnaissance, elle se prononcera sur le fait de savoir si l'opposition de l'ordre public dudit Etat membre à la reconnaissance d'une telle union constitue une entrave à l'exercice des libertés de circulation en créant un rapport boiteux au sein de l'Union. Or, il n'est pas certain que la Cour de Justice de l'Union européenne puisse imposer la reconnaissance de toutes les unions conjugales. En effet, malgré l'émergence d'un ordre public européen<sup>638</sup>, la Cour admet que la sauvegarde de l'ordre public du for justifie exceptionnellement une atteinte aux libertés de circulation. Tel fut le cas dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*<sup>639</sup> dans laquelle le refus des juridictions autrichiennes de reconnaître le nom à connotation nobiliaire de la requérante pour contrariété à l'ordre public international autrichien n'a pas été jugé contraire au droit de l'Union. L'arrêt retient en effet qu'« en refusant de reconnaître les éléments nobiliaires d'un nom tel que celui de la requérante au principal, les autorités autrichiennes compétentes en matière d'état civil ne

---

<sup>637</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, Aff. C-7/98, point 23 ; note MUIR WATT (H.), *RCDIP*, 2000, p. 481s. Confirmé par CJCE, 11 mai 2000, *SA Régie Renault c/ Maxicar Spa et Orazio Formento*, spéc. n°28 ; note GAUDEMET-TALLON (H.), *RCDIP*, 2000, p. 497s. Un raisonnement équivalent semble pouvoir être adopté pour la reconnaissance, non pas d'une décision étrangère, mais d'une situation étrangère.

<sup>638</sup> Dès 1974, la Cour de Justice avait estimé, dans son arrêt *Van Duyn*, que si chaque Etat est libre de prendre les décisions qu'il veut en matière d'ordre public, la portée de cette notion ne peut être définie unilatéralement par chaque Etat membre, sans contrôle de la Communauté.

<sup>639</sup> CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, Aff. C-208/09 ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.* 2011, p. 98s. ; note PATAUT (E.), *RTDE* 2011, p. 571s. ; note HEYMANN (J.), *JDI*, 2011, p. 639s.

semblent pas être allées au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel fondamental qu'elles poursuivent »<sup>640</sup>. Or, eu égard à la constitutionnalisation récente de la définition hétérosexuée du mariage dans certains Etats membres<sup>641</sup>, et partant, à l'interdiction de la reconnaissance du mariage homosexuel en droit interne, la Cour pourrait considérer que la reconnaissance, par un Etat membre, d'un mariage entre personnes de même sexe célébré dans un autre Etat, constitue, selon la formule de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, « une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société » de telle sorte que le refus de reconnaissance ne soit pas contraire au droit de l'Union<sup>642</sup>.

**330.** Dans le cadre européen, la soumission de la méthode de la reconnaissance à la possession de la citoyenneté européenne et à l'absence de contrariété à l'ordre public des Etats membres ne permettrait donc pas à la Cour de Justice d'imposer une circulation sans entrave des unions conjugales au sein de l'Union européenne. Le droit au respect de la vie privée et familiale pourrait alors constituer un moyen de substitution à la reconnaissance d'une union conjugale dont les membres du couple ne possèdent pas la citoyenneté européenne, permettant ainsi une extension de la méthode utilisée dans le cadre de l'Union européenne. Toutefois, si la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas restée insensible au besoin de continuité des situations juridiques, nous verrons que le respect des droits fondamentaux au sein du Conseil de l'Europe ne semble pas pouvoir véritablement constituer une application de la méthode de la reconnaissance<sup>643</sup>.

## **B. Le recours infructueux au droit européen des droits de l'Homme**

**331.** La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, comme l'affirmait Patrick Courbe, « irradie l'ensemble des secteurs du droit positif et l'on imagine difficilement que le droit international privé puisse, ou doive, y échapper »<sup>644</sup>. La Cour a ainsi

---

<sup>640</sup> *Ibidem*, point 93.

<sup>641</sup> Notamment en Pologne et en Hongrie.

<sup>642</sup> V. en ce sens FULCHIRON (H.), « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 359s.

<sup>643</sup> V. en ce sens BILYACHENKO (A.), *La circulation internationale des situations juridiques*, thèse, La Rochelle, 2016, spéc. p. 220 à 245.

<sup>644</sup> COURBE (P.), « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ?*, Bruylant, 1996, p. 249.

eu à se prononcer à de nombreuses reprises sur des problèmes complexes de droit international privé<sup>645</sup>. La récente jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme prend en compte le besoin de continuité internationale des situations juridiques en contrôlant que l'application des règles de conflit de lois et que le déclenchement de l'ordre public international des Etats parties ne perturbent pas l'intégrité du rapport juridique étranger<sup>646</sup>. Toutefois, « la mission de la Cour est de vérifier que les résultats de l'application des règles nationales de droit international privé sont compatibles avec les exigences des droits de l'Homme mais non de substituer à ces règles l'application de normes de la convention dont la fonction n'est pas de régir directement l'ensemble des rapports de droit privé »<sup>647</sup>. Le contrôle *in concreto* exercé par la Cour de Strasbourg est ainsi limité par le respect de la marge nationale d'appréciation des Etats parties et ne garantit pas une circulation sans entrave des unions conjugales. Le maniement délicat des droits fondamentaux ne semble donc pas permettre à la Cour EDH de constituer un véritable mécanisme de reconnaissance des situations juridiques au sein du Conseil de l'Europe<sup>648</sup>.

**332.** Il arrive ainsi que la Cour EDH considère l'ingérence dans un droit protégé comme justifiée par la sauvegarde des valeurs fondamentales du for. Un exemple peut être trouvé dans la décision *Green et Farhat c. Malte*<sup>649</sup>. En l'espèce, une femme de nationalité maltaise avait épousé, à Malte, un citoyen maltais selon le rite de l'Eglise catholique. Elle s'installa ensuite en Libye et se convertit à l'islam, en conséquence de quoi son mariage fut considéré par les autorités libyennes comme nul et non avenu. Elle épousa alors un second homme de nationalité libyenne conformément au rite de l'islam. Vingt ans plus tard, elle s'adressa au registre public de Malte pour faire enregistrer son mariage. Sa demande fût rejetée au motif que le premier mariage n'avait pas été dissout par les autorités maltaises. En effet, le droit maltais ne reconnaît pas les divorces religieux et le premier mari n'avait pas

---

<sup>645</sup> V. MARCHADIER (F.), *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, 2007.

<sup>646</sup> Sur le contrôle de l'application des règles de conflit de lois et du déclenchement de l'ordre public international des Etats parties par la Cour EDH, cf. *supra* n°180s.

<sup>647</sup> KINSCH (P.), « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 44.

<sup>648</sup> V. en ce sens D'AVOUT (L.), « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques* (dir. TOUZE S. et DUBOUT E.), Pedone, Paris, 2010, p. 165s. L'auteur dénie l'hypothèse d'une reconnaissance internationale des situations fondée sur les droits fondamentaux malgré le contrôle exercé par ces derniers sur les règles de droit international privé.

<sup>649</sup> CEDH, *Green et Farhat c. Malte*, 6 juillet 2010 (n°38797/07) ; note D'AVOUT (L.), *RCDIP*, 2011, p. 665s.

donné son consentement à une telle action. L'enregistrement du second mariage aurait donc été constitutif d'une union polygamique, ce qui est contraire à l'ordre public maltais. En outre, la capacité matrimoniale est déterminée, selon les règles de droit international privé maltais, par la loi du domicile. Or la requérante n'a pas prouvé qu'elle était domiciliée en Libye. Elle n'avait donc pas, selon la loi maltaise applicable par défaut, la capacité de conclure ce second mariage.

**333.** Etait donc posée la question de la conformité à la CEDH du refus de reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger pour bigamie, situation considérée comme contraire à l'ordre public international maltais. La Cour EDH a estimé, par le biais d'une décision d'irrecevabilité, que le refus d'enregistrement du mariage valablement célébré à l'étranger vingt ans plus tôt n'était pas constitutif d'une violation de la convention et pouvait être considéré comme nécessaire, dans une société démocratique, pour la défense de l'ordre et la protection des droits d'autrui. Pour ce faire, la Cour rappelle que les Etats bénéficient d'une large marge d'appréciation concernant les règles relatives à la validité des mariages. La Cour de Strasbourg ne conclut donc pas à la violation de l'article 8 de la convention. Elle considère, au contraire, que les conditions du mariage relèvent de l'ordre public maltais qui est fondé à privilégier « l'intérêt de la communauté de promouvoir les mariages monogamiques ». En d'autres termes, « une sorte de blanc-seing est ainsi donné à la législation étatique et à sa mise en œuvre, lorsque ses fondements relèvent de considérations fondamentales, culturelles ou religieuses, sur lesquelles la Cour européenne estime n'avoir pas prise »<sup>650</sup>.

**334.** Comme le relève le Professeur d'Avout, cette affaire met en exergue « l'inadaptation et l'impuissance de la convention EDH, lorsque celle-ci est confrontée au problème de discontinuité des situations juridiques par-delà les frontières »<sup>651</sup>. On aurait en effet pu s'attendre à ce que les juges européens considèrent que le refus de reconnaissance de la situation légalement constituée à l'étranger et constitutive d'une vie familiale pour les intéressés, qui avaient de surcroît une certaine espérance légitime à voir leur situation reconnue, entraîne une violation de la convention EDH tel qu'elle l'avait considéré dans

---

<sup>650</sup> D'AVOUT (L.), « Des marges d'appréciation des Etats en matière de validité et de dissolution des unions matrimoniales », *RCDIP*, 2011, p. 665.

<sup>651</sup> *Ibidem*.

l'affaire *Wagner*<sup>652</sup>. La Cour a pourtant estimé l'inverse, de telle sorte que les mêmes causes ne produisent pas toujours les mêmes effets. Le respect de la marge d'appréciation des Etats sur les évolutions sociales récentes, et par définition non consensuelles, que constitue le développement des nouvelles formes de conjugalité empêche donc de présenter la méthode de la reconnaissance « comme un principe que les droits fondamentaux de l'Homme imposeraient nouvellement aux Etats européens dans leur pratique du droit international privé national »<sup>653</sup>.

**335.** Il est dès lors peu probable, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, que les juges européens aillent jusqu'à imposer la reconnaissance de toute union conjugale valablement constituée à l'étranger, participant ainsi au parachèvement d'un « droit à l'identité de la situation juridique des personnes »<sup>654</sup>. Même en Europe, la reconnaissance des unions conjugales est donc nécessairement limitée. Ni les libertés européennes de circulation, ni le respect des droits de l'Homme ne parviennent en effet à assurer une circulation pérenne des statuts conjugaux en cas de franchissement de frontière.

---

<sup>652</sup> Cour EDH, *Wagner et J.M.LW. c/ Luxembourg*, 28 juin 2007, (n° 76240/01) ; note MARGUENAUD (J.-P.), *RTD Civ.*, 2007, p. 738s. ; note MARCHADIER (F.), *D.* 2007, p. 2700s ; *GACEDH*, p. 565s. Sur l'analyse de cette affaire, cf. *supra* n°182.

<sup>653</sup> D'AVOUT (L.), « Des marges d'appréciation des Etats en matière de validité et de dissolution des unions matrimoniales », *RCDIP*, 2011, p. 665.

<sup>654</sup> BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2010, spé. p. 114s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**336.** Si la méthode de la reconnaissance vise la continuité internationale des situations juridiques, encore faut-il que les mécanismes qui mettent en œuvre cette méthode soient effectifs pour le franchissement de frontière soit neutralisé. Or, faute de communauté de droit suffisante, les conventions internationales fondées sur un raisonnement en termes de reconnaissance des situations juridiques ne sont pas en mesure d'assurer une circulation effective des unions conjugales au niveau universel. En effet, la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages ne permet pas, au regard des limites imposées à son champ d'application matériel et spatial ainsi qu'aux larges motifs de refus de reconnaissance qu'elle prévoit, d'assurer une reconnaissance intra-étatique des mariages. Il en va de même pour la convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés dont la clause de reconnaissance n'est que facultative et dont les dispositions ne portent que sur les effets civils du partenariat que les nombreux motifs de non-reconnaissance permettent toujours de refuser.

**337.** Une brève analyse de droit comparé nous a également permis de démontrer que les mécanismes américains ne permettent pas non plus une circulation effective des unions conjugales entre les différents Etats, voire même entre leurs entités fédérées. En effet, les mécanismes de reconnaissance prévus sur le continent américain, qu'ils soient fondés sur la protection des droits de l'Homme ou sur des règles de droit international privé, n'assurent pas une circulation interétatique des unions conjugales dont la reconnaissance n'est finalement possible que par l'application incertaine du principe de courtoisie internationale ou par la conclusion d'accords bilatéraux. Quant à la reconnaissance intra-étatique des unions conjugales, l'analyse des mécanismes fédéraux américains, et notamment de la *Full Faith and Credit Clause*, démontre qu'ils ne sont pas, en eux-mêmes, en mesure d'imposer la reconnaissance d'une union conjugale constituée dans un autre Etat fédéré.

**338.** La méthode de la reconnaissance, fondée sur les libertés de circulation couplées à la citoyenneté européenne, ne pourrait donc être effective qu'au sein de l'Union européenne. En effet, l'application du principe de reconnaissance mutuelle par la Cour de Justice de l'Union européenne lui permettrait sans doute de considérer que l'absence de

reconnaissance, par un Etat membre, d'une union conjugale constituée dans un autre Etat<sup>655</sup>, constitue une entrave à l'exercice des libertés de circulation des membres de l'union conjugale<sup>656</sup>.

**339.** Toutefois, le cantonnement de cette méthode aux seuls citoyens européens et sa soumission au respect de l'ordre public international de l'Etat requis, ne peuvent faire d'elle une réponse satisfaisante aux problèmes posés par la circulation d'envergure internationale des couples. Du reste, eu égard à la marge d'appréciation reconnue aux Etats sur des questions aussi sensibles, le recours au droit européen des droits de l'Homme, même sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale, est insuffisant à assurer une continuité internationale des unions conjugales.

---

<sup>655</sup> Qu'il s'agisse d'un Etat membre ou d'un Etat tiers. En effet, en se fondant sur la citoyenneté européenne, les juges européens pourraient appliquer cette méthode à tous les citoyens européens peu importe que la situation dont la reconnaissance est demandée se soit cristallisée sur le territoire de l'Union ou dans un Etat tiers.

<sup>656</sup> V. en ce sens DEVERS (A.), « Non-reconnaissance dans l'Etat membre dont il est ressortissant du nom acquis par l'enfant dans son Etat de naissance et de résidence », *JCPG*, 2008, n°16, II 10071.

## CONCLUSION DU TITRE II

**340.** Si la méthode de la reconnaissance repose sur des assises théoriques intéressantes, ses modalités d'application sont largement incertaines. En effet, à la détermination hasardeuse des unions conjugales auxquelles elle entend s'appliquer, s'ajoute une certaine indétermination des effets juridiques pouvant être reconnus.

**341.** D'une part, l'applicabilité de la méthode de la reconnaissance est incertaine. En effet, la définition extensive du critère de cristallisation de la situation juridique à reconnaître ne permet pas de déterminer quelles unions conjugales seraient susceptibles d'être reconnues et fait ainsi douter de la singularité même de cette méthode. Du reste, l'exigence d'un lien de proximité entre la situation juridique à reconnaître et l'ordre juridique dans lequel elle a été créée reste débattue et ses modalités de détermination s'avèrent donc particulièrement controversées. D'autre part, la portée de la méthode de la reconnaissance est incertaine. En effet, l'étendue des effets à reconnaître à la situation juridique valablement constituée à l'étranger reste indéfinie. Il apparaît donc difficile de savoir s'il s'agira de ceux qui lui sont attachés par le droit de l'Etat dans lequel elle s'est constituée, de ceux prévus par l'Etat requis de sa reconnaissance ou, encore, d'un compromis entre les deux. Insuffisante à répondre convenablement à la question des effets que sera susceptible de développer la situation juridique litigieuse dans l'Etat de reconnaissance, cette nouvelle méthode ne permet pas non plus de faire face à la reconnaissance de situations concurrentes, telles que la formation successive de deux unions conjugales dans deux Etats différents ou la formation d'une union conjugale dans un Etat et son annulation dans un autre ordre juridique.

**342.** Au terme d'une analyse de l'effectivité des différents mécanismes de reconnaissance, le constat de l'insuffisance de cette méthode dans la circulation effective des unions conjugales entre les différents ordres juridiques nationaux s'impose. A ce titre, l'effectivité des mécanismes extra-européens de reconnaissance s'avère illusoire. En effet, les conventions internationales fondées sur un raisonnement en termes de reconnaissance des situations juridiques – c'est-à-dire, en matière conjugale, la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages et la convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés – ne sont



pas en mesure d'assurer une circulation sans entrave des unions conjugales au niveau universel. De même l'étude des mécanismes de reconnaissance prévus sur le continent américain, qu'ils soient fondés sur la protection des droits de l'Homme ou sur des règles de droit international privé, atteste qu'ils ne permettent pas une circulation interétatique des unions conjugales. Quant à la reconnaissance intra-étatique des unions conjugales, l'analyse des mécanismes fédéraux américains, et notamment de la *Full Faith and Credit Clause*, met en exergue leur incapacité à imposer la reconnaissance d'une union conjugale constituée dans un autre Etat fédéré. Seuls les mécanismes européens de reconnaissance des situations juridiques pourraient finalement, par l'application du principe de reconnaissance mutuelle à la libre circulation des citoyens européens, être en mesure d'assurer une circulation pérenne des unions conjugales au sein de l'Union européenne. Cette méthode serait toutefois cantonnée aux seuls citoyens européens et resterait soumise au respect de l'ordre public international des Etats membres. Enfin, le recours au droit européen des droits de l'Homme, même sous le prisme du droit au respect de la vie privée et familiale, ne serait pas en mesure d'imposer une telle reconnaissance.

**343.** Afin de justifier le recours à la méthode de la reconnaissance, il est classique de lire que la méthode bilatérale ne permet pas d'assurer un traitement satisfaisant des institutions originales en droit comparé en ce qu'elle « est structurellement inapte à appréhender convenablement de telles figures juridiques, puisqu'elle risque de conduire à la compétence d'une loi ne connaissant qu'un parent éloigné de l'institution, voire l'ignorant absolument »<sup>657</sup>. Mais si la méthode de la reconnaissance – en ce qu'elle ne subordonne pas la validité d'une situation juridique étrangère à la conformité de la loi applicable selon les règles de conflit de lois de l'Etat de reconnaissance – évite un tel problème, elle ne permet pas pour autant de parvenir à l'objectif qu'elle s'est initialement fixé, c'est-à-dire le respect de l'intégrité du rapport juridique au plan international<sup>658</sup>. Il nous semble dès lors qu'il serait davantage judicieux d'adapter la méthode conflictuelle classique que de recourir, à titre subsidiaire, à une autre méthode au maniement délicat et au résultat encore décevant<sup>659</sup>.

---

<sup>657</sup> BOLLEE (S.), « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 329.

<sup>658</sup> PAMBOUKIS (C.), « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515.

<sup>659</sup> V. en ce sens MUIR-WATT (H.) et GOLDSTEIN (G.), « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI*, octobre 2010, doct. 12 : « on obtiendrait les mêmes résultats en utilisant une règle de conflit classique fondée sur le lieu

Autrement dit, « face à l'impossibilité de concevoir la reconnaissance en dehors du recours à la méthode du conflit de lois, il est plus que jamais nécessaire de penser une 'renaissance-métamorphose' de la méthode de détermination de la loi applicable »<sup>660</sup>.

---

d'enregistrement, dans un système admettant le renvoi, sans avancer dans une zone théorique encore peu balisée ».

<sup>660</sup> V. RASS-MASSON (L.), *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Résumé pour le prix de thèse 2015 du Comité Français de Droit international privé, p. 2.



## CONCLUSION DE LA PARTIE I

**344.** Au terme de la première partie de cette étude, l'analyse critique des méthodes de droit international privé applicables aux unions conjugales nous a permis de mettre en exergue les raisons de l'inadaptation de la réglementation actuelle des situations conjugales internationales. A ce titre, les rattachements classiques prévus par la méthode savignienne en matière de formation et d'effets des unions conjugales sont inadaptés à la mobilité internationale croissante des couples, à la multiplication des cas de plurinationalité, et à la fragmentation du modèle familial traditionnel sur lequel ils sont fondés. C'est pourquoi de nouveaux rattachements, dont la pertinence est également à relativiser, ont été adoptés. Or, loin de se faire dans une logique d'ensemble, le processus de diversification des règles de conflit de lois applicables entraîne un manque de cohérence dans la détermination des règles régissant la formation et les effets des unions conjugales. La diversité des instruments juridiques applicables et la complexité des règles de conflit prévues nuisent ainsi à la sécurité juridique des couples en droit international privé.

**345.** A y regarder de plus près, il nous est apparu que les problèmes posés par l'application de la méthode conflictuelle classique aux couples n'étaient pas seulement liés aux rattachements prévus par celle-ci mais provenaient également d'une certaine inadaptation de la logique conflictuelle elle-même. Les mécanismes conflictuels ne sont en effet pas pleinement adaptés à la diversification des formes de conjugalité. Sans pouvoir faire face à l'absence de fongibilité des unions conjugales, ils confèrent en effet au modèle conjugal du for une hégémonie peu respectueuse des formes de couple prévues par d'autres Etats. La méthode conflictuelle, par la localisation abstraite du rapport de droit sur laquelle elle repose, n'est alors pas adaptée à l'exigence de continuité des relations privées internationales qu'imposent, dans une certaine mesure, le respect des droits de l'Homme et les libertés européennes de circulation.

**346.** C'est face aux lacunes de la méthode classique qu'a été développée la méthode de la reconnaissance. Celle-ci vise à permettre une circulation sans entrave des unions conjugales entre les différents ordres juridiques nationaux dans lesquels sont amenés à s'installer les couples. Cette méthode – fruit d'une conceptualisation doctrinale des

mécanismes de reconnaissance émergents – se donne ainsi pour objectif de pallier, à titre subsidiaire, les insuffisances de la méthode conflictuelle. Ce renouvellement méthodologique met en exergue un changement de paradigme<sup>661</sup>, selon nous bienvenu, dans la réglementation des situations privées internationales. Toutefois, malgré des assises théoriques intéressantes, l'application de cette méthode en matière d'unions conjugales est fort incertaine. En effet, aux incertitudes relatives à la détermination des unions susceptibles d'être reconnues s'ajoutent de nombreux doutes quant à la portée d'une telle reconnaissance, c'est-à-dire aux effets susceptibles d'être appréhendés par celle-ci.

**347.** Plus encore, l'effectivité des mécanismes de reconnaissance actuellement en vigueur en la matière est décevante. En effet, l'absence d'une communauté de droit au niveau universel et d'intégration régionale aussi développée que l'Union européenne rend quelque peu illusoire l'effectivité des mécanismes extra-européens. Quant aux mécanismes fondés sur les libertés européennes de circulation – dont l'application aux unions conjugales n'est qu'hypothétique à l'heure actuelle – leur effectivité reste limitée face à la circulation d'envergure internationale des couples. La méthode de la reconnaissance ne constitue donc qu'un simple et imparfait correctif de la méthode conflictuelle classique.

**348.** C'est donc sur la base des critiques formulées à l'encontre des méthodes de droit international privé actuellement applicables aux couples qu'il convient désormais de réfléchir à une adaptation méthodologique permettant l'élaboration d'un droit international privé du couple cohérent et respectueux de l'exigence de continuité internationale des unions conjugales.

---

<sup>661</sup> Que l'on pourrait résumer par le passage d'un objectif d'harmonie internationale des solutions par la localisation abstraite du rapport de droit à un objectif de coordination concrète des ordres juridiques nationaux par l'exigence de continuité des situations juridiques.

# **SECONDE PARTIE**

## **L'ADAPTATION PROPOSÉE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DU COUPLE**



**349.** L'inadaptation actuelle de la réglementation des situations juridiques à laquelle font face les couples en droit international privé nécessite de proposer quelques pistes de réflexion quant à une possible adaptation de la matière aux exigences de la société contemporaine. Comme nous l'avons vu, cette inadaptation provient non seulement de l'inadéquation de la méthode conflictuelle classique à l'exigence de continuité internationale des unions conjugales et à la diversification des formes de conjugalité, mais également de l'insuffisance de la méthode de la reconnaissance potentiellement applicable aux couples internationaux. La proposition d'un droit international privé du couple renouvelé implique donc une adaptation méthodologique. Or, face à la portée limitée de la méthode de la reconnaissance, la méthode conflictuelle classique nous semble finalement, sous couvert d'ajustements, la mieux placée pour constituer le socle d'un droit international privé du couple cohérent et respectueux de l'exigence de continuité internationale des unions conjugales. Nous avons en effet précédemment démontré que la méthode de la reconnaissance serait, à elle seule, insuffisante à assurer une circulation sans entrave des unions conjugales. Sa consécration ne ferait donc que contourner le manque de pertinence actuelle des règles de conflit de lois dont l'application reste nécessaire, au moins quant à la création de l'union.

**350.** L'adaptation du droit international privé du couple suppose plutôt de rester dans le cadre conflictuel mais de l'adapter à l'aune des objectifs de la méthode de la reconnaissance. Autrement dit, nous proposerons d'adapter le paradigme conflictuel à la diversité des unions conjugales et à l'exigence de continuité internationale des situations juridiques. Il sera ainsi proposé de façonner la méthode conflictuelle en considération des soubassements théoriques de la méthode de la reconnaissance. En effet, si les modifications apportées à la méthode bilatérale permettent d'éviter, ou du moins de réduire considérablement, la création de situations boiteuses, le délicat recours aux procédés de reconnaissance deviendrait alors inutile. Partant, l'adaptation de la méthode classique à l'aune de la méthode de la reconnaissance permettrait de répondre à l'exigence de continuité internationale des unions conjugales tout en apportant une meilleure cohérence au sein des règles de conflit applicables.

**351.** Il conviendra, dans un premier temps, d'adapter les rattachements de la méthode conflictuelle. A ce titre, une nouvelle catégorie de rattachement, fondée sur un concept catégoriel plus large de « couple » et dépassant ainsi les distinctions entre mariages et



partenariats enregistrés ou entre unions homosexuelles, hétérosexuelles ou polygamiques pourrait être adoptée. Cette nouvelle catégorie éviterait, dans une certaine mesure, les problèmes posés par la qualification *lege fori* des unions conjugales. La qualification de ces dernières serait ici autonome et ne viserait qu'à distinguer, de manière fonctionnelle, les couples formels des couples informels. Une nouvelle catégorie de rattachement pourrait donc voir le jour pour réunir ces nouvelles règles dans un ensemble cohérent : le statut conjugal. Ce statut conjugal serait intégré à la catégorie du « statut personnel » mais serait distinct, au sein de ce dernier, du statut individuel et du statut familial.

**352.** L'établissement de cette nouvelle catégorie permettra ensuite de proposer de nouveaux facteurs de rattachement applicables à la formation et aux effets des unions conjugales et, partant, d'assurer une meilleure cohérence des règles de droit international privé applicables aux couples. Il s'agira de règles de conflit de lois dont les rattachements diffèrent de ceux actuellement retenus mais présentant, selon nous, une plus grande vocation à régir les problèmes juridiques soulevés par les couples en droit international privé. Nous démontrerons à ce titre que les lois présentant la plus grande vocation à régir le statut conjugal proposé sont, à côté de la loi nationale commune, la loi appliquée par l'autorité lors de la création de l'union conjugale et la loi de la résidence conjugale. Afin d'assurer la continuité internationale des unions conjugales formalisées par l'intervention d'une autorité compétente, leur validité pourrait alors être soumise à la loi appliquée par ladite autorité. Quant à leurs effets, ils pourraient également être soumis à un rattachement objectif à la loi de l'autorité. La prise en compte de l'autonomie de la volonté et du principe de proximité nous invitera cependant à proposer une option de législation afin de permettre aux membres du couple de choisir comme loi applicable aux effets de leur union celle de leur résidence conjugale ou de leur nationalité commune. Enfin, tant la validité que les effets, qui ne peuvent ici être distingués en l'absence de formalisation, des unions conjugales informelles pourraient, eux, être régis par la loi de la résidence conjugale.

**353.** Le cadre théorique de l'adaptation proposée du droit international privé du couple permettra ainsi de s'assurer de la vocation des nouvelles règles de conflit de lois proposées à régir les problèmes soulevés par les unions conjugales formelles et informelles. L'analyse de la mise en œuvre pratique de notre proposition permettra ensuite de s'assurer de l'efficacité de l'application desdites règles, c'est-à-dire de leur aptitude à atteindre l'objectif

recherché. Il conviendra donc d'analyser les problèmes pratiques qui pourraient résulter de l'application des règles proposées.

**354.** Ces règles devront être appliquées tant par les autorités saisies de la création d'une union conjugale que par celles requises de se prononcer sur une question relative à sa validité ou à ses effets. Or, si la compétence internationale de ces dernières a été fixée par les règles de compétence juridictionnelle directe, rien n'a été prévu concernant la compétence internationale des premières. Il conviendra alors de proposer des règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale afin d'éviter les risques de tourisme conjugal que le rattachement libéral à la loi de l'autorité serait susceptible d'entraîner. Le rattachement des effets des unions conjugales formelles à la loi de l'autorité saisie de la création de l'union ou, si elle est choisie par les membres du couple, à la loi de la résidence conjugale ou de la nationalité commune nécessitera quant à lui de détailler les modalités ainsi que l'étendue de l'option de législation proposée.

**355.** Le rattachement des unions conjugales informelles à la loi de la résidence conjugale supposera d'en déterminer le champ d'application matériel et d'assurer son articulation avec la *lex contractus* en présence de contrats de concubinage ainsi qu'avec les autres règles de conflit de lois spécialement applicables en la matière. Il conviendra enfin d'analyser, lors de la mise en œuvre de ce rattachement, quels pourraient être les mécanismes perturbateurs susceptibles de remettre en question l'application de cette loi. Il faudra alors la confronter aux hypothèses de conflit mobile, de contrariété à l'ordre public international, de renvoi et de fraude à la loi.

**356.** Le renouvellement du droit international privé du couple que nous proposons nécessite donc d'établir le cadre théorique de l'adaptation de la méthode conflictuelle (**Titre I**) avant d'analyser sa mise en œuvre pratique (**Titre II**).



## **TITRE I : LE CADRE THEORIQUE DE L'ADAPTATION PROPOSEE**

**357.** Le renouvellement du droit international privé du couple que nous proposons implique une adaptation de la méthode conflictuelle à l'aune des objectifs de la méthode de la reconnaissance. Une telle adaptation suppose de repenser les catégories de rattachement actuelles. En effet, la mise en œuvre de la méthode conflictuelle repose sur l'intégration de la situation juridique ou du rapport de droit au sein d'une catégorie. Or, « trop nombreuses, les catégories de rattachement empêchent la formation de remarques communes à plusieurs d'entre-elles ; trop importantes, elles ne suffisent pas à résoudre les problèmes précis »<sup>662</sup>. Dès lors, si le statut personnel est devenu une catégorie trop large, son importante fragmentation en sous-catégories diverses et variées a indéniablement entraîné une perte de logique d'ensemble. Il convient donc de proposer une nouvelle catégorie de rattachement fondée sur un concept catégoriel assez large pour faire face à la diversité des statuts et des modes de conjugalité prévus par les différents ordres juridiques nationaux et, dans le même temps, suffisamment circonscrite « pour justifier que s'exerce à leur égard la vocation d'un même ordre juridique, identifié selon des liens qui revêtent un caractère également significatif pour l'ensemble et dont les rapports de connexité ou de complémentarité rendraient inopportune leur soumission à des lois multiples »<sup>663</sup>. La proposition d'un statut conjugal distinct du statut individuel et du statut familial permettrait ainsi de retrouver une certaine cohérence au sein des règles applicables en soumettant les différents modes de conjugalité à des règles conflictuelles communes.

**358.** Mais, on ne constitue une catégorie « que dans la mesure où elle paraît appeler un rattachement unique, ou du moins un groupe unique de rattachements »<sup>664</sup>. La proposition d'une nouvelle catégorie de rattachement suppose donc nécessairement la proposition de nouveaux facteurs de rattachement dont il conviendra de déterminer la nature en fonction des avantages et inconvénients respectifs des différents rattachements possibles en droit international privé. Ces derniers devront parvenir à instaurer une certaine cohérence dans la

---

<sup>662</sup> MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, p. n°509, p. 352.

<sup>663</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°382, p. 453-454.

<sup>664</sup> MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n°509, n°352.

réglementation des situations juridiques soulevées par les unions conjugales tout en assurant une circulation internationale du statut conjugal dont sont porteurs les intéressés.

**359.** Ce n'est donc qu'après avoir proposé l'élaboration d'une nouvelle catégorie de rattachement (*Chapitre I*) que nous serons en mesure de déterminer les nouveaux facteurs de rattachement qui devront lui être attribués (*Chapitre II*).

## CHAPITRE I : LA PROPOSITION D'UNE NOUVELLE CATEGORIE DE RATTACHEMENT

**360.** Les différentes formes de conjugalité reconnues par les diverses législations nationales ont pour objet la réglementation juridique d'une vie de couple, c'est-à-dire d'une union affective et morale de plusieurs personnes, généralement assortie d'une cohabitation. Dès lors, comme le relève le Professeur Eric Kerckhove, « au lieu de s'arc-bouter sur des règles désormais dépassées, tout en en restreignant la portée par la création de nouvelles formes de conjugalité, mêlant contrat et statut personnel, il serait préférable de repenser la notion de mariage et peut-être lui substituer un statut de couple »<sup>665</sup>. En effet, liée à la multiplication des modes de conjugalité, l'émergence de la notion de « couple » a entraîné un certain rapprochement de ces derniers. Cette notion, qui désigne une réalité factuelle, est toutefois « à cheval entre le langage du droit et le langage courant »<sup>666</sup> et il conviendra alors d'en déterminer la signification juridique afin de savoir si elle peut constituer le concept sur lequel reposerait cette nouvelle catégorie de rattachement. L'analyse du concept de « couple » en droit interne nous permettra alors de savoir si cette notion peut utilement servir à l'élaboration d'une catégorie de rattachement en droit international privé. L'instauration d'une nouvelle catégorie, fondée sur un concept catégoriel plus large et plus neutre, éviterait en effet les problèmes posés par la qualification équivoque des unions conjugales étrangères à l'aune des unions prévues par le for. Partant, elle faciliterait leur circulation entre les ordres juridiques et assurerait le respect de l'intégrité internationale du lien conjugal.

**361.** Par ailleurs, en ce qu'elle supposera l'adoption de nouveaux facteurs de rattachement, cette nouvelle catégorie apporterait une certaine cohérence dans les règles applicables aux unions conjugales. Elle permettrait en effet de soumettre à des règles de conflit de lois communes des problèmes aujourd'hui soumis à des règles de conflit différentes. Partant, elle assurerait un traitement juridique plus cohérent des problèmes soulevés par les couples en droit international privé. Mais la cohérence recherchée en matière conjugale ne doit pas pour autant entraîner d'incohérence au sein des règles applicables par ailleurs. Il conviendra alors de réfléchir à la place de cette nouvelle catégorie de rattachement

---

<sup>665</sup> KERCKHOVE (E.), « Le droit international privé du couple », *LPA*, 20 décembre 2007, n°254, p. 41s.

<sup>666</sup> CORNU (G.), *Linguistique juridique*, LGDJ, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., 2005, n°16.

au sein des grandes catégories existantes. Cela supposera une redéfinition du statut personnel et une réflexion critique quant au rattachement de ses éléments à la loi nationale. Nous démontrerons alors que la nouvelle catégorie de rattachement que nous proposons pourrait intégrer le statut personnel sous la forme d'un statut conjugal distinct du statut individuel et du statut familial.

**362.** Le couple pourrait donc constituer le fondement d'une nouvelle catégorie de rattachement en droit international privé (*Section I*), faisant du statut conjugal une sous-catégorie du statut personnel (*Section II*).

## SECTION I : LE COUPLE COMME NOUVELLE CATEGORIE DE RATTACHEMENT

**363.** L'émergence de la notion juridique de « couple » résulte de la diversification des formes de conjugalité reconnues par le droit. Cette notion a permis d'appréhender conjoints, partenaires et concubins sous un même vocable. Elle a également eu pour conséquence de rapprocher ces différents modes de conjugalité autour de l'idée d'un droit commun du couple en droit interne. Il convient alors d'analyser ce mouvement de rapprochement des règles relatives aux différents modes de conjugalité. Nous serons ainsi amené à porter une analyse critique quant à la légitimité de l'instauration d'un droit commun du couple en droit interne. Si les limites au caractère englobant de la notion de couple nous ferons douter d'une telle légitimité, elles mettront toutefois en exergue un rapprochement fonctionnel entre les différents statuts conjugaux. En effet, alors que le PACS se rapproche du mariage en droit français, il s'éloigne en même temps du concubinage. Or, ce mouvement ne doit pas être sans conséquence sur les règles applicables, en droit international privé, aux unions formelles que constituent le mariage et le PACS et aux unions informelles dont fait partie le concubinage.

**364.** Il conviendra alors, dans un second temps, de savoir si la notion de « couple » pourrait servir de fondement à l'élaboration d'une nouvelle catégorie de rattachement en droit international privé. Nous démontrerons à ce titre que l'élaboration d'un régime commun du couple en droit international privé pourrait être compatible avec le respect du pluralisme conjugal propre à chaque Etat s'il permettait de prendre en compte cette distinction fonctionnelle entre les couples formels et informels. Si les différents modes de conjugalité pouvaient donc être intégrés dans une catégorie de rattachement unique, il conviendrait toutefois de distinguer la règle de conflit de lois applicable aux unions formelles et celle applicable aux unions informelles.

**365.** C'est donc après avoir analysé l'émergence de la notion juridique de couple en droit interne (*I*) que nous pourrions déterminer si cette notion pourrait constituer le concept catégoriel sur lequel se fonderait cette nouvelle catégorie de rattachement dans le cadre de l'adaptation du droit international privé que nous proposons (*II*).



## **I. L'émergence de la notion juridique de couple en droit interne**

**366.** Afin de prendre en compte les différentes formes de conjugalité, un dénominateur commun a été recherché. Il a été trouvé : « c'est le couple, au sens moderne ou post-moderne »<sup>667</sup>. La notion juridique de « couple » a ainsi émergée afin d'appréhender la diversité des formes conjugales en laissant entrevoir l'apparition d'un droit commun du couple en droit interne (*A*). Le respect du pluralisme conjugal propre à chaque Etat limite toutefois ce rapprochement entre les différentes formes de conjugalité. S'il fait douter de la légitimité de l'instauration d'un droit commun du couple en droit interne, il met en même temps en exergue un rapprochement fonctionnel entre le mariage et le PACS pour mieux les distinguer du concubinage (*B*).

### **A. L'appréhension de la diversité des formes de conjugalité par la notion de couple**

**367.** Le terme de couple est entré dans le langage juridique par la porte du droit social et fiscal dont les dispositions ne diffèrent pas selon la nature de l'union conjugale. Il est apparu dans le Code de la santé publique par la loi 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 prénatal et se trouve également aujourd'hui dans le Code de la sécurité sociale<sup>668</sup>, de l'action sociale et des familles<sup>669</sup> et dans le Code général des impôts<sup>670</sup>. Le Code de la construction, quant à lui, précise de manière très claire que « le terme de couple [...] s'applique aux personnes mariées, vivant en concubinage ou liées par un pacte civil de solidarité »<sup>671</sup>. Une telle assertion n'est pas surprenante si l'on considère que les droits portés par ces Codes sont des droits « réalistes » et protecteurs qui ont vocation à s'intéresser aux

---

<sup>667</sup> TERRE (F.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil, La famille*, Précis Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2011, n° 64, p. 56. V. également HAUSER (J.), « La concurrence des formes juridiques de vie en couple », *Dr. famille* n° hors-série, déc. 2000. Chron. 3

<sup>668</sup> 34 occurrences.

<sup>669</sup> 22 occurrences.

<sup>670</sup> 17 occurrences.

<sup>671</sup> Article R351-29 du Code de la Construction.

situations de fait<sup>672</sup>. En effet, « la préférence pour les couples qui remplissent les obligations du mariage est inadaptée à l'esprit du droit social. Droit des besoins, il doit rendre compte de tous les couples de fait et non seulement de quelques-uns »<sup>673</sup>. Mais, dans un contexte de crise du droit de la famille engendrée par l'érosion du modèle familial traditionnel, la notion juridique de couple est également apparue en droit civil par la loi du 15 novembre 1999 dans la définition du concubinage ainsi que, plus récemment, en matière de violences conjugales<sup>674</sup>.

**368.** La neutralité du mot couple traduit la neutralité contemporaine du droit à l'égard des comportements conjugaux et son attachement actuel aux réalités de fait<sup>675</sup>. Si la notion de couple n'est pour certains qu'un simple « mythe aux vertus unificatrices »<sup>676</sup>, cette notion collective, englobante et uniforme permet incontestablement de prendre en compte juridiquement une réalité sociale. Elle constitue le reflet des modifications apportées au droit du mariage et de la reconnaissance d'autres formes d'unions. La notion de couple renvoie donc à un lien affectif et matériel<sup>677</sup> autour de l'idée d'une vie commune. La vie commune, dénominateur commun aux différentes formes de conjugalité, devient alors génératrice de droits, si bien que l'on a parfois pu affirmer que si la cohabitation constitue le couple, la décohabitation le détruit<sup>678</sup>.

**369.** Si, dans sa définition classique, la notion de couple renvoyait à l'union de l'homme et de la femme indépendamment de leur statut conjugal<sup>679</sup>, celle-ci a également permis de regrouper sous le même vocable les couples de sexe différent et les couples de même sexe. Le Professeur Fulchiron affirmait à ce titre que « la généralisation même de l'usage du mot couple est à la fois le signe et le vecteur de la reconnaissance juridique des

---

<sup>672</sup> V. en ce sens DE BOYSSON (B.), *Mariage et conjugalité : essai sur la singularité matrimoniale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2012, p. 233.

<sup>673</sup> GILLES-GAVARD (A.-M.), *Le couple en droit social*, Economica, 1997, p. 53.

<sup>674</sup> Ce terme se retrouve ainsi aux 515-9 et 515-11 du Code civil.

<sup>675</sup> MALAURIE (P.), « Couple, procréation et parenté », in *La notion juridique de couple* (dir. BRUNETTI-PONS), Economica, 1998, p. 17s.

<sup>676</sup> V. en ce sens DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.* 1995, p. 249s.

<sup>677</sup> BRUNETTI-PONS (C.), « L'émergence d'une notion juridique de couple », *RTDCiv.* 1999, p. 27s, n°8.

<sup>678</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Couple et cohabitation », in *La notion juridique de couple* (dir. BRUNETTI-PONS), Economica, 1998, p. 61. V. toutefois l'article 108 du Code civil selon lequel conjoints peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie.

<sup>679</sup> L'article L. 152-2 du Code de la santé publique prévoyait ainsi que « l'homme et la femme formant le couple doivent... ».

unions entre personnes de même sexe<sup>680</sup> ». Ainsi, le concubinage peut-il aujourd'hui renvoyer à l'union de deux personnes de même sexe<sup>681</sup>, de même que le PACS et, depuis la loi du 17 mai 2013, le mariage. Dès lors, « dans la langue commune, comme dans la langue juridique, 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 homosexuelles »<sup>682</sup>. La notion juridique de couple permet donc d'appréhender les différentes formes de conjugalité reconnues par le droit. Plus encore, elle a entraîné un certain rapprochement entre ces différents statuts conjugaux dont l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe par la loi du 17 mai 2013 constitue certainement le point d'orgue.

**370.** Certains auteurs voient dans ce rapprochement l'émergence d'un droit commun du couple, dépassant les clivages entre mariage, PACS et concubinage<sup>683</sup>. Les différentes formes de conjugalité semblent aujourd'hui se rapprocher autour de deux principes, celui d'égalité et celui de liberté. On note ainsi un glissement du régime reconnu aux gens mariés vers un ensemble de règles progressivement assez voisines applicables aux diverses formes de conjugalité. Du reste, si le mariage attire parfois à lui le PACS et le concubinage, la force d'attraction de ces derniers sur le mariage est encore plus flagrante en droit interne et laisse ainsi apparaître l'idée d'une certaine contractualisation du couple. Comme le relève le Professeur Fulchiron, on assiste « à un double mouvement de dilatation et contraction. Dilatation du mariage qui se dilue dans une conjugalité ouverte à toutes les formes de vie en

---

<sup>680</sup> FULCHIRON (H.), « Couples, mariage et différence de sexe : une question de discrimination ? », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 29.

<sup>681</sup> Le législateur ayant mis fin au refus constant de la Cour de cassation de reconnaître le concubinage homosexuel. Elle avait ainsi estimé dans son arrêt du 17 décembre 1997 (n°17-12-1997) que le concubinage ne pouvait résulter « que d'une relation stable et continue ayant l'apparence d'un mariage ; donc entre un homme et une femme ».

<sup>682</sup> FULCHIRON (H.), « Couples, mariage et différence de sexe : une question de discrimination ? », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 30.

<sup>683</sup> V. notamment LABBE (X.), *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 20 ; V. également LEMOULAND (J.-J.), « Vers un droit commun de la formation des couples ? », *LPA*, 20 décembre 2007, n°254, p. 13s. et « L'émergence d'un droit commun des couples », in *Mariage-conjugalité. Parenté-Parentalité* (dir. FULCHIRON H.), Dalloz, 2009, p. 33s. ; FULCHIRON (H.), « Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ? », *D.* 2009, p. 1703s. Le rapport « Filiation, origines, parentalité » remis à la ministre de la famille au début de l'année 2014 prévoit d'ailleurs également d'harmoniser les règles relatives à la filiation au sein « d'un droit commun de la filiation ».

couple ; contraction de la conjugalité qui se referme sur le couple et sur lui seul : le couple n'est plus transcendé par l'alliance »<sup>684</sup>.

**371.** L'émergence d'un droit commun du couple résulterait donc de l'uniformisation des règles de fond et de forme applicables à l'ensemble des statuts conjugaux<sup>685</sup>. Les conditions de fond, notamment depuis l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, sont désormais quasiment identiques à toutes les formes de conjugalité : l'interdit de l'inceste, le respect du principe monogamique, la nécessité d'un âge légal et celle d'un consentement libre. Les conditions de formes du mariage – libéralisées – et du partenariat – institutionnalisées – se sont également rapprochées. Ainsi, d'un côté, le mariage a-t-il connu une réduction de ses contraintes formelles, de ses formalités probatoires et de ses empêchements<sup>686</sup>. D'un autre côté, les conditions de formation du PACS se rapprochent de celles du mariage en s'éloignant de celles du droit commun des contrats. En effet, si le PACS n'est pas, pour l'heure, enregistré par l'officier de l'état civil mais par le greffe du tribunal d'instance, la loi du 23 juin 2006 impose son inscription en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire avec indication de l'identité de l'autre partenaire<sup>687</sup>. Or, « dès lors qu'il est mentionné à l'état civil, le PACS devient un élément de l'état des personnes, ce qui le rapproche encore plus du mariage »<sup>688</sup>. L'enregistrement est donc désormais au PACS ce que la célébration est au mariage. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par l'article 17 du projet de loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, adopté par l'Assemblée nationale le 12

---

<sup>684</sup> FULCHIRON (H.) « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité* (dir. FULCHIRON H.), Dalloz, 2009, p. IXs.

<sup>685</sup> Pour une analyse d'ensemble, v. CASTAGNE (S.), « Mariage, Pacs et concubinage. Analyse comparative », *JCP N*, 14 novembre 2008, n°46, 1325.

<sup>686</sup> Sur les six empêchements initialement prévus par le Code civil (la mort civile, la complicité d'adultère, un divorce antérieur entre les époux, le délai de viduité, l'existence d'un mariage antérieur non dissous, et la parenté ou l'alliance à un certain degré), seuls les derniers, relatifs à l'interdiction de la polygamie et de l'inceste, sont encore en vigueur.

<sup>687</sup> V. FULCHIRON (H.), « Le nouveau PACS est arrivé ! », *Deffrénois*, 2006, p. 1621s ; LARRIBAU-TERNEYRE, « La réforme du PACS dans la réforme du droit des successions ? » ? *Dr Famille*, 2006, p. 1s ; ROCHFELD (J.), « Réforme du PACS », *RTD Civ.* 2006, n°3 p. 624s ; LEMOULAND (J.-J.) et VIGNEAU (D.), « Mariage – Conjugalité – Pacte civil de solidarité », *D.* 2006, p. 1414s.

<sup>688</sup> BUFFELAN-LANORE (Y.), « Le mariage du droit canonique au droit contemporain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Champenois*, Defrénois, 2012, p. 126. Pour un avis contraire, v. DE BOYSSON (B.), *Mariage et conjugalité - Essai sur la singularité matrimoniale*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2012 pour qui l'enregistrement, seulement déclaratif, du PACS n'est qu'une solution pragmatique qui ne change rien à sa nature contractuelle.

octobre 2016, qui prévoit de transférer l'enregistrement et la gestion du PACS à l'officier de l'état civil français<sup>689</sup>.

**372.** La loi du 12 mai 2009 est également venue offrir au PACS un statut civil plus complet s'inspirant du régime primaire du mariage et du droit des régimes matrimoniaux et a fait du juge aux affaires familiales le juge des couples mariés, partenaires et concubins<sup>690</sup>. Il est ainsi possible d'y voir l'émergence « d'une sorte de minimum matrimonial commun »<sup>691</sup> et l'on peut désormais considérer que « la vie de couple engendre des devoirs et obligations qui ne diffèrent pas véritablement d'une conjugalité à l'autre : une obligation de mener loyalement une vie commune sous le même toit, dans le respect mutuel, conjugée à une obligation de venir en aide à l'autre et d'être solidaire des dettes de la vie courante »<sup>692</sup>. Faisant disparaître sa singularité, le mariage ne serait ainsi, à l'instar du partenariat, qu'une « institution ayant pour but principal la création d'une communauté de vie dont les effets sont réglés par la loi »<sup>693</sup>.

**373.** Le rapprochement du partenariat enregistré et du mariage se manifeste également en droit européen qui « admet leur similitude tout en prenant soin de réserver le jeu des lois nationales »<sup>694</sup>. Ainsi la Cour de Justice de l'Union européenne condamne toute différence de traitement entre les couples mariés et les couples de partenaires lorsque, dans la législation nationale de l'Etat membre concerné et pour la prestation visée, ces derniers sont placés dans une situation analogue. La Cour a dès lors relevé dans l'affaire *Maruko*<sup>695</sup> que la loi allemande instaurant le partenariat enregistré « a contribué au rapprochement progressif du régime mis en place pour le partenariat de vie avec celui applicable au mariage ». Or, la Cour constate que le bénéfice de la pension de réversion est limité, en application des dispositions

---

<sup>689</sup> Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle adopté par l'Assemblée nationale le 24 mai 2016.

<sup>690</sup> Plus récemment encore, les lois du 17 mars 2014 relative à la consommation, la loi ALUR du 24 mars 2014 et la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes ont rapproché le PACS du mariage. V. LEMOULAND (J.-J.) et VIGNEAU (D.), *Droit des couples*, D., 2015, 1408.

<sup>691</sup> MAULAURIE (P.) et FULCHIRON (H.), *Doit civil : La famille*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, n°128, p. 93.

<sup>692</sup> LABBE (X.), *Le droit commun du couple*, Presses universitaires du Septentrion, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 145.

<sup>693</sup> *Ibidem*, p. XIII.

<sup>694</sup> JAULT-SESEKE (F.), « Mariage et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 313.

<sup>695</sup> CJCE, *Tadao Maruko c/ Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1<sup>er</sup> avril 2008, (aff. C-267/06) ; note WEISSE-MARCHAL (C.), D. 2008, p. 1873s. ; note MULLER (F.) et SCHMITT (M.), D. 2008, p. 3038s. ; note BROUSSY (E.), DONNAT (F.) et LAMBERT (C.), *AJDA*, 2008, p. 871s.

du régime obligatoire de prévoyance professionnelle auquel le partenaire du requérant était affilié, aux seuls époux survivants et est refusé aux partenaires survivants. La Cour conclut donc qu'une telle réglementation est constitutive d'une discrimination. Elle n'a toutefois pas affirmé que les couples mariés et les couples de partenaires étaient, de manière générale et absolue, dans une situation comparable ou analogue. En effet, la Cour renvoie aux dispositions du droit national le soin de déterminer si, eu égard à la question posée, les couples mariés et partenaires sont placés dans une situation analogue. Cette interprétation est confirmée par l'affaire *Jurgen Romer*<sup>696</sup> dans laquelle les juges luxembourgeois ont estimé que l'examen du caractère comparable des situations des couples mariés et des couples de partenaires « doit être effectué non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète au regard de la prestation concernée ».

**374.** La notion juridique de couple a donc permis d'appréhender les différentes formes de conjugalité reconnues par le droit. Sont ainsi réunis sous un même vocable les couples mariés, partenaires et concubins et, ce, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe. Plus qu'une simple facilité de langage, la référence à cette notion a également entraîné un certain rapprochement entre les différentes formes conjugales. Or, si le législateur français aurait pu choisir « la voie de l'uniformisation en définissant un régime commun à toutes les unions stables. Il a fait le choix d'une autre voie, parfaitement cohérente, celle d'un traitement juridique différencié »<sup>697</sup>. Il n'est dès lors pas évident que l'instauration d'un droit commun du couple en droit interne soit souhaitable<sup>698</sup>. L'appréhension de la diversité des unions conjugales autour de la notion de couple reste en effet limitée et c'est ce qu'il convient désormais d'étudier.

## **B. Les limites au caractère englobant de la notion de couple**

**375.** Les propositions doctrinales en vue de l'instauration d'un droit commun du couple restent marginales et ne peuvent passer outre le choix du pluralisme conjugal effectué

---

<sup>696</sup> CJCE, *Jürgen Römer*, 10 mai 2011, (aff. C-147/08) ; note DRIGUEZ (L.), *Europe*, 2011, comm. n°7, p. 33s. ; CAVALLINI (J.), *JCP S*, 2011, n°31, 26.

<sup>697</sup> DELECRAZ (Y.), « Union libre, partenariat et mariage : stratégies patrimoniales. Le choix du mode de conjugalité », *Dr. Famille*, 2013, n°7, dossier 19.

<sup>698</sup> V. en ce sens LEMOULAND (J.-J.), « Le couple en droit civil », *Dr. Famille*, n°7, juillet 2003, chron. 22.

par le législateur français. En effet, la « recherche actuelle de l'égalité de traitement des différentes formes de conjugalité ne doit pas aboutir à une remise en question du principe de pluralisme et de singularité de chacune de ces formes »<sup>699</sup>. Ce droit commun du couple ne pourrait donc qu'être partiel mais laisserait apparaître une sorte de régime primaire commun du couple. Précisons que si émergeance d'un droit commun du couple il y a en droit interne, il s'agit davantage de celle du couple parental que du couple conjugal<sup>700</sup>. En effet, le couple parental, qui renvoie aux relations entre les parents et leurs enfants, a acquis une maturité qui lui confère une certaine homogénéité alors que le couple conjugal ne se présente pas – encore ? – sous l'apparence d'une notion totalement unitaire. Pour la doctrine majoritaire, si le mariage a perdu son exclusivité, il n'a pas pour autant perdu sa spécificité. Le mariage resterait, plus qu'un simple mode, un véritable modèle de conjugalité singulier. Particulièrement abouti, protecteur et stable, il porterait en ses tréfonds un objet familial reposant sur des liens avec la procréation, la filiation et la parentalité et présenterait des qualités particulières<sup>701</sup>. Autrement dit, si le mariage est désormais un statut de couple parmi d'autres, il n'est pas un statut comme les autres en droit interne.

**376.** Des différences de traitement existent donc toujours entre le PACS et le mariage, notamment en matière de pension de réversion et de droit des étrangers<sup>702</sup>. La Cour européenne des droits de l'Homme accepte d'ailleurs de telles différences entre les couples mariés et les couples pacsés ou partenariats en s'appuyant, par une jurisprudence constante, sur le privilège du mariage. Ainsi, dans l'affaire *Manenc*<sup>703</sup>, la Cour a-t-elle estimé que le refus d'une pension de réversion à l'égard d'un couple pacsé était justifié au motif que « le requérant n'était pas, à la suite du décès de la personne à laquelle il était lié par un PACS, dans une situation analogue ou comparable à celle d'un conjoint survivant ». Selon la Cour, le lien du mariage est « une condition essentielle pour l'ouverture du droit à une pension de

---

<sup>699</sup> *Couples patrimoine : Les défis de la vie à 2*, rapport du 106<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, 2010, p. 200.

<sup>700</sup> LEMOULAND (J.-J.), « Le couple en droit civil », *Dr. Famille*, n°7, juillet 2003, chron. 22 : « on s'est plu à dire que l'enfant fait la famille. A se demander si en droit civil, ce n'est pas lui aussi qui fait le couple ».

<sup>701</sup> V. DE BOYSSON (B.), *Mariage et conjugalité - Essai sur la singularité matrimoniale*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2012.

<sup>702</sup> V. à propos des conditions de délivrance et de renouvellement d'une carte de séjour : CCons, 22 mai 2013 (n° 2013-312 QPC) ; note JAULT-SESEKE (F.), *D.* 2014, p. 445s. ; note LEMOULAND (J.-J.) et VIGNEAU (D.), *D.* 2014, p. 1342s. et CCons, 29 novembre 2013 (n° 2013-358 QPC), note HILT (P.), *AJ Famille*, 2014, p. 60s., note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2014, p. 625s.

<sup>703</sup> Cour EDH, *Manenc c/ France*, 21 septembre 2010 (n°66686/09) ; . BURGOGUE-LARSEN (L.), in *Actualité de la convention européenne des droits de l'homme*, *AJDA*, 2011, p. 889s. Sur l'absence d'égalité entre les conjoints et les concubins en la matière, v. Cour EDH, *Mata Estevez c/ Espagne*, 10 mai 2001 (n° 56501/00) ; *GACEDH*, p. 106.

réversion au profit du conjoint survivant ». Les juges européens ont confirmé l'absence d'égalité entre les conjoints et les partenaires dans l'affaire *Gas et Dubois*<sup>704</sup>. En effet, reprenant sa jurisprudence selon laquelle « le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent »<sup>705</sup>, la Cour a estimé que « l'on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés ». Les juges de Strasbourg font donc du mariage une condition essentielle à l'ouverture de certains droits au profit du couple désireux de convoler en justes noces. Elle limite donc le rapprochement des formes de conjugalité par le privilège du mariage.

**377.** Plus encore, le critère d'officialisation des couples impose de distinguer les concubins des couples mariés ou pacsés. En effet, comme le relève le Professeur Jean-Jacques Lemouland, les différences fondées sur le sexe ayant disparu, il convient de maintenir celles fondées sur le titre en distinguant « ceux qui expriment devant une autorité publique leur désir de voir leur union socialement reconnue, dans le cadre du mariage ou du PACS, et ceux qui n'ont pas exprimé ce désir »<sup>706</sup>. Les concubinages, par-delà leur diversité, ont ainsi tous pour point commun de se passer de toute approbation sociale, civile ou religieuse et restent des unions officieuses marquées par l'absence de formalisation de leurs unions par l'intervention d'une autorité. La Cour EDH considère à ce titre que la présence d'un engagement public constitue le critère de hiérarchisation des couples mariés et partenaires face aux couples concubins. Ainsi dans l'affaire *Munoz Diaz*<sup>707</sup>, les juges européens ont-ils reconnu le statut d'épouse à la requérante qui appartenait à la communauté rom et qui s'était mariée selon les rites propres à cette communauté au motif que « la reconnaissance officielle de l'union de la requérante par les autorités avait engendré chez l'intéressée une espérance légitime à pouvoir bénéficier d'une pension de réversion ». Les juges européens ont également considéré dans

---

<sup>704</sup> Cour EDH, *Gas et Dubois c/ France*, 15 mars 2012, (n° 25951/07) ; note HERVIEU (N.), in Lettre « Actualité Droits-Libertés » du CREDOF, 16 mars 2012 ; note GOUTTENOIRE (A.) et SUDRE (F.), *JCP G*, 2012, p. 589s.

<sup>705</sup> V. déjà Cour EDH, *Joanna Shackell c/ Royaume-Uni*, 27 avril 2000, (n° 45851/99) : « marriage remains an institution which is widely accepted as conferring a particular status on those who enter it ».

<sup>706</sup> LEMOULAND (J.-J.), « L'émergence d'un droit commun des couples », in *Mariage-conjugalité. Parenté-Parentalité* (dir. FULCHIRON H.), Dalloz, 2009, p. 45.

<sup>707</sup> Cour EDH, *Munoz Diaz c/ Espagne*, 8 décembre 2009, (n° 49151/07) ; *GACEDH*, p. 548.



l'affaire *Van der Heijden*<sup>708</sup> que la différence de traitement entre un couple marié et un couple de concubins concernant le droit de ne pas témoigner à l'encontre de son conjoint est justifiée. Selon la Cour, « plutôt que la durée ou le caractère d'assistance réciproque de la relation, l'élément déterminant est l'existence d'un engagement public [...]. L'absence d'un tel accord juridiquement contraignant entre la requérante et M. A. fait que leur relation, de quelque manière qu'on puisse la définir, est fondamentalement différente de celle qui existe entre deux conjoints ou partenaires enregistrés ».

**378.** Force est dès lors de constater une hiérarchisation des couples<sup>709</sup> « au sommet de laquelle se trouve le mariage, immédiatement suivi par les nouvelles conjugalité tandis que les unions stables [...] resteraient désespérément tout au fond »<sup>710</sup>. L'idée d'un droit commun du couple en droit interne, par un « lissage terminologique »<sup>711</sup> qui conduirait à l'abolition du pluralisme conjugal mis en place par les législations nationales et protégé par les juridictions supranationales, semble donc discutable. Des différences substantielles existent en droit interne entre mariage, partenariat enregistré et concubinage et sans doute doivent-elles être respectées.

**379.** Cependant, si l'harmonisation des règles substantielles applicables aux couples peut faire l'objet de critiques légitimes dans les ordres internes, il nous semble qu'il en va différemment des règles conflictuelles. En effet, au plan international, le pluralisme conjugal propre à chaque Etat oblige le juge du for saisi de la réception d'une union conjugale étrangère à élargir ses catégories de droit interne. La qualification *lege fori* de l'union conjugale litigieuse présente alors le risque de dénaturer l'institution étrangère et de ne pas respecter les attentes des parties quant à la loi applicable à leur union. La logique du droit international privé suppose donc l'élaboration de catégories de rattachement plus larges que celles retenues par le droit interne. L'objectif du droit international privé n'est en effet autre

---

<sup>708</sup> Cour EDH, *Van der Heijden c/ Pays-Bas*, n° 42857/05 du 3 avril 2012 ; note GOUTTENOIRE (A.), *Lexbase, Hebdo Edition privée*, n°484 ; note CERF-HOLLENDER (A.), *Lextenso : l'essentiel du droit de la famille et des personnes*, 15 mai 2012 n° 5, p.7.

<sup>709</sup> Cette hiérarchisation des couples se manifeste d'ailleurs par la dissolution du PACS en cas de mariage.

<sup>710</sup> MARGUENAUD (J.-P.), « L'affaire *Burden* ou l'humiliation de la fratrie », *RTDH*, 2008, p. 513.

<sup>711</sup> DE BOYSSON (B.), *Mariage et conjugalité - Essai sur la singularité matrimoniale*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2012, p. 9.

que « la gestion du pluralisme juridique »<sup>712</sup> face auquel il doit permettre une certaine circulation des situations juridiques en dépassant les clivages entre les droits internes, voire au sein même des droits internes. Il convient donc de se demander si la notion juridique de couple pourrait utilement servir de fondement à l'élaboration d'une nouvelle catégorie de rattachement en droit international privé.

## **II. L'utilisation de la notion juridique de couple en droit international privé**

**380.** L'utilisation de la notion juridique de couple pourrait permettre l'élaboration d'une nouvelle catégorie de rattachement. Cette nouvelle catégorie de rattachement aurait ainsi pour vocation d'englober les différentes formes de conjugalité. La détermination de cette nouvelle catégorie de rattachement, si elle ne veut pas « être esclave des classifications consacrées par, et pour, le droit substantiel du for »<sup>713</sup>, devra alors parvenir à « trouver une communauté de nature dans des institutions différentes en considérant moins leur structure que leur fonction »<sup>714</sup>. Il conviendra donc davantage de s'intéresser à la fonction des différentes formes de conjugalité qu'à leur structure, dont la diversité ne semble pouvoir aisément se prêter à une possible unification. Une catégorie totalement unifiée supposerait en effet l'existence d'une fonction unique à l'ensemble des unions conjugales permettant, par suite, l'adoption d'un facteur de rattachement unique en considération d'une telle fonction. Mais toutes les unions conjugales n'assurent pas la même fonction.

**381.** Les unions conjugales semblent en effet assurer deux fonctions distinctes : celle d'officialiser *a priori* une vie de couple à venir ou celle de reconnaître *a posteriori* une vie de couple passée. Or, l'officialisation de l'union conjugale se manifeste formellement par l'intervention d'une autorité. Dès lors, devraient être distingués les couples formels – c'est-à-dire dont l'union a été formalisée par l'intervention d'une autorité en vue de définir les modalités de leur vie conjugale à venir – et les couples informels – c'est-à-dire dont l'union n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance formelle mais qui, de manière informelle, se voient

---

<sup>712</sup> Selon la formule utilisée par le Professeur Phocion Franceskakis dans la préface de l'ouvrage de Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2002, p. XVI.

<sup>713</sup> MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n°171, p. 133

<sup>714</sup> BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz, 2002, p. 43, n°19.

reconnaître un statut particulier en considération de leur vie conjugale passée. La formalisation de l'union conjugale par l'intervention d'une autorité est un critère de distinction particulièrement pertinent en droit international privé en ce qu'il met en exergue cette dualité fonctionnelle des unions conjugales : alors que les unions formelles ont pour fonction d'officialiser *a priori* une vie de couple à venir, les unions informelles ont pour fonction de reconnaître *a posteriori* une vie de couple passée.

**382.** Dépassant la distinction tripartite classique entre mariage, partenariat enregistré et concubinage sans pour autant tomber dans un régime commun du couple en droit international privé, la distinction fonctionnelle dualiste entre les couples formels et les couples informels permettrait de simplifier la réglementation des unions conjugales en droit international privé tout en respectant le pluralisme conjugal propre à chaque Etat. La diversité actuelle pose en effet d'importants problèmes de qualification<sup>715</sup> et constitue l'une des raisons de la diversification, selon nous malvenue, des règles de conflit applicables<sup>716</sup>. Mais si l'adaptation du droit international privé du couple que nous proposons a pour ambition d'apporter davantage de cohérence dans les règles de conflits en vigueur, elle ne suppose pas de soumettre l'ensemble des couples à une même règle de conflit. Il conviendrait en effet de distinguer celle applicable aux couples dont le statut conjugal a été constitué par l'intervention d'une autorité et ceux dont l'union n'a pas été juridiquement formalisée mais repose sur un fait juridique.

**383.** Renouvelée par cette analyse, la distinction entre unions conjugales formelles et informelles, classiquement utilisée pour différencier, au sein des couples non mariés, les unions de fait des partenariats enregistrés (*A*), pourrait donc, dans le cadre de l'adaptation proposée du droit international privé, servir à distinguer plus largement les mariages et partenariats enregistrés, d'une part, et les concubinages ou unions libres, d'autre part (*B*).

---

<sup>715</sup> Sur la qualification équivoque des unions conjugales, *cf. supra* n°153.

<sup>716</sup> Sur la diversification des rattachements applicables aux unions conjugales, *cf. supra* Partie I, Titre I, Chapitre I.

## A. L'utilisation classique de la distinction entre unions conjugales formelles et informelles

**384.** La dichotomie entre les unions conjugales formelles et informelles a permis de trouver un critère de distinction au sein de la grande variété d'unions hors mariage. En effet, alors que le mariage est une « institution préétablie, au contenu connu d'avance, il existe des centaines d'unions libres, correspondant à ce que les différents partenaires veulent y mettre »<sup>717</sup>. La distinction entre unions formelles et informelles a alors été utilisée pour différencier, au sein des couples non mariés, les partenariats enregistrés des unions de fait. Il existe ainsi au sein des unions hors mariage, des situations dans lesquelles les membres du couple ne peuvent ou ne veulent se rattacher à un statut légal et celles où les cohabitants souhaitent officialiser leur relation par le biais d'un enregistrement, d'une formalité ou d'une cérémonie afin de bénéficier d'un statut relativement proche de celui des couples mariés. La différence entre ces modes de conjugalité tient dans le fait générateur du lien conjugal : l'un est informel, il s'opère en tête-à-tête et en dehors de la loi alors que l'autre est formel. La formalisation du lien conjugal entraîne alors une reconnaissance étatique de l'union conjugale. Ainsi, les unions conjugales formelles ne sont-elles pas simplement une affaire de sentiments ou une affaire sociale mais « également une affaire d'Etat en ce que les membres du couple s'engagent non seulement vis-à-vis de l'autre, mais également vis-à-vis de la société et réciproquement »<sup>718</sup>.

**385.** Le passage d'une union informelle, libre de tous droits et obligations, à une union formelle<sup>719</sup> découle de la volonté des membres du couple de légaliser leur relation en s'intégrant à une institution étatique par l'accomplissement d'une formalité. L'accomplissement de cette formalité « sert à exprimer et à indiquer le degré de volonté suffisant pour passer du fait au droit, tel que proposé et organisé par le milieu social »<sup>720</sup>.

---

<sup>717</sup> GAUTIER (P.-Y.), *L'union libre en droit international privé, étude de droit positif et prospectif*, Paris I, 1986, n°18.

<sup>718</sup> COMMAILLE (J.), « La construction du couple par les individus, la société et le politique. Approche sociologique », in *La notion juridique de couple* (dir. BRUNETTI-PONS), Economica, 1998, p. 15.

<sup>719</sup> V. KESSLER (G.), *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005. L'auteur utilise à ce titre l'expression de « concubinage formalisé » qu'il intègre dans la catégorie des partenariats enregistrés.

<sup>720</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 111

Cette formalité se manifeste soit par une célébration publique, soit par la rédaction d'un acte solennel établi par un officier public ou devant lui. Autrement dit, le simple accord de volonté d'adhérer à un statut organisé sans plus de formalisme ne suffit pas, la formalisation de l'union nécessite l'intervention d'une autorité. Ainsi Guillaume Kessler définit-il le partenariat enregistré comme « un statut obtenu par des couples non mariés, de même sexe ou de sexe opposé, par enregistrement devant une autorité publique, en vue d'obtenir la reconnaissance juridique et sociale de leur relation affective et dont la plupart des effets sont prédéfinis par la loi »<sup>721</sup>. Cette autorité n'est d'ailleurs pas nécessairement de nature publique. Ainsi, en France, le PACS peut-il être enregistré par un notaire mais également par le greffe du tribunal d'instance qui est une autorité juridictionnelle exerçant une fonction non contentieuse. Le point commun entre ces deux autorités qui assurent l'administration publique du droit privé est qu'elles établissent un acte quasi-public ayant pour conséquence de modifier la situation personnelle des individus concernés par l'effet constitutif de l'état des personnes que lui attribue l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Le règlement européen relatif aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés<sup>722</sup> reprend d'ailleurs cette dichotomie dans son considérant n°16 lorsqu'il considère qu'il « y a lieu d'opérer une distinction entre les couples dont l'union est institutionnellement consacrée par l'enregistrement de leur partenariat auprès d'une autorité publique et les couples vivant en union de fait ».

**386.** Dès lors, si les modalités d'intervention et la nature de l'autorité varient d'un pays à un autre, celle-ci a toujours pour fonction de rendre l'union apparente, c'est-à-dire « connue de la société et acceptée par elle »<sup>723</sup> et opposable aux tiers. L'enregistrement de l'union conjugale n'est donc pas qu'une formalité probatoire, elle est constitutive d'un état de couple : « the registration of the relationship creates rights and duties between the parties and has a constitutive effect on their personal status »<sup>724</sup>. Ainsi, même s'il existe des différences notables au sein de la grande variété de partenariats enregistrés, que la doctrine a parfois

---

<sup>721</sup> KESSLER (G.), « Partenariat enregistré », *Rep. droit international*, Dalloz, mars 2012, n°3.

<sup>722</sup> Règlement (UE) 2016/1104 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.

<sup>723</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 111.

<sup>724</sup> CURRY-SUMMER (I.), *All's well that ends registered ? The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships in Europe*, Intersentia, European Family Law, 2005, p. 347.

essayé de systématiser<sup>725</sup>, « celles-ci portent sur leur régime et non sur leur fonction »<sup>726</sup>, si bien que, dans la cadre de l'adaptation proposée du droit international privé, il ne nous semble pas pertinent de les distinguer.

**387.** A l'inverse, comme le relève Alain Devers, la relation qu'entretiennent les concubins, et leur volonté de s'engager l'un envers l'autre, n'est à aucun moment formalisée par un acte juridique de nature constitutive<sup>727</sup>. En effet, qu'il s'agisse d'une union dite « libre » – c'est-à-dire pour laquelle la loi ne réglemente pas les aspects civils de la cohabitation – ou d'une union dite « légale » – pour laquelle des dispositions légales s'appliquent de plein droit à la relation qui produit des effets définis par la loi en considération de la vie commune passée, il n'existe, dans les deux cas, aucun acte constitutif par lequel les cohabitants seraient liés l'un envers l'autre. Il s'agit donc d'une relation qui « n'est à aucun moment formalisée »<sup>728</sup> et pour laquelle il n'existe pas d'acte constitutif, contrairement au mariage par l'effet de l'acte dressé lors de la célébration par l'officier de l'état civil ou au partenariat par l'effet de l'acte dressé lors de l'enregistrement par le greffe du tribunal d'instance ou le notaire<sup>729</sup>.

**388.** Dès lors, si le critère de formalisation de l'union permet bien davantage de distinguer le partenariat enregistré du concubinage, il le rapproche incontestablement du mariage. D'un point de vue fonctionnel, le partenariat enregistré est, au même titre que le mariage, une union conjugale formalisée par l'intervention d'une autorité publique en vue de déterminer les effets juridiques de la vie conjugale à venir. Il nous semble donc que si la distinction classique entre couples mariés et couples non mariés est justifiée en droit interne par la singularité du mariage<sup>730</sup>, elle perd de sa pertinence en droit international privé. Dans le cadre de l'adaptation proposée du droit international privé du couple, il nous semble que c'est

---

<sup>725</sup> V. notamment la distinction entre partenariats-cadres des partenariats-statuts proposé par le Professeur FULCHIRON (H.), « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI*, 2000, p. 889s.

<sup>726</sup> KESSLER (G.), « Partenariat enregistré », *Rep. droit international*, Dalloz, 2012, n° 11 et JOSSELIN-GALL (M.), « Pacte civil de solidarité. Quelques éléments de droit international privé », *JCP N*, 2000, p. 489s.

<sup>727</sup> Lorsqu'il en existe un, tout au plus peut-il être déclaratif, c'est-à-dire qu'il ne modifie pas la situation des parties en créant un statut légal à ces derniers.

<sup>728</sup> DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 70.

<sup>729</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>730</sup> Cf. *supra* n° 375s. sur les limites à l'instauration d'un droit commun du couple. V. également DE BOYSSON (B.), *Mariage et conjugalité - Essai sur la singularité matrimoniale*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2012 et FULCHIRON (H.), Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER*, Dalloz, 2012, p. 125s.

plutôt la distinction fonctionnelle entre couples formels et informels qui devrait être utilisée pour distinguer les mariages et les partenariats enregistrés, d'une part, des concubinages et unions libres, d'autre part.

## **B. L'utilisation renouvelée de la distinction entre unions conjugales formelles et informelles**

**389.** Si l'argument du droit comparé milite pour classer les partenariats enregistrés dans une catégorie distincte de celle du mariage, ce n'est pas parce que ces deux formes de conjugalité présentent des fonctions particulièrement différentes, justifiant ainsi une différence de traitement en droit international privé. C'est bien davantage en considération de l'inadaptation du rattachement à la loi nationale que l'élargissement, à juste titre controversé, de la catégorie « mariage » imposerait. En effet, comme le relève le Professeur Fabienne Jault-Seseke, « le refus de qualifier les partenariats en mariage tient davantage aux solutions conflictuelles attachées à cette catégorie, qui se révèlent inadaptées pour les partenariats enregistrés, qu'à toute autre raison », et il est dès lors « délicat, voire artificiel d'opérer en droit international privé une distinction de principe entre mariage et partenariat »<sup>731</sup>. Ainsi, dans une optique de reconstruction du droit international privé du couple, la distinction fonctionnelle entre unions formelles et unions informelles supposerait l'assimilation, dans une sous-catégorie commune, du mariage et du partenariat enregistré. Le développement des partenariats enregistrés a en effet opacifié la distinction entre couples mariés et couples non mariés pour mieux éclairer celle entre les unions formalisées par l'intervention d'une autorité et celles qui n'ont jamais fait l'objet d'une officialisation.

**390.** Dans une perspective renouvelée, les unions conjugales formelles regrouperaient donc les mariages et les partenariats enregistrés dont la constitution suppose l'intervention d'une autorité en vue d'en déterminer les effets juridiques à venir. En effet, si « par le rite matrimonial, un mouvement double se réalise : l'acte privé devient public, et, en

---

<sup>731</sup> JAULT-SESEKE (F.), « Mariage et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 314.

retour, la collectivité décide de s'impliquer »<sup>732</sup>, c'est parce que la solennité du mariage est « à la fois le signe de la proclamation publique d'un accord exigeant, exclusif et réciproque des époux et de l'implication d'une autorité publique »<sup>733</sup>. Comme le relève le Professeur Jean Hauser, « la célébration, [par laquelle le couple entend faire constater son accord pour s'inscrire au-delà de l'instant], marque le sacrifice de la liberté au nom de l'amour, le tout pour construire un avenir »<sup>734</sup>. Or, à l'image du mariage, « l'engagement que prennent les futurs partenaires enregistrés l'un envers l'autre est, ici, formalisé par l'enregistrement de leur partenariat auprès d'une autorité officielle spécialement habilitée »<sup>735</sup>. Si certains partenariats enregistrés, tels que le PACS, ne donnent pas lieu à une célébration, « c'est tout de même une prise d'acte par l'autorité publique d'un accord de volonté, qui, à lui seul, ne suffit pas. De ce titre vont résulter un certain nombre de droits et d'obligations que ceux qui s'engagent peuvent connaître par avance »<sup>736</sup>. Le mariage, comme le partenariat, peuvent donc être, pour les fins du droit international privé, considérés comme des unions conjugales formalisées par l'intervention d'une autorité compétente. En effet, « l'un et l'autre répondent aux mêmes exigences d'une union extériorisée entre deux êtres »<sup>737</sup> et juridiquement reconnue par l'effet constitutif de l'intervention de l'autorité. Ces unions conjugales formelles reposent donc sur un acte de nature constitutive qui identifie l'individu et son appartenance à un couple au sein de la société.

**391.** A côté de ces unions conjugales formelles, subsisteraient les unions conjugales informelles qui ne reposent pas sur un acte constitutif mais qui sont établies sur un fait juridique. Il s'agit des situations de concubinage informel pour lesquelles les intéressés n'ont pas voulu, ou parfois n'ont pas pu, manifester leur volonté d'adhérer à un statut légal qui prévoit l'enregistrement officiel de leur relation et pour lesquelles il n'existe pas d'acte

---

<sup>732</sup> DE BOYSSON (B.), *Mariage et conjugalité - Essai sur la singularité matrimoniale*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2012, p. 198.

<sup>733</sup> GRANDSIRE (O.), « L'érosion de la volonté matrimoniale » in *Mélanges Alfred Rieg : Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Bruylant, 2000, p. 394.

<sup>734</sup> HAUSER (J.), « Amour et liberté : la devise contemporaine du couple ? » *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2014, t. 57, p. 77 et 78.

<sup>735</sup> DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 114.

<sup>736</sup> LEMOULAND (J.-J.), « Vers un droit commun de la formation des couples ? », *LPA*, 20 décembre 2007, n° 254, p. 13s.

<sup>737</sup> BOURDELOIS (B.), « La famille du XXI<sup>ème</sup> siècle et problématique de conflits de lois », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 77s. L'auteur considère toutefois que « ce qui permet de distinguer les deux relations est l'acte de départ. Un partenariat est un pur contrat privé que les partenaires enregistrent. Un mariage est un acte public, dressé par un officier d'état civil sans lequel il n'aurait aucune valeur ». Or, un partenariat non enregistré n'a aucune valeur puisque celle-ci dépend, tout comme pour le mariage, de l'effet constitutif de l'intervention de l'autorité enregistrante.



juridique fondateur mais une simple possession d'état. Cela renvoie aux unions libres, aux unions de fait non formalisées et aux partenariats non-enregistrés. La catégorie des unions conjugales informelles comprendrait également les mariages musulmans purement consensuels et les mariages de *Common law* qui, bien qu'ils soient considérés en droit international privé français comme des mariages en ce qu'ils en partagent le nom, n'en sont pas moins des unions n'ayant jamais fait l'objet d'une officialisation prospective.

**392.** Comme l'a démontré le Professeur Goldstein lors de son cours à l'Académie de droit international, une analyse subjective fondée sur une appréciation prospective ou rétrospective de la situation du couple permet de renforcer la distinction proposée entre unions conjugales formelles et informelles. En effet, « la rétroactivité ou la retrospectivité des effets de la constatation par l'autorité publique du respect des conditions de formation de la situation distingue l'union libre et le mariage ou le partenariat puisque, pour ces deux dernières institutions, les effets de la constatation se manifestent prospectivement, immédiatement, mais dans le futur, sans tenir compte de ce qui s'est passé avant »<sup>738</sup>. Cette distinction entre reconnaissance *a posteriori* et engagement *a priori* différencie fonctionnellement les unions formelles des unions informelles. Alors que les problèmes juridiques soulevés par les conjoints et les partenaires naissent de l'engagement à une vie commune future, ceux soulevés par les concubins naissent d'une vie commune passée et se manifestent majoritairement lors de la séparation des concubins. Autrement dit, alors que les conjoints et partenaires regardent vers le futur, les concubins regardent, eux, vers le passé. Cela a ainsi fait dire au doyen Carbonnier que, juridiquement, « le concubinage n'apparaît, en général, qu'à l'instant où il disparaît »<sup>739</sup>.

**393.** Les unions conjugales formelles correspondraient donc à des relations affectives stables donnant lieu à une forme de cohabitation légalement prévue et à l'accomplissement d'une formalité d'enregistrement devant une autorité compétente créant pour le futur des obligations entre les membres du couple. A l'inverse, les unions informelles

---

<sup>738</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 119.

<sup>739</sup> CARBONNIER (J.), « Terre et ciel dans le droit français du mariage », *Etudes offertes à Georges Ripert Le droit privé français au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 341.

correspondraient à un « mode de conjugalité reconstitué juridiquement *a posteriori* »<sup>740</sup> pour lequel « l'intervention judiciaire éventuelle constaterait *a posteriori*, rétrospectivement, une situation de fait préexistante découlant d'un accord de volonté antérieur »<sup>741</sup>. Dès lors, la fonction prospective ou rétrospective de la reconnaissance de l'union conjugale distingue les couples formels des couples informels en ce que « les parties dans un mariage ou un partenariat enregistré savent à l'avance quel sera leur sort, alors que les concubins vivant en union libre vivent dans l'incertitude, en l'absence de règles qui les viserait spécifiquement »<sup>742</sup>.

**394.** Une nouvelle catégorie de rattachement, fondée sur la notion juridique de couple, pourrait donc être proposée en droit international privé. Le respect du pluralisme conjugal supposera toutefois d'y distinguer les couples formels – dont l'union a été formalisée par l'intervention d'une autorité publique en vue de définir les modalités de leur vie conjugale à venir – et les couples informels – dont l'union n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance formelle mais qui, de manière informelle, se voient reconnaître un statut particulier en considération de leur vie conjugale passée. En effet, cette distinction qui repose sur l'officialisation prospective d'un engagement à une vie de couple par l'effet constitutif de l'autorité enregistrante est irréductible. Elle impose, en droit international privé comme en droit interne, de traiter différemment ces formes de conjugalité. La reconnaissance d'une nouvelle catégorie de rattachement englobant les couples formels et les couples informels nous semble désormais indispensable afin d'assurer un traitement juridique cohérent des problèmes auxquels ils sont confrontés. Mais encore faut-il s'interroger sur la place à accorder à cette nouvelle catégorie de rattachement au sein des catégories existantes. Eu égard à son objet, son insertion dans le statut personnel nous semble particulièrement pertinente à condition toutefois de repenser cette large et disparate catégorie et notamment son rattachement de principe à la loi nationale.

---

<sup>740</sup> DE BOYSSON (B.), *Mariage et conjugalité - Essai sur la singularité matrimoniale*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2012, p. 104.

<sup>741</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 118.

<sup>742</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 121. V. également FINLAY (H. A.), « The Informal Marriage in Anglo-Australian Law », in *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, (dir. EEKELAAR J. et KATZ S.) Toronto, Butterworths, 1980, p. 167s.

## SECTION II : LE STATUT CONJUGAL COMME SOUS-CATEGORIE DU STATUT PERSONNEL

**395.** Si une nouvelle catégorie de rattachement englobant les différentes formes de conjugalité peut être proposée, encore convient-il de savoir quelle place occuperait cette nouvelle catégorie de rattachement au sein des catégories de droit international privé existantes. Il conviendrait plus particulièrement de se demander si cette catégorie, pour laquelle le rattachement à la loi nationale nous semble peu pertinent<sup>743</sup>, pourrait tout de même constituer une sous-catégorie du statut personnel ou devrait constituer une catégorie distincte de celui-ci. La réponse à cette question nécessite selon nous de repenser la catégorie « statut personnel » et son rattachement unique à la loi nationale.

**396.** Si le statut personnel désignait à l'origine les lois qui suivaient les personnes et qui n'étaient contraignantes que pour les sujets du prince, il a ensuite désigné les matières soumises à l'extraterritorialité et s'est construit comme une catégorie résiduelle. Eu égard à la tradition territorialiste des juristes de l'Ancien Régime, le statut personnel avait alors un champ d'application limité jusqu'à la moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle. L'éveil des nationalités, théorisé notamment par la doctrine personnaliste de Mancini<sup>744</sup>, lui a permis de retrouver ses lettres de noblesse jusqu'au déclenchement de la Première Guerre mondiale et l'essor, pour des raisons démographiques puis d'égalité des sexes, des cas de plurinationalité au sein des familles<sup>745</sup>. Le rattachement de l'ensemble des éléments du statut personnel à la loi nationale en droit international privé français a alors dû tolérer de nombreuses exceptions à l'application de la solution classique. Ainsi, la fragmentation du statut personnel, qu'elle provienne de sources interne, européenne ou internationale, fait que « l'on ne raisonne plus que par sous-catégories, elles-mêmes démultipliées pour prévenir et résoudre toute difficulté de qualification »<sup>746</sup>.

---

<sup>743</sup> Sur l'inadaption de la loi nationale en matière de condition de fond du mariage, *cf. supra* n° 54s.

<sup>744</sup> V. MANCINI (P.-S.), « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI*, 1874, p. 221s.

<sup>745</sup> On n'admet ainsi plus que seul le père puisse transmettre sa nationalité à ses enfants et que la femme doive perdre sa nationalité au profit de celle de son mari.

<sup>746</sup> FADALLAH (I.), « Statut personnel », *Rep. droit international*, Dalloz, 2003, n°11. L'auteur insiste sur la « nécessité, en matière de statut personnel, du respect de sous-ensembles, exigences d'autant plus forte que la catégorie globale a éclaté ».

**397.** Notre ambition n'est pas de reconstruire le statut personnel<sup>747</sup> mais de savoir si la nouvelle catégorie de rattachement que nous proposons devrait être incluse dans celui-ci, sans pour autant qu'elle n'en partage le rattachement à la loi nationale. L'objet de cette catégorie – la réglementation internationale des rapports conjugaux – milite pour son insertion dans le statut personnel. Mais le manque de pertinence de la loi nationale pour régir les relations de couple fait toutefois douter de la légitimité de « rassembler aujourd'hui ce qui relevait naguère du statut personnel alors que les rattachements désormais consacrés par le droit positif au sujet des différentes matières sont extrêmement différents quant à leur teneur, et parfois même quant aux méthodes dont elles font usage »<sup>748</sup>. Dès lors, l'intégration de cette catégorie dans le statut personnel supposerait de repenser la composition de ce dernier afin de « limiter son éclatement en une nébuleuse ou une mosaïque, de laquelle toute perspective d'ensemble a peu à peu disparue »<sup>749</sup>.

**398.** Afin de respecter la logique des sous-ensembles et la cohérence des règles de conflit de lois applicables, une distinction pourrait « être opérée selon que les personnes, objet de la catégorie étudiée, sont envisagées en elles-mêmes, en tant qu'individus isolés, ou comme faisant partie d'un groupe familial »<sup>750</sup>. En effet, l'article 3 du Code civil, « lorsqu'il pose la compétence de la loi nationale, ne le fait que pour le statut individuel de la personne. Il n'envisage pas le statut global des personnes groupées en une famille. Il a trouvé une règle adéquate au statut individuel. Il ne s'est pas soucié de la règle adéquate au statut familial »<sup>751</sup>. La réglementation internationale des rapports conjugaux suppose au contraire l'adoption d'un facteur de rattachement commun aux membres du couple puisqu'il ne s'agit pas de réglementer la juxtaposition de situations individuelles mais le lien conjugal à l'origine de l'union. La loi nationale n'a alors qu'une faible vocation à constituer un rattachement adéquat pour les problèmes juridiques soulevés par les unions conjugales<sup>752</sup>.

---

<sup>747</sup> V. HUNTER-HENIN (M.), Pour une redéfinition du statut personnel, PUAM, 2004.

<sup>748</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°619, p. 2.

<sup>749</sup> AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, n°669, p. 587.

<sup>750</sup> LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010., n°418, p. 400.

<sup>751</sup> LOUIS-LUCAS (P.), « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *RCDIP*, 1959, p. 431.

<sup>752</sup> Sur l'inadaptation du rattachement des conditions de fond du mariage à loi nationale, cf. *supra* n° 54s.

**399.** Dès lors, pourrait être utilement distingué, au sein du statut personnel, ce qui relève du statut individuel, du statut familial et du statut conjugal. En effet, ces trois sous-ensembles répondent à des logiques et à des objectifs différents. Partant, la loi nationale n'a pas la même vocation à régir les éléments du statut individuel, familial et conjugal. Les divergences des facteurs de rattachement entre ces trois sous-catégories ne seraient donc pas le fruit d'une diversification incohérente mais constitueraient des réponses différenciées à des situations différentes. Sans en partager le rattachement à la loi nationale, la nouvelle catégorie de rattachement que nous proposons pourrait donc intégrer le statut personnel sous la forme d'un statut conjugal (**II**) distinct du statut individuel et du statut familial (**I**).

### **I. La distinction classique entre le statut individuel et le statut familial**

**400.** Le rattachement à la loi nationale se révèle pertinent pour la détermination du statut individuel de la personne en ce qu'il participe au respect de son identité culturelle. Une place devrait toutefois être accordée à la loi du domicile pour permettre l'intégration de l'étranger dans l'Etat d'accueil. La loi nationale garde donc sa vocation à régir le statut individuel, même si elle est concurrencée par celle du domicile de l'individu. La vocation de la loi nationale est cependant amoindrie pour régir le statut familial. On conçoit en effet aisément que la loi nationale de l'individu « ait moins de titre à s'appliquer concernant ses rapports nécessairement plus diversifiés avec sa famille et puisse être écartée chaque fois qu'elle s'avère inadaptée à traduire la réalité d'un lien familial »<sup>753</sup>. Ainsi, dans le statut familial, la considération de l'enfant, dont l'intérêt qualifié de supérieur, doit être protégé, a laissé place à de nombreuses règles à finalité matérielle venant concurrencer la vocation de la loi nationale. Il serait donc utile de distinguer, au sein du statut personnel, le statut individuel (**A**) du statut familial (**B**) afin d'adapter leurs rattachements aux objectifs poursuivis par ces statuts.

---

<sup>753</sup> LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010., n°418, p. 400.

## A. L'adaptation du statut individuel

**401.** Le statut individuel correspond au noyau dur du statut personnel, au statut personnel *stricto sensu*, c'est-à-dire aux éléments d'identification de la personne qui caractérisent sa singularité dans ses rapports avec le groupe social. Ce statut doit alors être déterminé par la loi ayant la plus grande vocation à protéger l'identité personnelle et l'appartenance culturelle de l'individu. Le statut personnel est en effet perçu par les individus « comme un reflet de leur culture et, partant, comme une composante essentielle de leur identité »<sup>754</sup>. Pour les questions relatives à l'identité de la personne, des rattachements stables et universels sont alors préférables en ce qu'ils correspondent aux « liens sentimentaux et culturels éprouvés envers un système de droit »<sup>755</sup>. L'objectif de protection de l'identité culturelle assigné au statut individuel renforce donc le rattachement à la loi nationale<sup>756</sup>. Ce rattachement est en effet « le plus aisément acceptable par les intéressés : il est respectueux de leur origine, c'est-à-dire de la culture de la communauté à laquelle, aussi longtemps qu'ils n'ont pas changé de nationalité, ils conservent le plus souvent le sentiment d'appartenir »<sup>757</sup>. Le rattachement à la loi nationale, intimement liée à l'être individuel, remplit ainsi « une fonction protectrice et structurante de la personne dans les situations internationales »<sup>758</sup>.

**402.** Toutefois, eu égard aux importants flux migratoires, le statut individuel ne doit pas seulement protéger l'identité culturelle de l'étranger mais également prendre en compte son désir d'intégration dans un nouveau milieu social. Autrement dit, la règle de conflit applicable au statut individuel doit remplir une vocation tant reconnitive qu'intégrative. Or, le seul rattachement à loi nationale ne permet pas de distinguer l'étranger de passage et celui souhaitant s'installer durablement dans l'Etat d'accueil. Le rattachement à la loi du domicile,

---

<sup>754</sup> MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2013, n°530, p. 368.

<sup>755</sup> JAYME (E.), « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, vol. 251, 1995, p. 193.

<sup>756</sup> La prévalence pour la loi nationale la plus effective devrait ainsi être maintenue pour les individus disposants de plusieurs de plusieurs nationalités, qu'il s'agisse de la loi nationale du for ou non.

<sup>757</sup> MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n°530, p. 368.

<sup>758</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. 2, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°621, p. 65.

qui reflète le milieu sociologique de l'intéressé<sup>759</sup>, est alors plébiscité pour les individus n'ayant gardé que de très faibles liens avec leur Etat d'origine<sup>760</sup>.

**403.** Pour tenir compte de ces éléments, le statut individuel pourrait reposer sur une combinaison entre la loi nationale et la loi du domicile afin de trouver un juste milieu entre « l'intégration imposée et l'appartenance figée »<sup>761</sup>. Cette combinaison pourrait prendre la forme, comme l'ont proposé les Professeurs Labrusse<sup>762</sup>, Carlier<sup>763</sup> et Gutman<sup>764</sup>, d'une option de législation entre la loi nationale et la loi du domicile ou de la résidence habituelle. Peut-être signes d'une « faillite des rattachements objectifs »<sup>765</sup>, ces options permettent en effet aux intéressés de résoudre eux-mêmes « un conflit auquel ils sont objectivement soumis en mettant en présence des lois dont aucune ne jouit *a priori* d'un titre d'application supérieur à l'autre »<sup>766</sup>. Partant, elles permettent à l'individu de voir reconnue ce qu'il considère « comme sa véritable appartenance sociale, et non celle que lui prête le droit de façon plus ou moins imaginaire »<sup>767</sup>.

**404.** L'ouverture d'une option de législation entre la loi nationale et la loi du domicile pour régir les éléments du statut individuel supposerait d'instaurer un rattachement objectif capable, en l'absence de choix, d'assurer une juste protection de l'identité culturelle et de l'intégration sociale de l'individu. En l'absence de choix, la compétence de la loi nationale pourrait alors être remplacée par la loi du domicile de l'individu après l'écoulement

---

<sup>759</sup> Selon la conception des pays de *Civil law* et non du *domicile of origin* des pays de *Common law*.

<sup>760</sup> Ainsi la convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés soumet-elle le statut personnel du réfugié, non pas à sa loi nationale mais à la loi de son domicile ou de sa résidence. L'article 12 de cette convention a logiquement été repris par la convention du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides. Le rattachement subsidiaire à la résidence du réfugié ou de l'apatride s'explique ici par la nécessité qu'une loi soit applicable à leur statut personnel en l'absence d'un domicile suffisamment établi.

<sup>761</sup> GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, p. 396.

<sup>762</sup> LABRUSSE (C.), « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *TCFDIP*, 1975-1977, Pedone, 1978, p. 111s, spéc. pp. 131-133 : « Sans bouleverser toutes les solutions actuelles, pourquoi ne pas envisager d'offrir aux étrangers de véritables options de législation entre leur loi nationale et la loi du domicile ? ».

<sup>763</sup> CARLIER (J.-Y.), *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992. L'auteur propose une option de législation entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle avec application de cette dernière en l'absence de choix.

<sup>764</sup> GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, spéc. pp. 370-402.

<sup>765</sup> MUIR WATT (H.), « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *Archives de philosophie du droit*, 2001, n° 45, p. 277.

<sup>766</sup> AUDIT (B.), « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 64.

<sup>767</sup> GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, p. 396.

d'un certain délai faisant présumer l'acceptation, par l'étranger, des mœurs et des lois de son pays d'accueil<sup>768</sup>. Dans le même sens, bien qu'en inversant la présomption, le Professeur Bucher propose un rattachement de principe à une résidence ayant atteint une certaine durée et, « tant que ce délai n'est pas écoulé, il serait possible d'établir que l'attachement à l'Etat national est resté plus fort que l'intégration dans le pays de résidence »<sup>769</sup>.

**405.** La loi nationale conserve donc, selon nous, sa vocation à réglementer les éléments du statut individuel afin d'assurer le respect de l'identité culturelle de l'individu. Pour des raisons tenant à son intégration dans l'Etat d'accueil, une place devrait toutefois être accordée, par le biais d'une option de législation, à la loi du domicile ou de la résidence habituelle de l'intéressé. Nous verrons désormais que le rattachement à la loi nationale est également concurrencé, et plus fortement encore, par d'autres rattachements en matière de statut familial.

## **B. L'adaptation du statut familial**

**406.** Si les règles de conflit de lois relatives aux relations familiales ont fait l'objet d'une grande diversification, c'est parce que la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant « a introduit la considération du résultat dans la règle de conflit »<sup>770</sup> ici applicable. Qualifié de « notion clef »<sup>771</sup> du droit de la famille, l'intérêt supérieur de l'enfant, protégé par les juridictions nationales et supranationales, trouve sa source dans l'article 3-1 de la convention de New-York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant. Les instruments de droit international privé applicables aux relations familiales, de source nationale, européenne ou internationale y font désormais tous expressément référence. Or, si l'application de la loi nationale permet, dans certaines circonstances, de protéger les origines de l'enfant et d'assurer la stabilité de sa situation malgré un déplacement international, la protection de l'intérêt

---

<sup>768</sup> Ainsi, par exemple, le Professeur Jault-Seseke propose-t-elle de faire de la réalisation du regroupement familial, qui laisse présumer la volonté d'une installation durable, le catalyseur du changement de statut personnel. V. JAULT-SESEKE (F.), *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, spéc. pp. 369-379. L'auteur n'est toutefois pas favorable à une option de législation entre nationalité et domicile qu'elle trouve irréaliste à mettre en pratique.

<sup>769</sup> BUCHER (A.), « La famille en droit international privé », *RCADI*, vol. 283, 2000, p. 88.

<sup>770</sup> FADALLAH (I.), « Statut personnel », *Rep. droit international*, Dalloz, 2003, n°11.

<sup>771</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil : Introduction, les personnes, la famille l'enfant, le couple*, t. 1, PUF, Quadrige, 2004, n°625, p. 1390.



supérieur de l'enfant suppose également le respect de son environnement culturel et affectif ainsi que la prise en compte des situations familiales constituées à l'étranger. Dès lors, l'objectif assigné au statut familial impose un infléchissement au rattachement classique à la loi nationale et milite pour la reconnaissance des situations familiales acquises à l'étranger sur le fondement du respect effectif de la vie familiale, bouleversant ainsi tant les rattachements retenus que les méthodes utilisées<sup>772</sup>.

**407.** Le statut familial est désormais axé sur la personne de l'enfant « de sorte que la recherche de la loi applicable ne peut plus donner lieu à une analyse abstraite, puisqu'il s'agit de rechercher un résultat pré-orienté en faveur d'une personne déterminée »<sup>773</sup>. Se sont alors développées de nombreuses règles à finalité matérielle dans le but d'appliquer la loi la plus conforme au bien de l'enfant. Ainsi, par exemple, l'article 311-17 du Code civil prévoit-il que la reconnaissance volontaire de paternité et 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. La faveur à la validité de la reconnaissance se retrouve ici par le rattachement alternatif retenu par le législateur, que la jurisprudence a rendu cumulatif pour l'action en contestation de reconnaissance au motif que « le législateur a eu pour double but dans l'intérêt de l'enfant de favoriser la validité des reconnaissances et d'en restreindre les cas de nullité ou de contestation »<sup>774</sup>. Ces règles de conflit font également place à des rattachements proximités afin de prendre en compte le milieu d'intégration de l'enfant et le lieu où se déroule sa vie familiale. A l'exigence de proximité s'ajoute une exigence d'effectivité des décisions le concernant qui s'exprime notamment par l'existence d'un lien entre compétence législative et juridictionnelle<sup>775</sup>. Ces deux exigences tendent alors vers la compétence de l'ordre juridique du for et de celui de la résidence habituelle de l'enfant<sup>776</sup>. Ainsi, « encouragée par l'arrêt

---

<sup>772</sup> V. notamment KESSLER (G.), « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. Famille*, n° 7, juillet 2005, étude n°16. Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et de sa vie familiale semble ainsi favorable à l'application de la méthode de la reconnaissance.

<sup>773</sup> SCHWEIZER (P.) et KNOEPFLERET (F.), « Règles de conflit et justice matérielle en droit de la famille », in *Problèmes de droit de la famille : recueil de travaux publié par la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de l'Université de Neuchâtel*, 1987, p. 93.

<sup>774</sup> TGI Paris, 23 novembre 1993 ; note FOYER (J.), *RCDIP*, 1995 p. 703s. consacré par Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1999 ; note VIGNAL (T.), *JCP* 2000 II. 10353 ; note MASSIP (J.), *Deffrénois*, 2000, p. 109s.

<sup>775</sup> Cette exigence explique également l'important développement d'autorités centrales.

<sup>776</sup> V. HAMMJE (P.), « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 347s.

*Boll*<sup>777</sup>, la Conférence de la Haye a été appelée à élargir le principe de la résidence habituelle au vaste domaine de la protection des enfants incluant l'ensemble des mesures destinées à la protection individuelle du mineur »<sup>778</sup>.

**408.** En matière familiale, la fragmentation du statut personnel et son passage corrélatif d'un rattachement autoritaire et unique à la loi nationale à des règles diverses faisant place à un rattachement de commodité à la loi de la résidence habituelle ainsi qu'à des règles à finalité matérielle s'explique donc par le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. Plus encore, si l'on admet que l'intérêt de l'enfant n'est plus seulement « la 'force créatrice' d'une règle, fondement sous-jacent d'une solution matérielle expressément poursuivie, mais [...] incarne en lui-même le résultat recherché »<sup>779</sup>, peut-être serait-il envisageable de soumettre le statut familial à une clause d'exception permettant d'appliquer la loi d'un autre Etat avec lequel l'enfant présente un lien étroit lorsque celle-ci permet une meilleure protection de son intérêt. Une telle clause est prévue par l'article 15 de la convention de La Haye du 19 octobre 1996 en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants selon laquelle « dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'enfant le requiert, les autorités des Etats contractants peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit ». Cette clause permettrait de dépasser la diversité des règles de conflit de lois applicables aux éléments du statut familial tout en en constituant le fil directeur. Si l'on peut aisément lui reprocher un manque de prévisibilité et une applicabilité variable en fonction de la conception de l'intérêt de l'enfant retenue par le juge requis de l'appliquer, ces critiques ne sont pas tant relatives à la clause de déconnexion elle-même qu'à l'interprétation nationale de cette notion que la Cour européenne des droits de l'Homme essaie toutefois d'harmoniser. Ce n'est donc pas la seule proximité qui serait ici recherchée mais la protection matérielle de l'intérêt supérieur de l'enfant tant il est vrai que « la loi la plus familière à une personne n'est pas

---

<sup>777</sup> CIJ, 28 novembre 1958, *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* (Pays-Bas c/ Suède), Rec. 1958, p. 55 ; note DROZ (G.), *RCDIP*, 1958, p. 626s. ; note BATIFFOL (H.) et FRANCESKAKIS (Ph.), *RCDIP*, 1958, p. 259s. Dans cette affaire, la Cour a donné raison à la Suède pour avoir appliqué des mesures d'éducation protectrice conformément à la loi suédoise de la résidence habituelle de l'enfant en lieu et place de la loi néerlandaise de sa nationalité.

<sup>778</sup> BUCHER (A.), « La famille en droit international privé », *RCADI*, vol. 283, p. 28. V. également SIMON-DEPITRE, « La protection des incapables en droit international privé après l'arrêt *Boll* de la Cour de Justice », *TCFDIP*, 1960-1962, Pedone, 1963, p. 102s.

<sup>779</sup> HAMMJE (P.), « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 367.

nécessairement celle qui lui est matériellement la plus favorable »<sup>780</sup>. Cette clause d'exception à la loi normalement applicable au regard de l'intérêt de l'enfant éviterait ainsi le recours aux mécanismes perturbateurs – tels que le renvoi ou l'ordre public de proximité – dont l'utilisation, en matière familiale, a fait l'objet de nombreuses critiques.

**409.** La vocation de la loi nationale est donc concurrencée en matière familiale par la multiplication d'options de législation et de règles à finalité matérielle tendant à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Si elle doit être conservée, nous considérons qu'elle pourrait utilement être couplée avec une clause d'exception à la loi normalement applicable permettant la protection, explicite et effective, de l'intérêt supérieur de l'enfant. Son rôle s'est également réduit en matière conjugale face à la diversification des modes de conjugalité et aux cas de plurinationalité si bien que l'on peut aujourd'hui douter de sa vocation à régir le statut conjugal.

## **II. La création possible d'un statut conjugal**

**410.** Le statut conjugal que nous proposons pourrait constituer une sous-catégorie du statut personnel qui regrouperait les règles relatives à la formation et aux effets des différentes unions conjugales. Partant, ce statut assurerait une réglementation internationale cohérente des rapports conjugaux. Mais, si la considération de l'objet et de la fonction du lien conjugal milite pour son insertion au sein du statut personnel (**A**), elle ne donne qu'une faible vocation à la loi nationale pour régir les questions qu'il soulève (**B**).

### **A. L'insertion du statut conjugal au sein du statut personnel**

**411.** Si le mariage fait classiquement partie du statut personnel, les débats concernant l'insertion des partenariats enregistrés dans cette catégorie ont été particulièrement vifs. En effet, eu égard à la définition contractuelle donnée au pacte civil de solidarité,

---

<sup>780</sup> VON OVERBECK (A. E.), « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *RCADI*, vol. 176, 1982, p. 76.

certain auteurs ont proposé de le classer dans la catégorie des contrats<sup>781</sup>. La définition contractuelle du PACS a ainsi été retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999 et il l'a rappelée dans celle du 21 octobre 2015 selon laquelle « l'objet des articles 515-1 à 515-7 du Code civil est la création d'un contrat spécifique, [...] l'article 515-3-1 [...] n'a eu ni pour objet ni pour effet de faire perdre au pacte civil de solidarité sa nature contractuelle »<sup>782</sup>. Mais, s'agissant d'une forme d'organisation d'une vie de couple, la doctrine majoritaire est aujourd'hui favorable à son insertion dans le statut personnel<sup>783</sup>. En effet, si le PACS « est bien un contrat, comme l'est aussi en partie le mariage, il n'est pas un contrat ordinaire de nature purement patrimoniale »<sup>784</sup>, « il s'agit au premier chef d'une union de deux personnes »<sup>785</sup> qui provoque indéniablement une modification de l'état des partenaires. Dès lors, que « le partenariat enregistré soit analysé, quant à sa formation, comme un acte juridique ne signifie pas qu'il s'agisse nécessairement d'un contrat pour le jeu du droit international privé français »<sup>786</sup>. Comme le relève le Professeur Barnich, le mariage et le partenariat enregistré sont, aux fins du droit international privé, « des actes juridiques qui tissent entre les personnes des liens personnels et patrimoniaux protégés par la loi [et] accompagnés d'un formalisme organisé par l'autorité publique »<sup>787</sup>. Les couples formels, à dimension prospective, que constituent le mariage et le partenariat enregistré méritent donc d'être rangés dans le statut conjugal considéré comme une sous-catégorie du statut personnel.

**412.** L'insertion des couples informels, à vocation rétrospective, dans le statut personnel semble plus délicate. En effet, les concubinages ne font classiquement pas partie du

---

<sup>781</sup> Pour une insertion du partenariat enregistré dans la catégorie contractuelle, v. REVILLARD (M.), « Le pacte civil de solidarité en droit international privé », *Defrénois*, 2000, p. 337s. et « Les unions hors mariage. Regards sur la pratique de droit international privé », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 588s. V. également DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD Civ.*, 2001, p. 529s.

<sup>782</sup> C. Cons, 21 octobre 2015 (n°2015-9 LOM), spéc. cons. n°7 et 8.

<sup>783</sup> V. notamment FULCHIRON (H.), « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI*, 2000, p. 889s. ; CHANTELOUP (H.), « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », *Gaz. Pal.*, octobre 2000, doct. p. 4s. ; KAIRALLAH (G.), « Les partenariats organisés en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », *RCDIP*, 2000, p. 317s. ; MIGNOT (M.), « Le partenariat enregistré en droit international privé », *RIDC*, 2001, p. 601s. ; KESSLER (G.), « Partenariat enregistré », *Rep. droit international*, Dalloz, 2012, n° 8 et *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004, spéc. pp. 76-78.

<sup>784</sup> LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, n°286.

<sup>785</sup> AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, n°623.

<sup>786</sup> DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 35.

<sup>787</sup> BARNICH (L.), « Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé », in *Mélanges offerts à Roland de Valkeneer*, Bruylant, 2000, p. 1s.

statut personnel. N'ayant pas de qualification propre en droit international privé, les problèmes juridiques qu'ils soulèvent sont résolus en fonction de la catégorie à laquelle ils appartiennent selon leur nature. Une telle démarche revient toutefois à faire abstraction de l'intégration des concubins dans une relation durable<sup>788</sup> en les considérant comme deux personnes étrangères l'une à l'autre et, partant, à nier toute spécificité à cette relation qui est, par essence, personnelle. Ainsi le Professeur Pierre-Yves Gautier avait-il proposé de créer, au sein du statut personnel, une catégorie « concubinage » distincte de celle du mariage<sup>789</sup>. Cette idée est également partagée par Madame le Professeur Hélène Gaudemet-Tallon qui considère qu'il s'agit bien « d'une relation humaine qui forme un tout et qui affecte le statut personnel »<sup>790</sup>. Alain Devers avait aussi proposé de classer la cohabitation hors-mariage dans le statut personnel au motif que cette situation, bien qu'informelle, n'en est pas moins personnelle<sup>791</sup>. Du reste, l'insertion de la définition du concubinage dans le livre premier du Code civil relatif aux personnes « ne fait que révéler son étroite parenté avec les autres types d'unions de deux personnes en vue d'une vie en commun »<sup>792</sup> et milite pour son inclusion dans le statut personnel.

**413.** Ces différents arguments participent donc à regrouper l'ensemble des unions de couple au sein du statut conjugal unique constitutif d'une sous-catégorie du statut personnel. Cependant, l'insertion de cette nouvelle catégorie de rattachement au sein du statut personnel n'implique pas nécessairement que la loi nationale ait une vocation de principe à régir les problèmes juridiques que soulèvent les couples en droit international privé. C'est ce qu'il convient désormais d'analyser.

---

<sup>788</sup> Selon l'expression utilisée par MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2015, n°569, p. 397.

<sup>789</sup> GAUTIER (P.-Y.), *L'union libre en droit international privé, étude de droit positif et prospectif*, Paris I, 1986, p. 57s.

<sup>790</sup> GAUDEMET-TALLON (H.), « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, vol. 226, 1991, p.167.

<sup>791</sup> DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004. Contrairement à l'auteur, nous entendons par « concubinage », les cohabitations hors-mariages, sans y intégrer les partenariats enregistrés.

<sup>792</sup> CHANTELOUP (H.), « Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », *Gaz. Pal.*, octobre 2000, doct. 4, p. 8.

## **B. La vocation subsidiaire de la loi nationale au sein du statut conjugal**

**414.** Le statut conjugal regroupe les règles applicables à la validité et aux effets des unions conjugales. Il ne s'agit pas donc pas ici de déterminer la loi applicable à l'état d'une personne mais à un lien qui en unit deux<sup>793</sup>. Dès lors, reprenant la théorie savignienne de la localisation, le rapport de droit à localiser est le lien conjugal, la question juridique soulevée par celui-ci ayant trait à sa validité ou à ses effets. La considération de l'objet conjugal et non des personnes impliquées dans l'union conjugale devrait alors permettre de soumettre celle-ci à une loi unique. La règle de conflit étant répartitrice, elle devra donner compétence à la loi avec laquelle ce rapport de droit entretient les liens les plus étroits. Il n'est alors pas certain que les questions juridiques soulevées par ce rapport de droit aient leur siège dans le ressort de la nationalité des individus concernés. Ce rapport de droit – le lien conjugal – est en effet déjà localisé dans un ordre juridique donné par l'intervention d'une autorité qui l'a constitué selon la loi qu'elle a appliquée à sa création. La loi de l'autorité présente donc une vocation certaine à régir le lien conjugal qu'elle a créé. Il serait excessif toutefois de considérer que la loi nationale, lorsqu'elle est commune aux membres du couple, ne présente aucune vocation à régir le statut conjugal. Au contraire, au regard du lien de proximité qu'elle entretient avec le couple, elle devrait certainement être prise en compte. Mais elle ne semble pas devoir constituer le rattachement de principe du statut conjugal

**415.** Le statut conjugal doit faire l'objet d'un rattachement capable d'assurer une continuité concrète du lien conjugal. Cette exigence de continuité dépend toutefois du caractère prospectif ou rétrospectif du lien conjugal. En effet, si le « besoin de permanence du statut personnel [est] clairement énoncé de façon prospective pour le mariage et le partenariat enregistré »<sup>794</sup> en ce que les membres du couple s'engagent à des obligations futures, ce besoin est amoindri concernant les unions informelles dont la reconnaissance repose sur une vie de couple passée qui n'entraîne pas d'obligation pour l'avenir. On peut alors douter, pour ces derniers, de « l'opportunité d'assurer la stabilité d'un statut qui n'a jamais vraiment existé

---

<sup>793</sup> Selon l'expression utilisée par le Doyen Batiffol dans sa note sous l'arrêt rivièrè, *RCDIP*, 1953, p. 421.

<sup>794</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 121.

juridiquement jusque-là »<sup>795</sup>. Dès lors, seul le rattachement des règles relatives aux unions formelles devrait assurer la validité et l'intégrité internationale du lien conjugal. Or, ce lien a été formalisé par l'intervention d'une autorité publique compétente devant laquelle les membres du couple se sont engagés pour l'avenir à des obligations déterminées. La loi appliquée par celle-ci devrait alors servir de rattachement de principe aux unions formelles. Le rattachement à la loi de l'autorité, retenue pour les partenariats enregistrés, présente selon nous une plus grande vocation que la loi nationale à régir le lien conjugal et pourrait utilement être élargi au mariage. En effet, la compétence de la loi appliquée par l'autorité saisie de la création de l'union conjugale formelle pour en régir ses conditions de validité et, dans une certaine mesure, ses effets, résulte d'une localisation concrète et non pas abstraite du rapport de droit. L'intervention de l'autorité saisie de la création de l'union conjugale, par l'effet constitutif que lui reconnaît l'ordre juridique auquel elle appartient, permet de localiser le lien conjugal dans cet ordre juridique. La règle de conflit qui devrait lui être appliquée ne devrait donc pas procéder d'une localisation abstraite du rapport de droit mais prendre en compte sa cristallisation dans l'ordre juridique de l'autorité enregistrante afin d'en garantir une continuité concrète. Cet objectif nous semble pouvoir être atteint par la loi de l'autorité<sup>796</sup>.

**416.** Quant aux unions informelles, la règle de conflit qui leur serait appliquée n'a pas vocation à assurer la continuité d'un lien conjugal constitué *a posteriori* mais à prendre en compte leur vie commune passée. La localisation du lien conjugal non formalisé dépend donc du lieu de réalisation de cette vie commune au terme de laquelle certains droits seront rétrospectivement reconnus aux concubins. En effet, comme le soulève le Professeur Goldstein, « pour l'union de fait, il nous paraît difficile de nier que le rattachement à la loi du lieu de cohabitation, celle de la résidence habituelle commune, correspond à son centre de gravité, ce qui répond à l'un des objectifs principaux de la localisation »<sup>797</sup>. L'ordre juridique de la résidence conjugale, dans lequel s'est développée la vie commune, devrait donc constituer le rattachement de principe des unions conjugales informelles<sup>798</sup>.

---

<sup>795</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 186.

<sup>796</sup> Cf. *infra* n°443s. sur la vocation de la loi appliquée par l'autorité saisie de la création de l'union conjugale à régir ses conditions de validité et, dans une certaine mesure, ses effets.

<sup>797</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 173

<sup>798</sup> Cf. *infra* n°468 sur la vocation de la loi de la résidence conjugale à régir les unions conjugales informelles.

**417.** Ainsi, en matière conjugale, la vocation de la loi nationale, quand bien même elle serait commune aux membres du couple, est fortement concurrencée par la loi de l'autorité ayant formalisé l'union conjugale et par la loi de la résidence conjugale. Une analyse approfondie de ces rattachements est donc désormais nécessaire afin de se convaincre de leur vocation à régir cette nouvelle catégorie de rattachement que constitue le statut conjugal.





## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**418.** L'émergence de la notion juridique de couple en droit interne permet d'appréhender la diversification des formes de conjugalité reconnues par le droit. Cette notion, neutre et englobante, met ainsi en exergue un certain rapprochement entre les différents statuts conjugaux sous l'influence des principes d'égalité et de liberté. Pour autant, le choix du pluralisme conjugal effectué par le législateur national et protégé par les juridictions supranationales ne permet pas l'instauration d'un véritable droit commun du couple en droit interne. L'utilisation de la notion juridique de couple se révèle toutefois pertinente en ce qu'elle permet un rapprochement fonctionnel des différentes formes de conjugalité. Elle pourrait alors utilement être utilisée pour servir de fondement à l'élaboration d'une nouvelle catégorie de rattachement en droit international privé.

**419.** Afin d'assurer le respect du pluralisme conjugal propre à chaque Etat, l'instauration d'un régime commun du couple en droit international privé supposerait toutefois de distinguer les couples formels – dont l'union a été formalisée par l'intervention d'une autorité publique en vue d'officialiser prospectivement une vie de couple à venir – et les couples informels – dont l'union ne fait pas l'objet d'un acte constitutif mais repose sur une reconnaissance rétrospective d'une vie de couple passée. Ainsi, dépassant la distinction tripartite classique entre mariage, partenariat enregistré et concubinage – fruit d'une diversification peu cohérente des règles de conflit applicables – l'instauration d'une nouvelle catégorie de rattachement permettrait une meilleure circulation internationale des unions conjugales et une plus grande cohérence des règles de conflit applicables. Partant, cette catégorie de rattachement permettrait d'appréhender la diversité des formes de conjugalité par le recours à un concept qui, s'il est plus universel, n'est pas pour autant uniformisant.

**420.** Cette nouvelle catégorie de rattachement devrait intégrer le statut personnel sous la forme d'un statut conjugal distinct du statut individuel et du statut familial. Ces trois sous-ensembles répondant à des objectifs différents, il n'est pas étonnant que la loi nationale, pertinente pour le statut individuel, n'ait qu'une faible vocation à régir le lien conjugal. Ainsi, dans le cadre du statut individuel, la vocation de la loi nationale, parce qu'elle assure le respect de l'identité culturelle de l'individu, devrait être conservée même si une certaine place

pourrait être attribuée à la loi de la résidence habituelle afin de garantir l'intégration de l'individu dans l'Etat d'accueil. Dans le cadre du statut familial, le rattachement à la loi nationale n'est pertinent que si cette loi permet une protection convenable de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il doit donc faire prioritairement l'objet de règles à coloration matérielle permettant une meilleure protection de cet intérêt et une clause d'exception pourrait être prévue à cette effet. Enfin, dans le cadre du statut conjugal, la loi nationale, quand bien même elle serait commune aux membres du couple, n'a pas de vocation particulière à régir la formation des unions conjugales formelles et devrait être ici remplacée par un rattachement à la loi de l'autorité compétemment saisie de la création de l'union. Elle n'a pas non plus vocation à régir les unions informelles, qui, parce qu'elles reposent sur une reconnaissance rétrospective d'une vie de couple, doivent être rattachées à la loi de l'ordre juridique dans lequel la vie commune s'est réalisée, c'est-à-dire à la loi de la résidence conjugale.

**421.** Il convient donc désormais de déterminer les rattachements qui présentent la plus grande vocation à régir les questions relatives à la validité et aux effets des unions conjugales en droit international privé contemporain.

## CHAPITRE II : LA PROPOSITION DE NOUVEAUX FACTEURS DE RATTACHEMENT

**422.** La proposition d'un statut conjugal comme nouvelle catégorie de rattachement des unions conjugales en droit international privé suppose de déterminer de nouveaux facteurs rattachements. C'est en effet de l'adéquation entre le rattachement et la catégorie que résulte « le caractère fonctionnel de la règle de conflit, c'est-à-dire son aptitude effective à désigner la loi qui satisfasse au mieux l'ensemble des intérêts en jeu »<sup>799</sup>. Ce rattachement doit permettre de déterminer la loi qui présente la plus grande vocation à régir les questions juridiques soulevées par le rapport de droit, c'est-à-dire relatives à la validité et aux effets du lien conjugal. Il convient donc de rechercher, selon la formule utilisée par le Professeur Goldman sous l'arrêt *Rivière*, « la loi du lien et du couple »<sup>800</sup>. Cette loi, pour être unique, ne doit pas dépendre de rattachements propres à chaque membre du couple mais présenter une proximité commune avec eux. Le principe de proximité, corollaire de celui de prévisibilité de la loi applicable, est en effet « le seul qui puisse fonder dans sa plénitude la règle de conflit bilatérale »<sup>801</sup>.

**423.** Le lien conjugal n'a pas la même fonction concernant les couples formels – pour lesquels il est prospectif – et les couples informels – pour lesquels il est rétrospectif. Il y aura donc lieu de les traiter différemment au plan du rattachement<sup>802</sup>. A ce titre, la loi appliquée par l'autorité ayant enregistré l'union conjugale aurait une vocation particulièrement grande à régir les questions juridiques soulevées par les unions conjugales formelles et, en tout état de cause, celles relatives à la validité du lien conjugal. En effet, le rattachement de la validité, tant formelle que matérielle, du lien conjugal à la loi de l'autorité ayant enregistré l'union présente deux avantages. D'une part, ce rattachement permet à l'autorité saisie de la création de l'union conjugale de lui appliquer sa propre loi. Il évite ainsi le recours à l'ordre public international pour évincer l'application d'une loi étrangère trop

---

<sup>799</sup> AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, n°125.

<sup>800</sup> V. en ce sens les observations de Berthold GOLDMAN sous FRANCESKAKIS (Ph.), « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *TCFDIP*, 1962-1964, Pedone, 1965, p. 316.

<sup>801</sup> LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986. p. 64, n°52.

<sup>802</sup> V. en ce sens GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 121.

prohibitive ou permissive ainsi qu'aux lois de police pour préserver sa politique conjugale. D'autre part, il permet au juge du for saisi d'une question relative à la validité ou aux effets d'une union conjugale enregistrée par une autorité étrangère de garantir l'intégrité du lien conjugal précédemment acquis. Le rattachement à la loi de l'autorité constitue ainsi une adaptation de la méthode conflictuelle classique à l'aune des objectifs de la méthode de la reconnaissance et vient substituer au raisonnement conflictuel classique un raisonnement en termes de conflit d'autorités. En effet, ce rattachement ne constitue « pas une règle de conflit comme une autre car elle est compatible avec le raisonnement en deux temps caractéristique de la méthode de la reconnaissance : c'est parce qu'il y a eu cristallisation par l'intervention d'une autorité que la loi de cette autorité est appelée à jouer »<sup>803</sup>. Autrement dit, il ne s'agit pas de conserver les rattachements classiques retenus en matière de mariage en les adaptant partiellement aux problèmes que pose la circulation des nouvelles formes de conjugalité mais de prendre en compte les solutions particulières adoptées en la matière pour repenser les rattachements normalement applicables.

**424.** Concernant les questions relatives aux effets de l'union conjugale, le respect du principe de proximité suppose que la vocation de la loi de l'autorité ayant enregistré l'union puisse s'estomper si les membres du couple n'entretiennent plus d'autres liens avec l'Etat de ladite autorité au moment où la question se pose. Or, d'inspiration unilatéraliste, le rattachement à la loi de l'autorité « présente l'inconvénient d'être très rigide dans l'hypothèse d'époux mobiles car elle ne permet pas de déterminer la loi présentant les liens les plus étroits »<sup>804</sup>. Une place devrait donc être laissée à des rattachements plus proximitistes : celui de la loi de la résidence conjugale qui « correspond indéniablement au centre de gravité de la situation »<sup>805</sup> et celui de la loi nationale commune qui présente une proximité certaine avec les membres du couple. L'articulation de ces différentes lois pourrait alors être assurée, eu égard à la libéralisation des éléments du statut conjugal, par une option de législation. En effet, par le choix limité qu'elles confèrent aux parties quant à la loi applicable à leur situation juridique, « les règles de conflits alternatives sont à la croisée des méthodes du conflit de lois

---

<sup>803</sup> MAYER (P.), « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005 p. 564.

<sup>804</sup> MIGNOT (M.), « Effets en France d'un mariage homosexuel célébré dans un pays de l'Union européenne », *JCP G*, n° 48, 30 novembre 2005, 652.

<sup>805</sup> JAULT-SESEKE (F.), « Mariage et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 318.

et de la reconnaissance »<sup>806</sup>. Ces nouveaux rattachements n'ont donc pas vocation à supplanter totalement le rattachement à la loi nationale mais à réduire son domaine d'application. Lorsqu'elle est commune aux membres du couple, la loi nationale pourrait alors être choisie, en application du principe de l'autonomie de la volonté et de proximité de la loi applicable et non en fonction du principe de souveraineté ou d'indisponibilité des droits en cause, pour régir les questions relatives aux effets de leur union.

**425.** Enfin, la loi de la résidence conjugale devrait constituer le point de rattachement applicable aux unions conjugales informelles. N'ayant pas fait l'objet d'une officialisation par l'intervention d'une autorité publique et reposant sur une reconnaissance rétrospective d'une vie conjugale passée, les questions relatives à la validité et aux effets de telles unions ne peuvent être distinguées. Il ne s'agit pas de savoir si cette union est valide, mais de savoir si elle peut être juridiquement reconnue et, le cas échéant, produire des effets juridiques. Les conséquences de la vie commune devraient donc être soumises à la loi de l'Etat dans lequel s'est déroulée la vie commune, c'est-à-dire celui de la résidence conjugale.

**426.** Il convient donc d'analyser la vocation de la loi de l'autorité (*Section I*) et celle de la résidence conjugale (*Section II*) à régir le statut conjugal. Autrement dit, il nous faut démontrer que l'autorité enregistrante et la résidence conjugale pourraient constituer, à côté de la nationalité commune, les nouveaux facteurs de rattachement applicables aux couples en droit international privé.

---

<sup>806</sup> LAGARDE (P.), « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 492.

## SECTION I : LA VOCATION DE LA LOI DE L'AUTORITE

427. Le rattachement à la loi de l'autorité est un rattachement particulièrement novateur en droit international privé. Son essor résulte du développement des partenariats enregistrés pour lesquels il a fallu trouver un rattachement adéquat. Ainsi, le législateur français a-t-il prévu – à l'instar de ses homologues allemand<sup>807</sup>, suisse<sup>808</sup>, belge<sup>809</sup>, anglais<sup>810</sup>, finlandais<sup>811</sup> ou encore néerlandais<sup>812</sup> – 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'Etat de l'autorité qui a procédé à son enregistrement »<sup>813</sup>. Si la solution retenue par la loi du 12 mai 2009, en s'appliquant tant à la formation qu'à l'ensemble des effets du partenariat enregistré, constitue une « formidable simplicité, si on songe au morcellement qui caractérise la réglementation du mariage en droit international privé français »<sup>814</sup>.

428. Dès lors, dans un objectif de cohérence des règles de conflit applicables aux unions conjugales et eu égard aux avantages que ce rattachement présente, peut-être pourrait-il être utilement étendu aux règles relatives au mariage. En effet, l'argument de droit comparé avancé pour justifier le rattachement des partenariats enregistrés à la loi de l'autorité est relatif à leur nouveauté et à leur grande diversité. Il est ainsi souvent suggéré que c'est parce que l'institution du partenariat n'est pas encore universellement reconnue, comme l'est celle du mariage, que ce rattachement a été choisi afin de placer le partenariat « sous les auspices d'une loi qui régleme cette institution »<sup>815</sup>. A l'inverse, le mariage, en tant qu'institution reconnue dans tous les Etats, ne se prêterait pas à un tel rattachement et devrait être soumis à la loi nationale des conjoints qui constitue, selon la formule de Batiffol<sup>816</sup>, le « bastion inexpugnable » du statut personnel. Or, on l'a vu, le mariage n'est pas considéré dans tous les

---

<sup>807</sup> Article 17b EGBGB, v. traduction LAGARDE (P.), *RCDIP*, 2001, p. 772s.

<sup>808</sup> Article 65a de la loi fédérale de droit international privé.

<sup>809</sup> Article 60 du Code belge sur le droit international privé.

<sup>810</sup> Article 215 du *Civil Partnership Act* 2004.

<sup>811</sup> Article 11 de l'Act of Registered Partnership.

<sup>812</sup> Article 2 du Private International Law Act (registered partnership).

<sup>813</sup> Article 515-7-1 du Code civil.

<sup>814</sup> HAMMJE (P.) « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil », *RCDIP*, 2009, p.488s.

<sup>815</sup> DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 187.

<sup>816</sup> BATIFFOL (H.), « Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale », *Legal essays in honour of Hessel E. Yntema*, Leyde, A.W. Sythoff, 1961.

Etats comme une union hétérosexuée, monogame et séculaire. Au contraire, l'ouverture, par certains Etats, du mariage aux couples de même sexe constitue le point d'orgue de cette acception divergente de la liberté matrimoniale et démontre, s'il en était besoin, qu'il n'existe pas d'acception universelle du mariage. On constate à l'inverse que tant sa nature que son régime diffèrent grandement d'un Etat à un autre. Partant, la circulation des couples mariés et celle des couples de partenaires pose, en réalité, des problèmes identiques concernant la reconnaissance de leur union. A partir du moment où l'Etat appelé à se prononcer sur une question relative à la validité ou aux effets d'une union conjugale retient une conception différente de celle de l'Etat ayant configuré cette union, les membres du couple, par l'application de la méthode conflictuelle, se trouvent confrontés au risque de discontinuité du statut conjugal dont ils se pensaient légitimement titulaires.

**429.** Dès lors, la solution actuellement consacrée pour les partenariats enregistrés pourrait fort bien développer « une force d'entraînement à l'égard de celle que l'on tient généralement pour ayant cours en matière de mariage »<sup>817</sup>. Ce rattachement pourrait ainsi « constituer les prémisses d'un nouveau mode de raisonnement, fondé sur l'idée non plus seulement de coordination des systèmes mais, pourrait-on dire, de libre circulation des institutions juridiques »<sup>818</sup>. Afin de se convaincre de la vocation de la loi de l'autorité à régler les questions juridiques soulevées par les unions conjugales, il convient d'analyser la nature d'un tel rattachement (**I**) avant d'aborder son possible domaine d'application (**II**).

## **I. La nature de la loi de l'autorité**

**430.** La règle prévue par l'article 515-7-1 du Code civil désigne la *lex auctoris* ou, plutôt, la *lex auctoritatis*<sup>819</sup>, c'est-à-dire la loi de l'Etat de l'autorité qui a procédé à

---

<sup>817</sup> ROMANO (G. P.), « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457s, n°8.

<sup>818</sup> V. la préface du Professeur Hugues Fulchiron de la thèse d'Alain Devers, *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004.

<sup>819</sup> La « *lex auctoris* » renvoie à la loi de l'auteur de l'acte alors que la « *lex auctoritatis* » renvoie, plus précisément, à la loi de l'autorité dont émane l'acte. La loi de l'autorité, telle que nous l'entendons, est généralement appelée « *lex auctoris* ». Aussi, afin de ne pas rajouter à la confusion sémantique qui entoure ce nouveau facteur de rattachement, nous l'appellerons également « *lex auctoris* », entendue comme la loi de l'autorité selon laquelle l'union conjugale a été formalisée.



l'enregistrement de l'acte quasi-public de nature conjugale. Alors que le Professeur Hugues Fulchiron l'appelle « loi de l'institution »<sup>820</sup> – c'est-à-dire la loi sous l'empire de laquelle les partenaires se sont placés pour former leur union – Alain Devers lui préfère l'expression de « loi du lieu d'enregistrement »<sup>821</sup> ou *lex loci registrationis*, qui renvoie plus précisément à la loi de la nationalité de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement du partenariat. Guillaume Kessler évoque quant à lui la « loi de l'enregistrement »<sup>822</sup> en tant que loi de l'Etat qui a institué l'autorité devant laquelle les parties ont manifesté leur volonté d'obtenir le statut de partenaire. Ces divergences sémantiques mettent en exergue la nature hybride de ce rattachement qui oscille entre bilatéralisme et unilatéralisme (A). Il nous semble que c'est justement son caractère hybride qui lui permet de constituer un rattachement adéquat, aux effets particulièrement salutaires, en matière conjugale (B).

#### A. La nature hybride du rattachement à la loi de l'autorité

431. Le rattachement de la validité et, dans une certaine mesure, des effets des unions conjugales formelles à la loi de l'autorité que nous proposons s'inspire du rattachement actuellement retenu par le législateur français en matière de partenariats enregistrés. Autrement dit, au lieu de conserver les rattachements classiques retenus en matière de mariage en les adaptant partiellement aux problèmes que pose la circulation des nouvelles formes de conjugalité, il conviendrait plutôt de prendre en compte les solutions particulières adoptées en la matière pour repenser les rattachements normalement applicables. Le rattachement à la loi de l'autorité retenu en matière de partenariat enregistré, solution dérogatoire aux règles de conflit applicables en matière de mariage, deviendrait alors le rattachement de principe applicable à l'ensemble des unions conjugales formelles.

432. La nature du rattachement retenu par le législateur français en matière de partenariats enregistrés est particulièrement controversée. En effet, bien que formulé comme une règle de conflit classique, l'article 515-7-1 du Code civil répond davantage d'une logique

---

<sup>820</sup> FULCHIRON (H.), « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », *RIDC*, 2006/2, spéc. p. 419s.

<sup>821</sup> DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004.

<sup>822</sup> KESSLER (G.), « Partenariat enregistré », *Rep. droit international*, Dalloz, mars 2012, n°22

statutiste et unilatéraliste que d'une logique bilatéraliste classique<sup>823</sup>. En effet, la référence aux « dispositions matérielles » de l'Etat de l'autorité qui a procédé à l'enregistrement du partenariat en fait une règle de conflit bilatérale par laquelle l'ordre juridique français désigne lui-même la loi applicable sans s'en remettre à l'ordre juridique du lieu de célébration. Cependant, cette règle laisse à l'ordre juridique de l'autorité saisie « toute la latitude pour fixer le champ d'application de sa propre loi et par là, elle pratique inconsciemment l'unilatéralisme »<sup>824</sup>. On est alors tenté de voir dans la formulation d'une règle de conflit de lois fondée sur le lieu d'enregistrement « une tentative d'un règlement de conflit de lois unilatéraliste »<sup>825</sup>. Le refus du renvoi à une loi autre que celle de la nationalité de l'autorité saisie démontre ainsi que le for « ne s'en remet pas pleinement à l'appréciation de l'Etat d'origine du partenariat mais détermine lui-même l'ordre juridique auquel doit être soumis ledit partenariat sans exiger qu'un lien de proximité, tenant notamment à la nationalité ou la résidence, existe entre l'Etat d'enregistrement et les futurs partenaires »<sup>826</sup>. Nous y voyons donc, avec les Professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, une « règle hybride » à la croisée des chemins entre bilatéralisme et unilatéralisme. Dès lors, la cristallisation de l'union conjugale par l'intervention d'une autorité – présumée en termes de méthode de la reconnaissance – rendrait compétente la loi de l'autorité saisie – conséquence en termes de méthode conflictuelle.

**433.** Ce rattachement, à cheval entre la logique bilatéraliste et unilatéraliste, constitue une nouvelle approche, particulièrement pertinente en matière conjugale, du conflit de lois fondée sur le conflit d'autorités – tel que conceptualisé par Niboyet<sup>827</sup> concernant la circulation des actes émanant d'organes publics non juridictionnels – puisqu'il est postulé que l'autorité enregistrante appliquera toujours sa propre loi. Cela s'explique par le fait qu'à « travers l'acte public d'autorisation-constitution-enregistrement d'une union de couple, l'administration assure le contrôle et l'intervention nécessaire de l'Etat [...] pour constituer un lien juridique de couple autorisé socialement par la loi de cet Etat »<sup>828</sup>. Dès lors, la soumission

---

<sup>823</sup> V. la Préface du Professeur Paul Lagarde de la thèse de Guillaume Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005.

<sup>824</sup> AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, n°715, p. 630.

<sup>825</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 53.

<sup>826</sup> HAMMJE (P.) « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil », *RCDIP*, 2009, p.488s.

<sup>827</sup> NIBOYET (J.-P.), *Cours de droit international privé*, Paris, Sirey, 1946, n°651.

<sup>828</sup> QUINONES ESCAMEZ (A.) « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples », *RCDIP*, 2007, p. 7.

des conditions de fond et de forme du partenariat à la *lex auctoris* conduit à raisonner « comme s'il s'agissait d'un conflit d'autorités bien qu'il s'agisse toujours d'un conflit de lois »<sup>829</sup>. Autrement dit, le conflit d'autorités se substitue au conflit de lois : « sous une apparente résolution d'un conflit de lois, on résout un conflit d'autorités »<sup>830</sup>. L'application de la seule loi de l'autorité saisie, par une vision classique de l'adage *auctor regit actum* selon lequel toute autorité publique habilitée à faire certains actes ne peut jamais les faire que selon ses propres lois, manifeste donc un délaissement du conflit de lois au profit du conflit d'autorités.

**434.** Ce rattachement constitue également un recours « à la notion d'ordre public dans une fonction positive et non pas d'éviction »<sup>831</sup>. En effet, la compétence de la loi de l'autorité implique que soit appliquée, au stade de la création de l'union conjugale, la loi du for, entendu non pas comme l'ordre juridique du juge saisi mais comme le « lieu de réalisation autorisée du droit »<sup>832</sup>. Cela rapproche ainsi ce rattachement de la méthode d'application généralisée de la loi du for<sup>833</sup> qui se développe « dans les domaines où les individus souhaitant donner naissance à une situation juridique doivent à cet effet demander l'assistance d'une autorité publique »<sup>834</sup>. L'application de la loi de l'autorité saisie de la création d'une union conjugale participe alors de la protection de l'ordre public conjugal du for. Anticipant les divergences existantes en matière conjugale entre les différents ordres juridiques, ce rattachement rend inutile, au stade de la création de l'union conjugale, le recours au mécanisme d'éviction de la loi étrangère que constitue l'exception d'ordre public international. Partant, si ce rattachement peut paraître « lexforiste », il présente toutefois l'avantage de ne pas contrarier les attentes des parties quant à la loi normalement applicable.

---

<sup>829</sup> KESSLER (G.), « Partenariat enregistré », *Rep. droit international*, Dalloz, mars 2012, n°38.

<sup>830</sup> JAULT-SESEKE (F.), « Mariage et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 319.

<sup>831</sup> AUDIT (B.), « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 55.

<sup>832</sup> ROMANO (G. P.), « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457s., n°4.

<sup>833</sup> V. PICONE (P.), « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, 1999, vol. 276, spéc. p. 143s. Nous ne retiendrons toutefois pas cette expression qui nous paraît trompeuse, la loi de l'autorité ne correspondant à la loi du for proprement dit qu'au stade de la création, et non de la réception, d'une union conjugale par le for. Sur cette méthode, v. également HAUSMANN (R.), « Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo » in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, n°3.

<sup>834</sup> BALLARINO (T.) et ROMANO (G. P.), « Le principe de proximité chez Paul Lagarde » in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 48.

Du reste, cette dimension « lexforiste » ne se manifeste qu’au stade de la création de l’union par le for – par une application avouée de l’effet plein de l’ordre public conjugal – et non au stade de la reconnaissance de l’union, c’est-à-dire lorsque le juge saisi est appelé à se prononcer sur une question relative à la validité ou aux effets de l’union conjugale constituée à l’étranger. Ce dernier devra en effet soumettre, conformément à la nature bilatérale de la règle de conflit adoptée, les conditions de formation de ladite union à la loi de l’autorité étrangère saisie de sa création.

**435.** Par ailleurs, dans le cadre de l’adaptation proposée du droit international privé du couple, nous considérons que la loi de l’autorité ne doit pas nécessairement s’entendre comme renvoyant aux seules « dispositions matérielles » de l’Etat de l’autorité qui a procédé à l’enregistrement de l’union conjugale. Il se peut en effet que l’autorité saisie de la création de l’union conjugale, parce qu’elle était par exemple tenue d’appliquer une règle de conflit contenue dans une convention internationale désignant une autre loi que celle de son ordre juridique, n’ait pas appliqué ses dispositions matérielles à la constitution de l’union. Nous considérons en effet avec le Professeur Callé que « si les autorités publiques ne peuvent officier que selon la procédure posée par leur propre loi, rien ne leur interdit d’appliquer une législation substantielle étrangère »<sup>835</sup>. Or, comme nous l’avons vu, refuser le renvoi reviendrait, au stade de la reconnaissance de l’union conjugale, à soumettre cette dernière à une loi qui n’a pourtant pas été appliquée à sa constitution. La seule référence aux dispositions matérielles de la loi de l’autorité saisie de la création de l’union pourrait alors avoir pour conséquence ultime d’invalider l’union conjugale configurée selon une autre loi. Il convient alors d’admettre le renvoi<sup>836</sup> à une autre loi que celle de la nationalité de l’autorité de manière non pas abstraite mais concrète, c’est-à-dire dans les rares hypothèses où l’autorité enregistrante a appliqué à l’union conjugale une autre loi que celle de l’ordre juridique qu’elle

---

<sup>835</sup> V. notamment CALLE (P.), *L’acte public en droit international privé*, Economica, 2004, p. 58 : « si les autorités publiques ne peuvent officier que selon la procédure posée par leur propre loi, rien ne leur interdit d’appliquer une législation substantielle étrangère ».

<sup>836</sup> Sur le mécanisme du renvoi, v. notamment COURBE (P.), « Retour sur le renvoi », in *Ecrits rédigés en l’honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 241s. ; LEQUETTE (Y.), « Renvoi », *Rep. droit international Dalloz*, 1998 ; HUGHES (D. A.), « The Insolubility of Renvoi and its Consequences », *Journal of Private International Law*, 2010, vol. 6, p. 195s. ; FRANCESCAKIS (P.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958 ; DAVI (A.), « Le renvoi en droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 352, 2010 ; AGOSTINI (E.), « Le mécanisme du renvoi », *RCDIP* 2013, p. 545s ; KASSIR (W.-J.), « Le renvoi en droit international privé – technique de dialogue entre les cultures juridiques », *RCADI*, 2016, vol. 377 ; ROMANO (G.-P.), *Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse l’antithèse et la recherche d’une synthèse*, Genève, Schulthess, 2014.

représente. Cela permettrait en effet d'appréhender les situations dans lesquelles l'autorité saisie n'a pas appliqué sa propre loi pour configurer l'union conjugale qui lui était soumise.

**436.** L'admission du renvoi n'est pas ici justifiée par des considérations classiques tenant au respect des souverainetés étrangères ou au caractère coordinateur du mécanisme mais par des considérations plus pragmatiques tenant au respect de la continuité de la situation juridique et de l'intégrité du rapport juridique créé à l'étranger. L'admission conditionnée du renvoi rapproche ainsi le rattachement à la loi de l'autorité de la méthode unilatéraliste en ce que l'Etat requis de se prononcer sur la validité ou les effets de l'union conjugale constituée à l'étranger devra prendre en compte la loi réellement appliquée par l'autorité de l'Etat d'origine<sup>837</sup>. Ce rattachement s'inspire donc d'une logique néo-statutiste visant à laisser au for le soin d'appliquer sa loi à la création d'une union conjugale et, en contrepartie, l'obligeant à appliquer la loi appliquée par l'Etat étranger à la constitution de l'union lorsque celui-ci est postérieurement saisi d'une question relative à sa validité ou à ses effets. Cette contrepartie n'est pas analysée en des termes souverainistes – tels que développés dans les doctrines d'Ulrich Uber, d'Antoine Pillet ou encore de Jean-Paulin Niboyet – mais au regard de l'objectif de continuité internationale du statut conjugal. Partant, ce rattachement se rapproche davantage de la logique unilatéraliste développée par Quadri visant à « assurer la cohérence de la vie internationale des particuliers, en donnant effet aux prévisions qu'ils ont pu former quant à l'applicabilité d'une loi déterminée à leurs propres activités »<sup>838</sup>.

**437.** Ce rattachement n'en deviendrait pas pour autant totalement unilatéraliste en ce que, dans le cadre de cette proposition, la compétence internationale de l'autorité saisie de l'enregistrement d'une union conjugale ne devrait pas être laissée à l'entière discrétion de l'Etat auquel cette autorité appartient. En effet, afin de tempérer le libéralisme de la règle actuellement retenue, et, partant, le tourisme conjugal qu'il peut induire, l'autorité saisie de la création de l'union conjugale ne devrait être compétente que lorsque les membres du couple en possèdent la nationalité ou lorsqu'ils ont établi leur résidence habituelle sur son

---

<sup>837</sup> Sur la prise en compte de loi concrètement appliquée par l'autorité, cf. *infra* n°547s.

<sup>838</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 414.

territoire<sup>839</sup>. La détermination de la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale rapproche cette fois ce rattachement d'une logique bilatéraliste en ce qu'il ne laisse pas à l'ordre juridique étranger une entière discrétion dans la détermination du champ d'application de sa loi.

**438.** Le rattachement à la loi de l'autorité que nous proposons présente donc une nature hybride à la croisée des chemins entre bilatéralisme et unilatéralisme. En effet, alors qu'il s'éloigne des rattachements classiques retenus par la méthode savignienne, il ne se confond pas pour autant avec la méthode de la reconnaissance unilatérale. Il constitue plutôt une adaptation de la méthode conflictuelle classique à l'aune des objectifs de la méthode de la reconnaissance. S'il s'inspire du rattachement retenu par les législations nationales en matière de partenariats enregistrés, nous l'avons toutefois soumis à quelques adaptations. Nous considérons ainsi que lorsque l'autorité saisie de la création de l'union conjugale n'a pas appliqué la loi de son ordre juridique à la constitution du lien conjugal mais celle d'un autre Etat, c'est cette loi – et non les seules dispositions matérielles de la loi de l'autorité – qu'il conviendrait de prendre en compte afin de garantir la continuité internationale de l'union conjugale. Du reste, ce rattachement, fondé sur un raisonnement en termes de conflit d'autorités particulièrement adapté en matière conjugale où le rapport de droit est cristallisé par l'intervention d'une autorité, devrait être couplé avec des règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer l'union conjugale afin d'éviter un tourisme conjugal que son caractère libéral pourrait entraîner. La nature hybride du rattachement proposé à la loi de l'autorité lui permettrait ainsi de produire des effets particulièrement salutaires.

## **B. Les effets salutaires du rattachement à la loi de l'autorité**

**439.** Le rattachement à la loi appliquée par l'autorité saisie de la création de l'union se révèle particulièrement salutaire. Au stade de la création de l'union conjugale, celui-ci confère en effet aux individus une certaine liberté dans le choix de la loi applicable à leur union. Le rattachement à la loi de l'autorité participe ainsi au développement de l'autonomie

---

<sup>839</sup> Cf. *infra* n°513s. sur la détermination de la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale.

de la volonté des couples en droit international privé. En effet, la liberté de choix de l'autorité saisie constitue une consécration détournée de la liberté de choix de la loi applicable à la formation et aux effets des unions conjugales « dans la mesure où le choix d'une autorité implique celui de la loi correspondante »<sup>840</sup>. Les éléments du statut conjugal n'étant plus réellement indisponibles<sup>841</sup>, il n'est pas surprenant que les individus puissent choisir la loi applicable à leurs rapports conjugaux. Dès lors, ce rattachement « emprunte au droit international privé du mariage et du contrat »<sup>842</sup> en ce qu'il met en avant l'importance de l'officialisation de l'union conjugale et la consécration indirecte d'une certaine autonomie de la volonté. Rapprochant la matière conjugale de la matière contractuelle, la célébration du mariage et l'enregistrement du partenariat pourraient alors être considérés comme des « actes juridiques aux relations personnelles »<sup>843</sup> pour lesquels la loi d'autonomie se matérialiserait par la *lex auctoris*. Ainsi ce rattachement constitue-t-il une « extinction de la loi personnelle sous forme de loi d'origine au profit de la loi du moment, ou choisie par les intéressés par le biais de l'autorité à laquelle ils décident de s'adresser »<sup>844</sup>.

**440.** Dans le cadre de notre proposition, la liberté conférée aux membres du couple dans le choix de la loi applicable à leur union, par le biais du choix de l'autorité devant laquelle ils souhaitent constituer leur lien conjugal, ne serait toutefois pas absolue. Au contraire, cette liberté serait limitée par la détermination proposée des règles de compétence internationale des autorités habilitées à constituer une union conjugale. Il est en effet préférable que le choix ainsi laissé aux membres du couple « se limite à des Etats entretenant avec eux des contacts significatifs, comme l'Etat de leur nationalité commune ou de leur domicile commun ou de leur résidence habituelle commune »<sup>845</sup>. Si ce rattachement se veut donc souple en ce que les individus peuvent indirectement choisir la loi applicable à leur union en saisissant l'autorité de leur choix, les règles de compétence internationale des

---

<sup>840</sup> AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 629. Qu'il s'agisse, dans le cadre de notre proposition, de la loi de l'autorité saisie ou de celle d'un autre ordre juridique. Cf. *infra* n° 528s.

<sup>841</sup> Sur le degré variable de disponibilité des éléments du statut personnel, cf. *supra* n°60s.

<sup>842</sup> LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 488, p. 432.

<sup>843</sup> A l'inverse, les unions de fait pourraient être considérées comme des « faits juridiques aux relations personnelles » pour lesquels la *lex loci delicti* serait la loi du lieu où s'est déroulé ce fait, c'est-à-dire la loi de la résidence conjugale.

<sup>844</sup> AUDIT (B.), « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 61.

<sup>845</sup> LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 488, p. 432.

autorités habilitées à constituer une union conjugale permettront toutefois d’y apporter une certaine rigidité, évitant ainsi les risques de tourisme conjugal. Ainsi, le contrôle de la compétence internationale de l’autorité saisie de la création de l’union conjugale<sup>846</sup> rend légitime l’application de la loi de ladite autorité.

**441.** Au stade de la circulation de l’union conjugale, ce rattachement facilite la réception des statuts conjugaux au sein des ordres juridiques et assure une continuité concrète des unions conjugales selon la loi sous l’empire de laquelle elles ont été constituées. Le rattachement proposé à la loi de l’autorité rejoint en effet la logique d’un raisonnement en termes de reconnaissance et se veut respectueux des formes étrangères de conjugalité<sup>847</sup>. Du reste, par l’importation des effets attachés à l’étranger à l’union conjugale, assurée par leur rattachement objectif à la loi de l’autorité<sup>848</sup>, ce rattachement permettrait de préserver les exigences de prévisibilité de la loi applicable, de cohérence du traitement juridique des situations conjugales et de continuité du statut conjugal<sup>849</sup>. Partant, il répond aux exigences européennes qui imposent « une reconnaissance facilitée de l’état des personnes, au nom de la libre circulation des personnes, voire de la citoyenneté européenne, et au nécessaire respect dû à la vie familiale des individus tel qu’envisagé par la convention européenne des droits de l’Homme »<sup>850</sup>. Ainsi, substituer au rattachement à la loi nationale un rattachement à la loi de l’autorité favorise indéniablement la reconnaissance des unions conjugales. Ce rattachement permet en effet d’appliquer le « droit de l’Etat qui a permis de configurer le statut conjugal que la personne risque de perdre en cas de déplacement transfrontière »<sup>851</sup>. Ce rattachement est d’autant plus stable qu’il ne se manifeste qu’à un moment instantané – au moment de l’enregistrement de l’union conjugale – et n’est donc susceptible d’aucun conflit mobile.

**442.** Le rattachement à la loi de l’autorité actuellement prévu pour les partenariats enregistrés devrait donc constituer, en faisant l’objet de quelques adaptations, le point de

---

<sup>846</sup> Sur les modalités de ce contrôle, *cf. infra* n°533s.

<sup>847</sup> HAMMJE (P.) « Réflexions sur l’article 515-7-1 du Code civil », *RCDIP*, 2009, p.488s.

<sup>848</sup> Sur le rattachement objectif des effets des unions conjugales formelles, *cf. infra* n°589s.

<sup>849</sup> V. en ce sens NAJM (M.-C.), *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Nouvelle bibliothèque des thèses Dalloz, 2005, spéc. n°575.

<sup>850</sup> HAMMJE (P.) « Réflexions sur l’article 515-7-1 du Code civil », *RCDIP*, 2009, p.488s.

<sup>851</sup> V. FALLON (M.), « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* (dir. FUCHS A., MUIR-WATT H. et PATAUT E.), Dalloz, 2004, p. 67.



rattachement de principe applicable aux unions conjugales formelles dans le cadre de notre proposition. Cette proposition de rattachement permettrait ainsi d'analyser la formation du mariage sous l'angle du conflit d'autorités et non sous celui, plus traditionnel, du conflit de lois<sup>852</sup>. L'on pourrait alors soutenir que « la *lex matrimonii* est la *lex auctoris*, et proposer, pour tous les actes publics constitutifs d'un lien juridique conjugal, qui ont tous comme point commun l'intervention d'une autorité publique, une approche en termes de conflits d'autorités »<sup>853</sup>. Il serait donc souhaitable d'étendre le rattachement retenu en matière de partenariats enregistrés à la formation et, dans une certaine mesure, aux effets du mariage. Ainsi convient-il de déterminer le domaine d'application à accorder à la loi de l'autorité que nous proposons.

## **II. Le domaine d'application de la loi de l'autorité**

**443.** Etendue au mariage, la loi de l'autorité saisie de la création de l'union pourrait, dans le cadre de notre proposition, s'appliquer à la validité, tant matérielle que formelle, des unions conjugales formelles (**A**) et, dans une certaine mesure, à leurs effets (**B**).

### **A. La validité des unions conjugales formelles**

**444.** Notre proposition vise à soumettre tant la validité formelle que la validité matérielle des unions conjugales formelles à la loi de l'autorité saisie de leur création, évitant ainsi les problèmes posés par la distinction actuelle entre les conditions de fond et de forme du mariage<sup>854</sup>.

**445.** Le rattachement de la validité formelle des unions conjugales à loi de l'autorité se rapproche, en pratique, de la soumission actuelle des conditions de forme du mariage à la

---

<sup>852</sup> V. en ce sens JAULT-SESEKE (F.), « Mariage et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 311s.

<sup>853</sup> QUINONES ESCAMEZ (A.) « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples », *RCDIP*, 2007, p. 10.

<sup>854</sup> Sur les problèmes posés par la distinction entre la loi applicable aux conditions de fond et de forme du mariage, cf. *supra* n°73.

loi du lieu de célébration. Elle lui confère toutefois une assise théorique plus solide. En effet, comme nous l'avons vu<sup>855</sup>, la compétence de la *lex loci celebrationis* s'explique par l'application du principe *locus regit actum* qui assimile la célébration du mariage à un acte purement privé. Or, la nature quasi-publique de l'acte constitutif de l'union maritale suppose davantage un raisonnement en termes de conflit d'autorités. C'est en effet parce que l'autorité publique française – en l'espèce l'officier de l'état civil – est compétente pour célébrer le mariage, qu'elle peut le faire selon les formes prévues par la loi française. Le rattachement à la loi de l'autorité prend donc en compte le rôle constitutif de l'intervention de l'autorité publique dans la création de l'union conjugale. En outre, la *lex auctoris* ne se confond pas avec la *lex loci celebrationis* en ce qu'elle permet de prendre en compte la question des mariages célébrés par les autorités diplomatiques ou consulaires. En mettant l'accent non pas sur le lieu de célébration du mariage mais sur l'autorité qui a procédé à la célébration dudit mariage, ce rattachement évite le recours artificiel à la loi nationale pour la détermination de la validité formelle d'un mariage célébré par une autorité diplomatique ou consulaire. Ainsi le rattachement à la loi de l'autorité permettrait une simplification des règles de conflit de lois applicables aux couples en droit international privé en intégrant, dans la règle de conflit elle-même, et non dans le cadre d'une exception à la justification théorique équivoque, l'hypothèse des unions enregistrées par une autorité diplomatique ou consulaire. Le rattachement des conditions de fond du mariage à la *lex auctoris* a d'ailleurs été préféré au rattachement à la *lex loci celebrationis* par certaines conventions bilatérales. Cette solution est ainsi prévue par l'article 4 de la convention franco-polonaise du 5 avril 1967, l'article 3 de la convention franco-yougoslave du 18 mai 1971 ou encore de l'article 6 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981.

**446.** Applicable à la validité formelle des unions conjugales formelles, le rattachement à la loi de l'autorité le serait également à leur validité matérielle. Le rattachement de la validité matérielle des unions conjugales formelles à la loi de l'autorité constitue une rupture par rapport au rattachement classique des conditions de fond du mariage à la loi nationale en droit international privé français. Or, nous l'avons vu<sup>856</sup>, l'impérativité du rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale est peu compatible avec la

---

<sup>855</sup> Cf. *supra* n°71s. sur l'inadaptation du rattachement des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration.

<sup>856</sup> Cf. *supra* n°54s. sur l'inadaptation du rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale.

libéralisation des éléments du statut conjugal. Du reste, le développement des cas de plurinationalité – pour lesquels l’application cumulative des lois nationales en matière d’empêchements bilatéraux prive l’un des membres du couple des avantages que lui confère sa loi nationale – lui fait perdre de sa pertinence. A l’inverse, le rattachement à la loi de l’autorité fait disparaître les difficultés liées aux conflits mobiles et aux conflits positifs et négatifs de rattachement et permet de prendre en compte, par la liberté qu’il confère au couple dans la détermination de la loi applicable à son statut conjugal, l’évolution libérale de la matière conjugale. Enfin et surtout, l’hégémonie du modèle conjugal du for tend à fortement nuancer le rattachement des conditions de fond du mariage à la loi nationale. En effet, que la loi nationale étrangère normalement applicable soit évincée par le mécanisme de l’exception d’ordre public international ou que la loi française du lieu de célébration soit directement appliquée en tant que loi de police ou *lex auctoris*, la loi nationale étrangère n’a finalement que peu de chance d’être appliquée à la formation du mariage<sup>857</sup>. Le droit au mariage est en effet classiquement un droit d’ordre public<sup>858</sup> dont les conditions de fond – relatives à l’âge, au sexe, au consentement, à la présence physique, à la prohibition de la polygamie ou encore à l’absence de liens de parenté – font partie de l’ordre public international français ou de ses dispositions impératives en ce qu’elles correspondent à l’essence même de la liberté matrimoniale. Nous considérons donc avec le Professeur Jault-Seseke que « l’application par l’officier d’état civil de la seule loi française, par le jeu de la *lex auctoris*, paraît cohérente. On arrive alors à la conclusion que la célébration en France d’une union conjugale devrait obéir tant sur le fond que sur la forme aux règles françaises »<sup>859</sup>.

447. Dès lors, la soumission de la validité matérielle des unions conjugales formelles – et donc, des conditions de fond du mariage – à la loi de l’autorité n’a en réalité d’autre conséquence que d’officialiser une pratique constatée par tous : l’application de la loi du for au modèle conjugal qu’il entend configurer. En effet, l’autorité saisie de la création d’une union conjugale n’en autorise la constitution qu’après avoir vérifié que les conditions

---

<sup>857</sup> V. en ce sens AUDIT (B.), « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Ecrits rédigés en l’honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 62-63 : « La tendance se répand de permettre la célébration du mariage avec un national (ou domiciliaire) dès lors que le fiancé étranger satisfait aux conditions prévues par l’Etat de célébration ».

<sup>858</sup> BENABENT (A.), « L’ordre public en droit de la famille » in *L’ordre public à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, coord. REVET (T.), Dalloz, 1996, p. 30s.

<sup>859</sup> JAULT-SESEKE (F.), « Mariage et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 320.

prévues par son ordre juridique sont remplies. Partant, cette autorité vient constituer le « lien juridique de couple que son système autorise »<sup>860</sup>. Le partenariat enregistré, tout comme le mariage, permettent ainsi « l'acquisition d'un état civil ou, au moins, d'une qualité ou d'un statut de la personne auxquels les parties adhèrent et qui est imposé aux parties conformément aux modèles familiaux existants dans chaque pays »<sup>861</sup>. Nous considérons donc avec le Professeur Quinones que l'autorité compétente devrait directement pouvoir appliquer sa propre loi à la constitution du lien conjugal. Le Professeur Khairallah relève d'ailleurs que « les conditions de fond du mariage de personnes de même sexe seront soumises en pratique à la loi française prise en tant que loi de l'autorité qui célèbre le mariage »<sup>862</sup>. Plus largement, ce rattachement met en exergue la vocation de la loi du for à s'appliquer à toutes les situations qui présentent un lien étroit avec ce dernier et répond « au souci de ne pas refuser l'accès à sa loi à tous les individus qui sont suffisamment intégrés à son milieu social »<sup>863</sup>. L'intégration du couple dans le milieu social du for est ici vérifiée par le contrôle de la compétence internationale de l'autorité saisie de la création de l'union conjugale. Cette solution a ainsi été adoptée par le législateur suédois qui considère que lorsque la célébration du mariage est demandée en Suède, la loi suédoise est applicable à tous les couples de personnes dont l'une au moins a la nationalité suédoise ou réside habituellement en Suède.

**448.** Le rattachement des conditions de fond et de forme de l'union conjugale à la loi de l'autorité compétemment saisie de sa création permet ainsi au for d'appliquer sa propre loi à toutes les unions constituées par les autorités de son ordre juridique. En contrepartie, il implique de soumettre la validité d'une union conjugale formelle constituée par un autre ordre juridique à la loi appliquée par l'autorité de ce dernier. Ce rattachement a donc vocation à s'appliquer tant à la création d'une union conjugale par le for qu'à la réception d'une union conjugale constituée à l'étranger. Les conditions de validité matérielle et formelle des unions conjugales formalisées par l'intervention d'une autorité devraient donc être rattachées à la loi appliquée par cette autorité. Dans un objectif de cohérence des règles de conflit de lois

---

<sup>860</sup> QUINONES ESCAMEZ (A.) « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples », *RCDIP*, 2007, p.7.

<sup>861</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>862</sup> KHAIRALLAH (G.), « Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage de couples de même sexe », *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 498.

<sup>863</sup> ROMANO (G. P.), « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457.

applicables aux couples, ce rattachement pourrait également s'étendre, dans une certaine mesure, aux effets des unions conjugales formelles.

## **B. Les effets des unions conjugales formelles**

**449.** Les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux des unions conjugales formelles pourraient également être rattachés à la loi appliquée par l'autorité saisie de leur création. Ce rattachement éviterait la dissociation de la loi applicable à la création et aux effets des unions conjugales. Au contraire, il permettrait de soumettre la relation conjugale à une loi unique. La relation conjugale formalisée par l'intervention d'une autorité serait alors analysée, eu égard à sa dimension prospective et comme l'avait déjà proposé le Professeur Carlier dans sa thèse<sup>864</sup>, comme un tout englobant la création – c'est-à-dire les conditions de formation – mais également les effets – d'ordre personnel et patrimonial – ainsi que le relâchement – par la séparation, le divorce ou l'annulation – du lien conjugal. Ce rattachement apporterait ainsi une certaine cohérence au droit international privé du couple en ce qu'il permettrait l'application aux effets et à la dissolution de l'union conjugale de la loi qui a présidé à la formation du lien conjugal. Déjà retenu pour les partenariats enregistrés, eu égard à la spécificité de cette institution, l'extension de ce rattachement à l'ensemble des effets et à la dissolution du mariage mettrait fin à la diversification des règles de conflit actuellement applicables en la matière.

**450.** Ce rattachement présente l'avantage d'éviter les problèmes d'adaptation que suppose l'application d'une loi qui ne connaît pas l'institution à régir. Or, même si ce point est rarement remarqué, ces problèmes d'adaptation ne se posent pas seulement en matière de partenariats enregistrés ; ils se posent également en matière de mariage. Il est en effet problématique, pour le juge saisi d'une question relative aux effets ou à la dissolution d'un mariage homosexuel ou polygamique<sup>865</sup>, de lui appliquer une loi qui ne connaît pas cette institution et qui pourrait donc ne pas être techniquement adaptée à en régir les effets. La dissociation entre la loi applicable aux conditions de validité et aux effets de l'union suppose

---

<sup>864</sup> CARLIER (J.-Y.), *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992, spéc. p. 312, n°308.

<sup>865</sup> Ainsi dans l'affaire *Benddedouche* (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 1980), l'application des dispositions successorales françaises au mariage polygamique avait-elle supposé de diviser en deux le quart alloué en usufruit au conjoint survivant.

en effet de faire régir par une loi différente les effets d'une situation qui s'est constituée « en fonction de la conception de l'institution que retient la loi applicable à sa validité ».<sup>866</sup> C'est d'ailleurs pour éviter de tels problèmes que la réponse ministérielle du 26 juillet 2005 prévoyait de soumettre les effets personnels du mariage homosexuel valablement contracté à l'étranger à « la loi du pays du mariage », soit la loi de l'autorité ayant célébré le mariage.

**451.** Soumettre les effets des unions conjugales formelles à la seule loi de l'autorité saisie de leur création peut toutefois se révéler peu respectueux du principe de proximité selon lequel la loi appliquée à la situation juridique doit entretenir un lien étroit avec les parties. En effet, si, dans le cadre de notre proposition, les parties doivent posséder la nationalité de l'autorité saisie ou avoir leur résidence habituelle dans le ressort de celle-ci pour qu'elle soit internationalement compétente pour créer l'union conjugale, tel peut ne plus être le cas lors de la saisine du juge d'une question relative aux effets ou à la dissolution du lien conjugal. Afin d'éviter l'application d'une loi avec laquelle le couple n'entretient plus de lien significatif, les membres du couple devraient alors pouvoir choisir de soumettre les effets de leur union à une loi avec laquelle ils entretiennent une plus grande proximité. A ce titre, la loi de la résidence conjugale et la loi nationale commune devraient pouvoir être choisies par les membres du couple qui ne souhaiteraient pas voir les effets de leur union soumis à la loi de l'autorité l'ayant constituée. Une option de législation, dont il conviendra de détailler les modalités<sup>867</sup>, entre la loi de la résidence conjugale et celle de la nationalité commune pourrait alors être instaurée, tout en prévoyant, en l'absence de choix, un rattachement objectif à la loi appliquée par l'autorité saisie de leur création.

**452.** Dans le cadre de notre proposition, la loi de l'autorité constituerait donc le point de rattachement de principe applicable à la validité ainsi qu'aux effets des unions conjugales formelles. Une certaine place serait toutefois laissée à la loi de la résidence conjugale et à la loi nationale commune pour régir les effets des couples formels lorsqu'elles sont choisies par les membres du couple. Il convient donc désormais de s'assurer de la vocation du rattachement à la loi de la résidence conjugale en analysant sa nature exacte et son possible domaine d'application.

---

<sup>866</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 561. n°483.

<sup>867</sup> Cf. *infra* n°559s. sur la mise en œuvre de la loi applicable aux effets des unions conjugales formelles.

## SECTION II : LA VOCATION DE LA LOI DE LA RESIDENCE CONJUGALE

**453.** S'inspirant du récent rattachement à la loi de la résidence habituelle, la loi de la résidence conjugale présente une vocation particulièrement importante à régir le statut conjugal. Elle pourrait ainsi constituer, en complément de la loi de l'autorité saisie de la création de l'union et de la loi nationale commune des membres du couple, un facteur de rattachement pertinent en matière conjugale. D'une part, son caractère éminemment proximateur lui permettrait de compenser la rigidité du rattachement des effets des unions conjugales formelles à la loi de l'autorité saisie de leur création. D'autre part, en tant que loi du lieu de réalisation de la vie commune au terme de laquelle certains droits seront rétrospectivement reconnus aux concubins, la loi de la résidence conjugale constituerait certainement le rattachement le plus adéquat concernant les unions conjugales informelles.

**454.** Afin de se convaincre de la vocation de la loi de la résidence conjugale à régir les problèmes juridiques soulevés par les unions conjugales informelles ainsi que, dans une certaine mesure, les effets des unions conjugales formelles, il convient d'abord d'en déterminer la nature exacte (*I*) avant d'aborder son possible domaine d'application dans le cadre de l'adaptation du droit international privé du couple que nous proposons (*II*).

### **I. La nature de la loi de la résidence conjugale**

**455.** Le rattachement à la loi de la résidence conjugale constitue une adaptation, à la matière conjugale, du rattachement à la loi de la résidence habituelle. Ce dernier a connu une ascension fulgurante ces dernières années en droit international privé de la famille. Ce n'est donc qu'après avoir compris les raisons de l'utilisation accrue du rattachement à la loi de la résidence habituelle (*A*), que nous pourrions l'adapter au droit international privé du couple en proposant un rattachement à la loi de la résidence conjugale (*B*).

## A. Le rattachement plébiscité à la loi de la résidence habituelle

456. Le développement du rattachement à la loi de la résidence habituelle en droit international privé de la famille<sup>868</sup>, qu'il soit consacré dans des règles d'origine internes, européennes ou internationales, provient de l'inadaptation du rattachement à la loi du domicile. Ce dernier est en effet problématique pour deux raisons. D'une part, il s'agit d'une notion de droit d'acceptions diverses selon les Etats. L'opposition entre la conception retenue par les pays de *Common law* et celle retenue par les pays de *civil law* est à ce titre emblématique<sup>869</sup>. Le domicile est « tantôt envisagé comme un rattachement personnel à une souveraineté, tantôt comme un rattachement simplement territorial envisagé à un moment donné »<sup>870</sup>. Autrement dit, le rattachement à la loi du domicile est parfois analysé comme un lien horizontal d'appartenance, parfois comme un lien vertical de soumission. D'autre part, ce rattachement brouille les frontières entre la définition interne du domicile et sa définition internationale. Ainsi, s'agissant du droit français, la jurisprudence s'est-elle référée aux articles 102 et suivants du Code civil pour la détermination du domicile dans les rapports internationaux. Le domicile renvoie alors en droit international privé français au lieu où l'individu a son principal établissement, entendu comme le lieu où il réside et dont il a l'intention de faire le centre de ses intérêts<sup>871</sup>. La jurisprudence fait toutefois preuve d'un certain fonctionnalisme<sup>872</sup> dans sa détermination afin d'adapter ce rattachement aux finalités de la règle de droit applicable<sup>873</sup>. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle estimé que le domicile commun des conjoints, pour la détermination de la loi applicable aux effets du mariage, devait être entendu comme « un établissement effectif dans le même pays »<sup>874</sup>.

---

<sup>868</sup> V. RICHEZ-PONS (A.), *La résidence habituelle en droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois)*, thèse, Lyon III, 2004.

<sup>869</sup> V. en ce sens LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 221, n°232.

<sup>870</sup> AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, n°204, p. 193.

<sup>871</sup> V. MUIR-WATT (H.), « Le domicile dans les rapports internationaux », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 543-10.

<sup>872</sup> Le développement du rattachement à la loi de la résidence s'inspire d'ailleurs dans une certaine mesure des bienfaits – analysés par d'autres comme des dangers – de l'interprétation fonctionnaliste du domicile international.

<sup>873</sup> La jurisprudence a ainsi notamment exclu les domiciles de dépendance dans la détermination du domicile attributif de compétence législative.

<sup>874</sup> Cass. civ. 15 mai 1961, *Tarwid* ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1961, p. 547s. ; note GOLDMAN (B.), *JDI*, 1961, p. 734s. et Cass. civ. 30 octobre 1967, *Yechilzuke* ; note FOYER (J.), *RCDIP*, 1969, p. 479s.



**457.** Le rattachement à la loi du domicile est aujourd'hui grandement concurrencé, si ce n'est purement remplacé, par le rattachement à la loi de la résidence habituelle. Apparu dans les conventions de La Haye dès la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, et repris par de nombreux règlements européens<sup>875</sup>, le critère de la résidence habituelle « a progressivement gagné de l'importance au point de prétendre accéder au rattachement primordial »<sup>876</sup>. Ce rattachement permet en effet de dégager une notion de droit international privé « à la fois plus autonome par rapport aux droits internes et plus distante de la notion de nationalité »<sup>877</sup>. La distinction entre la loi du domicile et celle de la résidence habituelle est cependant subtile et parfois confuse<sup>878</sup>. Classiquement, le rattachement à la loi du domicile présente, contrairement à la résidence habituelle, une dimension volontaire. Ainsi la résolution du Conseil des Ministres relative à l'unification des concepts juridiques de domicile et de résidence précise-t-elle que « le concept de domicile implique un lien de droit entre une personne et un pays [qui] résulte du fait que cette personne établit ou maintient volontairement sa résidence unique ou principale dans ce pays ou en ce lieu, avec l'intention d'en faire et d'y maintenir le centre de ses intérêts personnels, sociaux et économiques »<sup>879</sup>. Le domicile impliquerait donc un lien volontaire entre un individu et un Etat d'établissement prépondérant, tandis que la résidence habituelle serait déterminée objectivement selon des critères de fait tenant à la durée de l'établissement. Le caractère factuel de cette notion serait donc « exclusif de toute recherche divinatoire d'intention »<sup>880</sup>.

**458.** Toutefois, une recherche d'intention ne peut totalement être évitée dès lors que l'effectivité et la stabilité de la résidence sont exigées. En effet, si l'intention de la personne

---

<sup>875</sup> Ce rattachement trouve ainsi une place de choix dans les règlements dits Rome III mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Bruxelles II bis relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, Succession 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 et Aliments relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

<sup>876</sup> D'AVOUT (L.), « La lex personalis : entre nationalité, domicile et résidence habituelle », *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 22.

<sup>877</sup> CARLIER (J.-Y.), *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992, p. 262, n°245.

<sup>878</sup> Ainsi, le projet de convention de 1955 visant à résoudre les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, qui n'entra pas en vigueur faute de ratifications suffisantes, définissait-il dans son article 5 le domicile comme « le lieu où la personne réside habituellement ».

<sup>879</sup> Article 1<sup>er</sup> de la résolution (72) 1 relative à l'unification des concepts juridiques de domicile et de résidence adoptée par le Comité des ministres le 16 janvier 1972 lors de la 206<sup>ème</sup> réunion des Délégués des Ministres.

<sup>880</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°137, p. 171.

quant au maintien de son établissement ne rentre pas dans le cadre de la définition de la résidence habituelle, elle est compensée par l'habitude et constitue ainsi un facteur à prendre en considération dans la détermination de celle-ci. Le caractère habituel de la résidence implique en effet de prendre en compte des éléments révélateurs de liens stables entre la personne et un établissement. Si l'élément intentionnel n'est donc pas une condition explicite dans la détermination de la résidence habituelle, l'exigence d'un séjour réel et stable en fait une condition implicite. Dès lors, une « détermination fonctionnelle du domicile et qualitative de la résidence habituelle rapprochent singulièrement les deux notions, au point de les confondre »<sup>881</sup>. Ce constat est d'ailleurs renforcé par la définition ambiguë donnée par la Cour de cassation, dans son arrêt du 14 décembre 2005, à la notion de la résidence habituelle au sens du règlement Bruxelles II bis. Selon la Cour, la résidence habituelle doit être entendue 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 »<sup>882</sup>. Autrement dit, elle renvoie à la définition du domicile alors même que ces deux notions sont censées reposer sur des considérations théoriques différentes conférant au rattachement à la loi de la résidence habituelle une nature propre.

**459.** Le rattachement à la loi de la résidence habituelle présente une spécificité par rapport au rattachement à la loi du domicile. Il s'agit en effet d'un rattachement réaliste qui ne se déduit pas « d'une volonté isolée ou d'une fiction légale contraire à la réalité de la situation »<sup>883</sup>. L'ajout de l'adjectif « habituel » à la notion de résidence vise d'ailleurs à s'assurer qu'il ne s'agit pas d'une demeure simplement éphémère ou épisodique ou d'une présence fortuite de l'individu sur un territoire. Il s'agit donc d'un instrument de localisation qui traduit l'intégration de la personne dans son milieu social. Ce rattachement constitue ainsi une rupture idéologique majeure par rapport au rattachement d'autorité à la loi nationale et à la loi du domicile d'origine. Par la résidence habituelle, l'idée ancienne d'allégeance d'un individu à un Etat « fait place, pour des raisons pragmatiques, à celle de localisation matérielle et de proximité »<sup>884</sup>, à un véritable sentiment d'appartenance<sup>885</sup>. Ce rattachement

---

<sup>881</sup> HUNTER-HENIN (M.), *Pour une rédefinition du statut personnel*, PUAM, 2004, p. 361.

<sup>882</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2005 ; note GALLMEISTER (I), D. 2006, p. 12s. ; note COURBE (P) et JAULT-SESEKE (F.), D. 2006, p. 1502s.

<sup>883</sup> HUNTER-HENIN (M.), *Pour une rédefinition du statut personnel*, PUAM, 2004, p. 361.

<sup>884</sup> AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, n°208, p. 195. V également D'AVOUT (L.), « La *lex personalis* : entre nationalité, domicile et résidence habituelle », *Mélanges*

de localisation objective permet la désignation de la loi du milieu de vie de l'individu<sup>886</sup>. Il s'agit donc d'un rattachement « de commodité et du moment »<sup>887</sup> adapté aux exigences d'une vie de moins en moins sédentaire<sup>888</sup>.

**460.** « Enfant prometteur »<sup>889</sup>, le rattachement à la loi de la résidence habituelle connaît un vif succès en droit international privé de la famille. Il connaît cependant, et notamment dans les systèmes juridiques de *Common law*, une vie fort troublée par des interprétations divergentes. En effet, le caractère empirique, factuel, voire fluctuant du rattachement à la résidence habituelle fait qu'il ne présente qu'une définition fuyante et casuistique. La flexibilité de cette notion ne résulte toutefois pas tant de sa nature indéfinie que de son fonctionnalisme. Ce dernier impose en effet de modeler le critère « en fonction du contexte légal où il intervient et des objectifs de politique juridique qui le sous-tendent »<sup>890</sup>. Le caractère factuel de la notion de résidence habituelle n'est donc pas nécessairement un inconvénient, il est inhérent à son fonctionnalisme. Comme le relève Jean-Yves Carlier, « l'imprécision limitée d'un concept peut faire sa richesse. N'est-ce pas la meilleure façon de l'adapter d'une part aux faits, d'autre part à des ordres juridiques différents ? N'est-ce pas cette latitude qui donne au concept son efficacité ? »<sup>891</sup>.

**461.** Même au sein de l'Union européenne où le rattachement à la loi de la résidence habituelle sert de « pivot fédérateur des compétences juridictionnelle et législative »<sup>892</sup>, celui-ci ne présente pas de définition autonome valable pour l'ensemble des règles d'origine

---

*en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 29 : « le fondement de la proximité a ainsi pris le pas sur celui de la souveraineté ».

<sup>885</sup> AUDIT (B.), « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 53.

<sup>886</sup> Ainsi le considérant n°12 du règlement Bruxelles II bis dispose-t-il que « les règles de compétence établies par le présent règlement en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et en particulier du critère de proximité. Ce sont donc en premier lieu les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle qui devraient être compétentes, sauf dans certains cas de changement de résidence de l'enfant ou suite à un accord conclu entre les titulaires de la responsabilité parentale ».

<sup>887</sup> AUDIT (B.), « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 52.

<sup>888</sup> McELEVAY (P.), « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de Common Law », *TCFDIP*, 2008-2010, Pedone, 2011, p. 127s.

<sup>889</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>890</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>891</sup> CARLIER (J.-Y.), *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992, p. 204, n°185.

<sup>892</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n°135, p. 169.

européenne. Il est interprété *in concreto*, c'est-à-dire en fonction des considérations d'espèce et de l'objectif poursuivi par le texte dans lequel il est contenu et au regard de la situation qu'il entend réglementer. C'est ainsi que la Cour de Justice de l'Union européenne a donné une définition de la notion de résidence au sens du règlement Bruxelles II bis dans un arrêt du 2 avril 2009<sup>893</sup>. Selon la Cour, la résidence se situe « au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial ». Cette définition large lui permet de préciser les éléments à prendre en compte par le juge national dans la détermination de la résidence habituelle de l'enfant<sup>894</sup>. Elle rappelle également le caractère factuel et fonctionnel de ce rattachement en concluant qu'il « appartient à la juridiction nationale d'établir la résidence habituelle de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières à chaque cas d'espèce ». Les considérants n°23 et 24 du règlement dit Succession<sup>895</sup> donnent également des indications quant aux éléments à prendre en compte dans la détermination de la résidence habituelle du défunt en fonction des objectifs spécifiques dudit règlement<sup>896</sup>. Il semble donc que c'est « en incorporant, de manière transparente, certaines spécifications techniques que la nature factuelle de la résidence pourra être garantie et son utilité préservée »<sup>897</sup>.

**462.** Distinct du rattachement à la loi du domicile, le rattachement à la loi de la résidence habituelle constitue donc un rattachement particulièrement pertinent en droit international privé contemporain. Il s'agit en effet d'un rattachement réaliste et de proximité permettant la désignation objective du milieu de vie de l'individu. Son caractère fonctionnel nous permettra désormais de l'adapter à la réglementation des problèmes juridiques soulevés

---

<sup>893</sup> CJUE, 2 avril 2009, A, -Aff C-523/07, note GALLANT (E.), *RCDIP*, 2009, p. 791s, note JAULT-SESEKE (F.), *D.* 2010, p. 1593s.

<sup>894</sup> La cour de justice de l'union européenne renvoie ainsi à « la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire de l'Etat membre et du déménagement de la famille dans cet Etat, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation et les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit Etat ».

<sup>895</sup> Règlement (UE) du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen

<sup>896</sup> Ainsi le considérant 23 prévoit-il que « afin de déterminer la résidence habituelle, l'autorité chargée de la succession devrait procéder à une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence. La résidence habituelle ainsi déterminée devrait révéler un lien étroit et stable avec l'État concerné, compte tenu des objectifs spécifiques du présent règlement ».

<sup>897</sup> McELEVY (P.), « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de Common Law », *TCFDIP*, 2008-2010, Pedone, 2011, p. 138.

par les unions conjugales en droit international privé en proposant un rattachement à la loi de la résidence conjugale.

## **B. Le rattachement proposé à la loi de la résidence conjugale**

**463.** Inspirée du rattachement à la loi de la résidence habituelle, la loi de la résidence conjugale est un rattachement fonctionnel. Ce n'est donc qu'après avoir déterminé les objectifs poursuivis par la règle de droit à laquelle il entend s'intégrer qu'il conviendra de moduler sa détermination.

**464.** Le caractère fonctionnel du rattachement à la loi de la résidence conjugale suppose de soumettre sa détermination aux objectifs poursuivis par la règle de conflit à laquelle il s'intégrera. Il convient alors de préciser les objectifs visés par l'adaptation du droit international privé du couple que nous proposons. D'une part, le rattachement à la loi de la résidence conjugale doit permettre de compenser la rigidité du rattachement à la loi de l'autorité saisie de la création de l'union proposée comme applicable à la validité et aux effets des unions conjugales formelles. Il doit ainsi permettre aux membres de l'union conjugale formelle de choisir une loi avec laquelle ils entretiennent une forte proximité commune. D'autre part, ce rattachement doit permettre de déterminer l'ordre juridique du lieu de réalisation de la vie commune au terme de laquelle certains droits seront rétroactivement reconnus aux unions conjugales informelles. Il doit donc être réaliste et relativement stable afin d'éviter que les questions juridiques soulevées par les unions conjugales informelles ne se trouvent soumises à une loi autre que celle du lieu de réalisation effective de leur vie conjugale. Ce rattachement doit enfin permettre de désigner une loi unique applicable au lien conjugal. Le rattachement à la loi de la résidence conjugale ne se confond donc pas avec la loi de la résidence habituelle des membres du couple. En effet, si la vie commune est présentée comme le dénominateur commun aux différentes formes de conjugalité, tous les couples n'ont pas l'obligation de vivre ensemble. L'article 108 du Code civil précise ainsi que les conjoints peuvent avoir un domicile distinct, et *a fortiori* une résidence habituelle distincte, sans pour autant qu'il ne soit porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie. Dès lors, afin de déterminer une loi unique applicable aux effets de l'union conjugale et, partant, d'éviter les

conflits positifs de rattachement, ce rattachement devrait désigner, de manière concrète, l'ordre juridique dans lequel la vie conjugale se matérialise et se déroule effectivement.

**465.** Le rattachement à la loi de la résidence conjugale est un instrument de localisation objective. Sa détermination ne dépend donc pas de la volonté des membres du couple de voir leur vie conjugale se réaliser dans un pays donné. En effet, cette volonté peut être divergente et s'il est acquis que la recherche d'une volonté unique est complexe, celle d'une volonté plurielle est certainement divinatoire. Il doit alors renvoyer au lieu de réalisation effective de la vie commune sans qu'un élément intentionnel ne soit inclus dans sa définition. Sa détermination est également factuelle et il appartiendra à l'autorité requise de mettre en œuvre cette règle de conflit d'analyser, en considération des éléments de faits qui lui sont soumis, la situation du couple. Partant, ce rattachement doit permettre de désigner la loi du pays dans lequel la vie conjugale se réalise, dans lequel la vie commune se localise de manière prépondérante<sup>898</sup>. Autrement dit, ce rattachement doit rendre applicable la loi du pays dans lequel se développent les attaches affectives et matérielles du couple et où s'exécutent les obligations découlant de leur communauté de vie. La détermination de ce rattachement suppose donc une analyse objective et factuelle de la situation du couple afin de soumettre leurs problèmes juridiques à la loi de l'ordre juridique qui correspond au centre de gravité de leur union. Si l'adjectif « habituel » n'est pas accolé à la notion de résidence conjugale, la stabilité – par l'habitude et le séjour prolongé – fait intrinsèquement partie de la notion de résidence. La détermination objective et réaliste de la résidence habituelle et l'absence de prise en compte d'un élément intentionnel permet ainsi d'éviter les cas de fraude à la loi. Il ne peut en effet y avoir de modification artificielle et intentionnelle du point de rattachement lorsque la détermination de celui-ci est soumise à une analyse factuelle et concrète visant à déterminer l'ordre juridique dans lequel la vie conjugale se déroule effectivement<sup>899</sup>. Ne s'agissant pas d'un facteur de rattachement fixe, l'hypothèse d'un conflit mobile peut toutefois survenir en cas de changement de résidence conjugale et il conviendra alors de résoudre ce conflit<sup>900</sup>.

---

<sup>898</sup> Ce rattachement a d'ailleurs été retenu par l'article 29 de la loi italienne n°218 du 31 mai 1995 réformant le système de droit international privé.

<sup>899</sup> Sur l'exclusion de la fraude à la loi dans le cadre de notre proposition, *cf. infra* n° 669s.

<sup>900</sup> Sur la résolution proposée du conflit mobile dans l'application de la loi de la résidence conjugale, *cf. infra* n° 652s.

**466.** Le rattachement à la loi de la résidence conjugale que nous proposerons constitue donc une adaptation, à la matière conjugale, du rattachement à la loi de la résidence habituelle retenu par la plupart des nouvelles règles de conflit de lois applicables en la matière. L'analyse de la nature de ce rattachement nous aura ainsi permis de mettre en exergue ses caractères fonctionnel, objectif et factuel qui lui permettraient de rendre applicable la loi de l'ordre juridique dans lequel la vie conjugale se matérialise et se déroule effectivement. Il convient désormais de déterminer son possible champ d'application dans le cadre de l'adaptation proposée du droit international privé du couple.

## **II. Le domaine d'application de la loi de la résidence conjugale**

**467.** Dans le cadre de notre proposition, la loi de la résidence conjugale précédemment déterminée devrait constituer le rattachement de principe des unions conjugales informelles (*A*). Dans une certaine mesure, cette loi pourrait également régir les effets des unions formelles (*B*).

### **A. Le rattachement des unions conjugales informelles à la loi de la résidence conjugale**

**468.** Dénués de qualification propre en droit international privé, les problèmes juridiques que soulèvent les membres d'une union conjugale informelle sont actuellement résolus en fonction de la catégorie à laquelle appartiennent ces problèmes selon leur nature. L'union informelle est alors considérée comme un pur fait et les problèmes qu'elle est susceptible de soulever sont résolus par référence au droit commun des contrats, des délits, des biens, etc.<sup>901</sup>. Cette manière de procéder revient à faire abstraction de l'intégration des concubins dans une relation durable<sup>902</sup> en les considérant comme deux personnes étrangères l'une à l'autre et, partant, à nier toute spécificité à cette relation conjugale qui, bien

---

<sup>901</sup> A ce titre, les mécanismes de la société créée de fait et de l'enrichissement sans cause sont notamment utilisés pour liquider les intérêts pécuniaires des concubins, même si la Cour de cassation entend en limiter l'utilisation. Sur la question, v. notamment LARRIBEAU-TERNEYRE (V.), « Enrichissement sans cause et société de fait ne sont pas les mamelles du concubinage », *Dr Famille* 2010, comm. n°3.

<sup>902</sup> Selon l'expression utilisée par MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, n°569, p. 397.

qu'informelle, est pourtant génératrice de droits et d'obligations pour les intéressés. L'absence de règles de conflit de lois spécialement applicables aux unions conjugales informelles est donc discutable.

**469.** D'autres auteurs ont avant nous plaidé pour l'instauration d'une règle de conflit applicable aux unions conjugales informelles. Les travaux du Professeur Pierre-Yves Gautier sur l'union libre en droit international privé sont à ce titre pionniers<sup>903</sup>. L'auteur proposait en effet d'ériger l'union libre en une catégorie de rattachement autonome, emprunte des rattachements applicables aux effets du mariage, soit la loi nationale commune ou, pour les couples mixtes, la loi du domicile commun<sup>904</sup>. Alain Devers a également proposé, en réalisant une étude de droit comparé d'envergure, de rattacher la cohabitation hors-mariage à la loi nationale commune des cohabitants ou, à défaut, à la loi de leur domicile commun ou, à défaut, à la loi de leur résidence habituelle ou, à défaut, à la loi du for<sup>905</sup>.

**470.** Ces auteurs justifient la vocation prioritaire de la loi nationale sur la loi du domicile commun ou de la résidence commune par le fait que ce rattachement garantirait la permanence de la loi applicable à la relation hors mariage malgré les déplacements successifs des couples sur le territoire de différents Etats<sup>906</sup>. Or, la permanence abstraite de la loi applicable à l'union informelle semble se justifier soit par l'objectif de permanence concrète du statut de l'individu<sup>907</sup>, soit par l'objectif de « permanence de l'autorité de l'Etat sur ses sujets »<sup>908</sup>. Nous considérons pourtant qu'en matière d'unions informelles, ni le principe de souveraineté – parce que l'Etat n'a pas entendu imposer ici un statut juridique contraignant – ni l'objectif de continuité concrète du statut conjugal – parce qu'aucun statut conjugal n'a volontairement été acquis par les membres du couple – ne devrait guider le choix de la loi

---

<sup>903</sup> GAUTIER (P.-Y.), *L'union libre en droit international privé, étude de droit positif et prospectif*, Paris I, 1986 et « Les couples internationaux de concubins », *RCDIP* 1991, p. 525s.

<sup>904</sup> V. également en ce sens GAUDEMET-TALLON (H.), « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, vol. 226, 1991, n°167. L'auteur considère en effet que la loi applicable à la rupture d'une union libre doit être celle applicable aux effets du mariage et non celle applicable au divorce.

<sup>905</sup> DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004. L'auteur distingue, au sein du concubinage, les partenariats enregistrés et la cohabitation hors-mariage pour lesquelles il propose, comme nous, deux règles de conflit différentes.

<sup>906</sup> V. DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 177.

<sup>907</sup> Sur la distinction entre la permanence concrète et abstraite et sur la nécessité d'une coordination concrète des ordres juridiques nationaux, cf. *supra* n°201s.

<sup>908</sup> PATAUT (E.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions : étude de droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1999. p. 41.



applicable. Ce besoin de permanence de la loi applicable n'est en effet pas justifié en matière d'unions conjugales informelles dont la reconnaissance découle seulement d'une vie commune passée. L'absence de formalisation de ces unions – qui exprime souvent le choix « d'un mode d'existence aussi libéré que possible des contraintes législatives »<sup>909</sup> – n'impose pas d'exigence de continuité de leur union. C'est justement la formalisation de l'union, par l'effet constitutif de l'intervention d'une autorité, qui rend ce besoin légitime. La loi nationale commune des membres de l'union informelle n'a donc pas, selon nous, de vocation particulière à régir les effets de cette union.

**471.** Dans le cadre de notre proposition, les problèmes juridiques soulevés par les unions conjugales informelles devraient alors être rattachés à la seule loi de la résidence conjugale. Il y aurait ainsi une règle de conflit unique applicable aux nombreux problèmes soulevés par ces unions au lieu de l'actuelle diversité des rattachements applicables en fonction de la qualification donnée au problème principal. Une telle démarche vise à instaurer une certaine cohérence et harmonie au sein de la réglementation internationale des unions conjugales en prenant en compte la relation stable dans laquelle se trouvent les membres d'une union informelle. L'existence de cette union et les effets qui pourront en découler devraient en effet dépendre de la loi du lieu de réalisation de leur vie commune passée au terme de laquelle certains droits seront reconnus. L'ordre juridique ayant la plus grande vocation à déterminer les conséquences de la vie commune des couples informels est celui de leur résidence conjugale, « du lieu où se déroule la situation de cohabitation »<sup>910</sup>. La cohabitation constitue en effet la toile de fond des unions conjugales informelles en ce que leur reconnaissance juridique sera déduite de l'effectivité de cette cohabitation. Le remplacement de la loi du domicile commun par la loi de la résidence conjugale semble donc judicieux en ce qu'un tel rattachement n'implique pas de rechercher une volonté conjointe de s'établir durablement dans un lieu déterminé. Elle renvoie simplement à la loi du lieu de réalisation effective de la vie conjugale « qui localise, de manière prépondérante, leur relation dans un Etat »<sup>911</sup>.

---

<sup>909</sup> LAGARDE (P.), « Compte rendu d'un article de SARVECIC (M. P.) », *RCDIP*, 1981, p. 831.

<sup>910</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 174

<sup>911</sup> DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 178.

**472.** Le rattachement des unions conjugales informelles à la loi de la résidence conjugale que nous proposons d'adopter est d'ailleurs conforme à la pratique actuelle. En effet, celle-ci rattache le plus souvent les problèmes soulevés par le concubinage à la loi de la résidence habituelle rendue compétente « d'une manière ou d'une autre : soit à l'un de ces titres, soit en tant que lieu de survenance des faits ou de localisation des biens »<sup>912</sup>. Ce rattachement nous semble d'autant plus judicieux que la résidence habituelle est souvent une condition pour bénéficier des droits sociaux découlant de telles unions.

**473.** Le rattachement à la loi de la résidence conjugale correspond également à l'analyse théorique de l'union informelle comme un fait juridique « localisé au lieu de sa survenance, c'est-à-dire au lieu de la cohabitation, donc au lieu de la résidence habituelle du couple »<sup>913</sup> qui semble être la seule à avoir été retenue par la jurisprudence<sup>914</sup>. Ce rattachement rejoint donc l'analyse traditionnelle du concubinage qui conduit à ranger cette relation dans la catégorie des faits juridiques pour la soumettre à la loi locale de la vie commune. En effet, « la cohabitation reste un fait qu'il semble approprié de faire régir par la loi du pays où il se produit, c'est-à-dire par la loi de la résidence habituelle du couple non marié »<sup>915</sup>. Précisons enfin, au titre du droit comparé, que le rattachement des conditions et des effets des unions informelles à la loi de la résidence habituelle commune des concubins a été adopté par l'article 58 du Code civil de la région de Macao<sup>916</sup>.

**474.** La loi de la résidence conjugale devrait donc constituer le facteur de rattachement de principe applicable aux questions juridiques soulevées par les unions conjugales informelles. Elle est en effet la loi du lieu de réalisation effective de la vie conjugale au terme de laquelle certains droits seront rétrospectivement reconnus à ces unions. Eu égard à ses mérites, et notamment à la forte proximité qu'elle présente avec le couple, la

---

<sup>912</sup> AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 627.

<sup>913</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 162.

<sup>914</sup> V. TGI Paris, 21 novembre 1983 ; note LAGARDE (P.) *RCDIP* 1984, p. 628s.: « à considérer la cohabitation en elle-même [...], il s'agit de faits dont les effets juridiques doivent s'apprécier conformément à la loi du pays où ils se sont produits ». Les juges avaient alors soumis à la loi française les effets de la rupture du concubinage dans une banque portugaise située en France.

<sup>915</sup> BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> ed. 1993, t. II, n°417.

<sup>916</sup> Cité par DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 180 n°283.

loi de la résidence conjugale pourrait également être choisie par les membres d'une union conjugale formelle pour régir les effets de leur union.

## **B. Le rattachement des effets des unions conjugales formelles à la loi de la résidence conjugale**

**475.** Afin d'éviter d'appliquer aux effets d'une union conjugale formelle la seule loi de l'autorité saisie de sa création, qui peut ne plus véritablement entretenir de lien significatif avec les membres du couple, ces derniers devraient pouvoir opter pour l'application d'une loi avec laquelle ils entretiennent une proximité certaine. Les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux des unions conjugales formelles, y compris les règles relatives à leur dissolution, pourraient alors également être rattachés à la loi de leur résidence conjugale ou à leur loi nationale commune. En effet, la loi nationale des membres du couple, lorsqu'elle leur est commune, garde sa vocation à régir les effets de leur union puisqu'elle constitue alors une loi présentant une proximité certaine et commune avec ces derniers.

**476.** L'ouverture d'une option de législation en matière d'effets des unions conjugales formelles n'est pas particulièrement novatrice par rapport aux règles actuellement prévues en matière d'effets du mariage et en matière de divorce. Les effets patrimoniaux du mariage font d'ores et déjà, conformément à la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, l'objet d'une option de législation que reprennent les règlements européens relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Cette technique est également prévue en ce qui concerne la prestation compensatoire en application du protocole de La Haye du 23 novembre 2007, applicable au sein des Etats membres de l'Union européenne par renvoi de l'article 15 du règlement européen du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Cette technique a aussi été consacrée en matière de divorce par l'article 5 du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Or, ces *optio juris* accordent toutes une place de choix à la loi de la résidence habituelle commune des époux et à la loi de leur nationalité commune.

477. Si la possibilité offerte aux époux d'opter pour la loi de leur résidence conjugale ou de leur nationalité commune en ce qui concerne certains effets du mariage est déjà chose possible, cette proposition est cependant novatrice en ce qui concerne les effets, autres que patrimoniaux, des partenariats enregistrés. En effet, en raison de la spécificité de cette institution et de l'hétérogénéité de ses effets, ces derniers sont uniquement soumis à la loi de l'autorité en droit international privé français. Pourtant, comme le relève Alain Devers, soumettre les effets des partenariats enregistrés « à une autre loi que celle de l'enregistrement n'est ni une complication inutile ni une trahison de l'attente des partenaires »<sup>917</sup>. On ne voit en effet pas pourquoi le rattachement à la loi d'enregistrement devrait « se voir reconnaître un intérêt primordial à gouverner toute la vie commune du couple alors que les conjoints ou les partenaires sont repartis chez eux, au lieu de la résidence habituelle »<sup>918</sup>. Offrir aux partenaires, en plus de la compétence de principe accordée à la loi de l'autorité, la possibilité de choisir la loi de leur résidence conjugale ou de leur nationalité commune pour régir les effets de leur partenariat, à l'instar de la solution retenue par le règlement 2016/1104 quant aux effets patrimoniaux, n'est pas impossible. Au contraire, l'ouverture d'une telle option de législation constituerait le reflet, en droit international privé, de la liberté qui leur est accordée en droit interne. Il est souvent avancé que « rattacher les effets du partenariat à la loi de la résidence des partenaires impliquerait qu'ils puissent passer d'un statut à un autre au gré de leurs déplacements ou pire, se retrouver soumis à une loi qui ignore l'institution »<sup>919</sup>. Toutefois, les problèmes d'adaptation-transposition que posera la dissociation du rattachement de la formation des unions conjugales formelles et de ses effets dans l'hypothèse où la loi de la résidence conjugale ou de la nationalité commune ne connaîtrait pas l'institution à régir seront tempérés par la compétence objective accordée à la loi de l'autorité saisie de leur création. En effet, cette loi prévoit nécessairement des effets au lien conjugal qu'elle a configuré.

---

<sup>917</sup> DEVERS (A.), « La loi applicable au régime patrimonial des partenariats enregistrés », in *La séparation des couples internationaux, Droit et patrimoine*, n° 181, mai 2009. Contrairement à l'auteur, nous estimons que ces considérations s'appliquent également aux effets autre que ceux de nature patrimoniale. Pour un avis contraire, v. KESSLER (G.), *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005.

<sup>918</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 258.

<sup>919</sup> KESSLER (G.), « Partenariat enregistré », *Rep. droit international*, Dalloz, mars 2012, n°26.

**478.** Du reste, le choix de la loi de la résidence conjugale présenterait comme avantage d'assurer un lien entre compétence législative et compétence juridictionnelle. En effet, s'il n'est pas garanti que la loi de la résidence conjugale corresponde à la *lex fori*, les chefs de compétence directe retenus pour déterminer les juridictions compétentes pour se prononcer sur les effets d'une union conjugale formelle favorisent cette hypothèse. A ce titre, l'article 3 du règlement Bruxelles II bis prévoit que sont prioritairement compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce ou à la séparation de corps les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve la résidence habituelle des époux ou de la dernière résidence habituelle dans la mesure où l'un d'eux y réside encore. Ce chef de compétence a également été repris par les articles 5 et 6 des règlements européens relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Enfin, l'article 1070 du Code de procédure civile prévoit que le juge aux affaires familiales territorialement compétent est le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille. Cette règle rend le juge français compétent dès lors que la résidence de la famille, qui correspondra dans la grande majorité des cas à la résidence conjugale, se trouve en France.

**479.** La loi de la résidence conjugale a donc vocation à être le facteur de rattachement de principe applicable aux questions juridiques soulevées par les unions conjugales informelles et à constituer un rattachement subjectif applicable aux effets des unions conjugales formelles. A l'instar de la loi nationale commune qui maintient ici une vocation à s'appliquer, la loi de la résidence conjugale pourrait en effet être choisie par les membres du couple pour régir les effets de leur union. Il conviendra alors d'analyser, dans le cadre de la mise en œuvre pratique de l'adaptation proposée du droit international privé du couple, comment cette option de législation pourrait fonctionner ainsi que de déterminer la loi applicable en l'absence de choix.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**480.** Il ressort de nos développements que les lois présentant la plus grande vocation à régir les questions juridiques soulevées par les différentes formes de conjugalité intégrées à la nouvelle catégorie de rattachement proposée sont, outre la loi nationale commune des membres du couple, la loi appliquée par l'autorité ayant constituée l'union conjugale et la loi de la résidence conjugale. Ces facteurs de rattachement, désignant des lois présentant une proximité certaine et commune avec les membres du couple, apporteraient une meilleure cohérence au sein des règles applicables aux couples en droit international privé et assureraient une continuité concrète des unions conjugales formelles. Ils répondraient ainsi aux problèmes soulevés par les nouvelles formes de conjugalité par une vision renouvelée des règles de conflit classiques en adéquation avec les évolutions de la société contemporaine.

**481.** La loi appliquée à l'union conjugale formelle par l'autorité compétemment saisie de sa création aurait ainsi vocation à régir les questions relatives à la validité et, dans une certaine mesure, aux effets de celle-ci. Ce rattachement, à la nature hybride, constitue une adaptation de la méthode conflictuelle classique à l'évolution libérale que connaît le droit international privé contemporain et répond aux objectifs de la méthode de la reconnaissance. Il confère en effet aux couples une liberté de choix, limitée par la détermination de la compétence internationale de l'autorité saisie, de la loi applicable à leur union tout en leur garantissant la continuité de leur statut conjugal.

**482.** Afin de compenser la rigidité du rattachement à la loi de l'autorité, la loi de la résidence conjugale – rattachement proximiste désignant de manière objective et factuelle l'ordre juridique dans lequel se déroule et se matérialise la vie commune – pourrait être préféré par les membres de l'union conjugale formelle pour en régir les effets. Ce rattachement aurait également vocation à régir les conséquences de la vie commune des unions informelles afin de soumettre les effets qui pourront rétrospectivement en découler à la loi du lieu de réalisation de leur vie conjugale.

**483.** Enfin, si le rattachement à la loi nationale, quand bien même serait-elle commune aux membres du couple, n'est pas pertinent quant à la validité des unions

conjugales formelles – et devrait donc être supplanté par le rattachement à la loi de l'autorité compétemment saisie de leur création – ce rattachement retrouve de sa pertinence quant à leurs effets. Il permet en effet la désignation d'une loi qui présente une proximité avec les membres du couple, ce qui est l'un des objectifs attribués à la règle de conflit de lois proposée. La loi nationale commune des membres de l'union conjugale formelle conserve donc sa vocation à régir, dans une certaine mesure, les effets de celle-ci.

## CONCLUSION DU TITRE I

**484.** Le cadre théorique de l'adaptation proposée du droit international privé du couple met en exergue la nécessité d'instaurer une nouvelle catégorie de rattachement englobant les différentes formes de conjugalité. Fondée sur la notion juridique de couple, cette catégorie constituerait une sous-catégorie du statut personnel qui pourrait se présenter sous la forme d'un statut conjugal. Le respect du pluralisme conjugal suppose toutefois d'établir, au sein de cette nouvelle catégorie de rattachement, une distinction entre les couples formels – dont l'union a été formalisée par l'intervention d'une autorité en vue d'en déterminer les effets à venir – et les couples informels – dont l'union ne repose pas sur un acte constitutif d'état mais sur une reconnaissance rétrospective de leur vie commune.

**485.** La différence entre la règle de conflit de lois applicable aux unions formelles et celle applicable aux unions informelles s'explique par la différence des objectifs de rattachement retenus pour chacune d'elles. La règle de conflit de lois régissant la formation des unions conjugales formelles doit selon nous assurer une continuité concrète du statut conjugal acquis par les intéressés. Autrement dit, le statut conjugal acquis par les membres du couple dans un Etat doit être reconnu dans les autres Etats dans lesquels ils souhaiteraient s'installer. Le rattachement de la validité des unions conjugales formelles doit donc répondre à cet objectif de continuité. C'est ce que nous semble pouvoir faire le rattachement à la loi de l'autorité saisie de leur création.

**486.** Si la règle de conflit régissant les effets des unions conjugales formelles n'est pas étrangère à cet objectif de continuité, elle doit également assurer la désignation d'une loi qui entretient une certaine proximité avec les membres du couple. Or, il se peut que la loi appliquée par l'autorité saisie de la création de l'union ne présente plus qu'un rapport distant avec les membres du couple lorsqu'une question relative aux effets ou à la dissolution de leur union se posera. Il convient donc de laisser une place à la loi de la résidence conjugale ainsi qu'à la loi nationale commune qui présentent toutes deux une proximité certaine et commune avec les membres du couple. Face à l'égale vocation de ces lois à régir le rapport de droit, la désignation autoritaire de l'une d'entre elles n'aboutirait qu'à une proximité abstraitement déterminée. C'est donc en recourant au principe de l'autonomie de la volonté – que



l'évolution libérale du droit international privé de la famille incite nécessairement à prendre en compte – qu'une option de législation a pu être proposée et dont la mise se doit désormais d'être étudiée. En l'absence de choix, un rattachement objectif devra également être retenu.

**487.** Concernant les unions conjugales informelles, la règle de conflit de lois qui leur serait applicable dans le cadre de notre proposition n'est pas régie par le principe de continuité du statut conjugal, puisqu'aucun statut conjugal n'a précisément été acquis par les membres du couple. Les droits auxquels ceux-ci pourront prétendre sont rétrospectivement déterminés en fonction de leur vie conjugale passée. En l'absence d'acte constitutif venant modifier la situation personnelle des membres du couple, ces unions ne reposent que sur une cohabitation prolongée. La règle de conflit ici applicable devrait donc permettre de désigner la loi de l'ordre juridique dans lequel s'est développée la vie conjugale et au terme de laquelle seront rétrospectivement reconnus les droits découlant de ce statut de couple informel. C'est donc la loi de la résidence conjugale, qui présente une proximité certaine avec les membres du couple et constitue le centre de gravité de l'union, qui devrait régir les questions juridiques soulevées, à titre principal ou préalable, par ces unions. La loi nationale commune des membres du couple, si tant est qu'elle existe, ne nous semble pas ici présenter de vocation particulière à régir objectivement le rapport de droit.

**488.** La proposition ici formulée constitue une adaptation théorique du droit international privé à la diversification des formes de conjugalité et à l'exigence de continuité des statuts conjugaux. C'est elle qui nous semble la plus convaincante. Cependant, seule sa mise en œuvre pratique permettra désormais de se convaincre de son aptitude réelle à constituer les fondements d'une réglementation internationale renouvelée des couples.

## TITRE II : LA MISE EN ŒUVRE PRATIQUE DE L'ADAPTATION

### PROPOSEE

**489.** Le cadre théorique de l'adaptation proposée du droit international privé du couple a permis d'établir les fondements théoriques des nouvelles règles de conflit de lois que nous proposons d'appliquer aux unions conjugales. Cette analyse a eu pour objectif de déterminer la vocation abstraite des lois désignées à régir les questions juridiques soulevées par les unions conjugales en droit international privé. Cette détermination s'est faite en considération des objectifs assignés aux règles de conflits : la continuité du statut conjugal, la proximité de la loi désignée avec les membres du couple et la cohérence du traitement juridique proposé. La mise en œuvre pratique de cette proposition théorique doit désormais permettre de s'assurer de l'efficacité des nouvelles règles de conflit de lois proposées, c'est-à-dire de leur aptitude à atteindre l'objectif poursuivi. Elle suppose dès lors d'analyser les problèmes pratiques qui pourraient résulter de l'application de ces règles et ce, afin de les encadrer au mieux.

**490.** Selon le raisonnement conflictuel dans lequel notre proposition s'inscrit pour mieux l'adapter, la première étape de la mise en œuvre des règles de conflit de lois proposées est la qualification de l'union conjugale. L'application des règles de conflit de lois suppose donc de qualifier l'union conjugale. Cette qualification, contrairement à ce qui est actuellement retenu, ne se ferait pas *lege fori* – c'est-à-dire en considération des formes conjugales prévues par l'ordre juridique de l'autorité saisie – mais de manière autonome. Le respect du pluralisme conjugal invite en effet, dans le cadre de l'adaptation proposée du droit international privé, à distinguer les unions formelles des unions informelles. Il s'agit là d'une qualification fonctionnelle – c'est-à-dire qu'elle s'attache moins à la nature ou à la structure de l'union qu'à sa fonction – et autonome – c'est-à-dire qu'elle ne prend pas en compte les particularismes nationaux distinguant, par exemple, les partenariats enregistrés des mariages ou les unions de personnes de même sexe ou de sexe différent. La qualification fonctionnelle et autonome des unions conjugales que nous retenons<sup>920</sup> permettra ainsi aux autorités de

---

<sup>920</sup> Précisons que si la qualification internationale commandant le choix du droit applicable est déterminée de manière autonome, la qualification en sous-ordre commandant la désignation des règles substantielles applicables reste quant à elle toujours déterminée *lege causae*.

qualifier de « formelle » l'union conjugale dont l'existence juridique requiert l'intervention d'une autorité – de nature publique, juridictionnelle, consulaire, diplomatique ou encore religieuse – en vue de déterminer les effets à venir de la vie conjugale. Une union enregistrée par une autorité compétente à cet effet, dont l'intervention cristallise le statut conjugal dans l'ordre juridique auquel appartient l'autorité et, partant, rend légitime l'espérance des parties à voir leur union reconnue, doit donc être qualifiée de formelle. A l'inverse, en l'absence d'officialisation de l'union par une autorité compétente, l'union devra être qualifiée d'informelle. La distinction que nous retenons constitue la *summa divisio* de la nouvelle catégorie de rattachement proposée qu'est le statut conjugal comme sous-catégorie du statut personnel. Les unions conjugales non formalisées par l'intervention d'une autorité compétente, de laquelle naît l'objectif de continuité concrète du statut conjugal, sont donc qualifiées d'informelles.

**491.** Les règles de conflit de lois proposées seront appliquées par l'autorité – généralement de nature juridictionnelle – saisie, à titre principal ou à titre préalable, d'une question relative à la validité ou aux effets d'une union conjugale ainsi que par l'autorité – généralement de nature publique – saisie de la création d'une union conjugale formelle. Or, ces règles de conflit étant différentes pour les unions formelles et les unions informelles, les problèmes qu'elles seraient susceptibles de soulever au stade de leur mise en œuvre seront également différents. Il convient donc d'analyser la mise en œuvre de la loi applicable aux unions conjugales formelles (*Chapitre I*) avant celle de la loi applicable aux unions conjugales informelles (*Chapitre II*).

## CHAPITRE I : LA LOI APPLICABLE AUX UNIONS CONJUGALES FORMELLES

**492.** Afin de prendre en compte l'exigence de continuité internationale des situations juridiques qu'imposent les droits fondamentaux et, dans le cadre européen, les libertés de circulation, la règle de conflit de lois applicable aux unions conjugales formelles devrait permettre de désigner une loi assurant la continuité concrète du statut conjugal. Ce statut devrait donc être conservé en cas de franchissement de frontières par les membres du couple. Si elle parvenait à atteindre son objectif, la mise en œuvre de la règle de conflit de lois proposée rendrait alors inutile tout recours à la méthode de la reconnaissance. Autrement dit, l'objectif de reconnaissance poursuivi par la méthode éponyme serait directement atteint par l'adaptation proposée de la méthode conflictuelle. Pour assurer la continuité du statut conjugal, la validité des unions conjugales formelles pourrait être soumise à la loi de l'autorité compétemment saisie de leur création. C'est la mise en œuvre de cette règle de conflit, alliant un raisonnement en termes de conflit de lois et de conflit d'autorités, qu'il convient d'abord d'analyser.

**493.** La règle de conflit applicable aux unions conjugales formelles devrait également permettre de déterminer une loi applicable aux effets et à la dissolution de ces unions. Le respect du principe de proximité suppose alors de laisser une place, à côté de la loi de l'autorité, à la loi de la résidence conjugale ainsi qu'à la loi nationale commune. Ces deux lois présentent en effet une proximité certaine et commune avec les membres du couple lorsqu'une question relative aux effets de leur union vient à se poser. C'est donc la mise en œuvre de l'option de législation proposée dont il convient de déterminer les modalités. En l'absence de choix, la mise en œuvre du rattachement objectif des effets des unions conjugales formelles à la loi selon laquelle celle-ci a été constituée doit également être analysée.

**494.** L'analyse de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois applicable aux unions conjugales formelles suppose donc d'étudier la loi applicable à la validité de ces unions (*Section I*) avant de voir celle applicable à leurs effets (*Section II*).

## **SECTION I : LA LOI APPLICABLE A LA VALIDITE DES UNIONS CONJUGALES FORMELLES**

**495.** Dans le cadre de notre proposition, la règle de conflit de lois applicable à la validité des unions conjugales formelles rendrait compétente, au stade de la création de l'union, la loi de l'autorité saisie de sa formalisation. Cette règle de conflit, d'un genre nouveau, allie méthode de la reconnaissance et méthode conflictuelle par le prisme du conflit d'autorités. L'adaptation du droit international privé du couple que nous proposons s'inscrit en effet dans le cadre la méthode conflictuelle classique en ce qu'elle détermine la loi applicable aux unions conjugales en fonction du facteur de rattachement accolé à la catégorie dans laquelle s'insère l'union litigieuse. L'analyse du facteur de rattachement à retenir a, elle, été réalisée à l'aune de l'objectif poursuivi par la méthode de la reconnaissance afin de s'assurer que la loi désignée par la règle de conflit respecte l'exigence de continuité des unions conjugales. C'est alors en recourant à la méthode du conflit d'autorités que la vocation de la loi de l'autorité saisie de la création de l'union, couplée à la détermination de règles de compétence internationale des autorités saisies, a pu être établie. La loi de l'autorité constituerait ainsi le nouveau facteur de rattachement de la règle de conflit applicable aux unions conjugales formelles.

**496.** En réalité, la mise en œuvre de cette règle de conflit officialise la pratique de l'application quasi-systématique des dispositions matérielles de la loi de l'autorité saisie de la création de l'union<sup>921</sup>. Toutefois, contrairement à la solution retenue en droit international privé français en matière de partenariats enregistrés, cette règle de conflit ne renverrait pas seulement aux dispositions matérielles de l'ordre juridique à laquelle appartient l'autorité saisie. Autrement dit, l'autorité compétemment saisie de la création de l'union pourrait tout à fait la constituer selon les modalités de la loi de l'ordre juridique auquel elle appartient mais également, bien que plus rarement, selon celles de la loi d'un autre ordre juridique que désignent les règles de conflit qu'elle était par ailleurs tenue d'appliquer.

**497.** Cette règle de conflit sera également mise en œuvre, au stade de la circulation de l'union, par l'autorité requise de se prononcer, à titre principal ou préalable, sur sa validité.

---

<sup>921</sup> Cf. *supra* n° 172s. sur l'ordre public conjugal positif.

Cette autorité devra alors vérifier que l'autorité saisie de la création de l'union était internationalement compétente pour ce faire et, le cas échéant, appliquera la loi que celle-ci a appliqué à la création de l'union. La prise en compte de la loi concrètement appliquée par l'autorité saisie de la création de l'union permet ainsi d'assurer une coordination concrète des ordres juridiques nationaux et, partant, une continuité concrète du statut conjugal. Quant à lui, le contrôle de la compétence internationale de l'autorité saisie de la création de l'union permettra de s'assurer de l'absence de fraude à la loi ou d'*auctorum shopping*.

**498.** Pour éprouver la solidité de la solution proposée, il convient donc d'analyser les problèmes qui seraient susceptibles de survenir tant au stade de la création d'une union conjugale formelle (*I*) qu'au stade de sa réception (*II*).

### **I. La création d'une union conjugale formelle**

**499.** Le rattachement proposé de la validité des unions conjugales formelles à la loi de l'autorité saisie de leur création serait évidemment de nature à entraîner un risque de tourisme conjugal si les intéressés pouvaient saisir n'importe quelle autorité dont ils souhaiteraient voir la loi s'appliquer à leur union. Afin de limiter ce risque de tourisme conjugal, il conviendrait de s'assurer que l'autorité saisie de la création de l'union conjugale formelle présente un lien de proximité avec les membres du couple. Pour ce faire, il nous semble nécessaire de déterminer des règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale. Il conviendra donc d'analyser le degré de proximité nécessaire que devront entretenir les membres du couple avec l'autorité à laquelle ils souhaitent s'adresser. Ce n'est qu'après avoir vérifié cette proximité avec l'ordre juridique auquel elle appartient, que l'autorité saisie de la création de l'union conjugale pourra s'estimer internationalement compétente pour constituer ce statut conjugal. Cela ne signifie toutefois pas que la seule loi applicable par l'autorité saisie soit celle de l'ordre juridique à laquelle elle appartient. Si cette autorité pourra légitimement appliquer sa propre loi, elle pourrait également appliquer celle d'un autre ordre juridique désigné par les règles de conflit de lois qui s'imposent à elle.

**500.** Dès lors, la mise en œuvre de la règle de conflit de lois proposée pour régir la création d'une union conjugale formelle suppose de déterminer la compétence internationale de l'autorité saisie (**A**) avant d'analyser la loi applicable par cette autorité (**B**).

#### **A. La détermination de la compétence internationale de l'autorité saisie**

**501.** La création d'une union conjugale formelle nécessite la saisine d'une autorité habilitée, par l'Etat dans lequel elle se situe ou auquel elle est rattachée, à en assurer l'officialisation. Si cette autorité est généralement de nature publique, parfois en la forme consulaire ou diplomatique, elle peut également être de nature religieuse. Ainsi, par exemple, le Liban, la Syrie, Israël et les pays musulmans en général ainsi que la cité du Vatican ne reconnaissent que le mariage en la forme religieuse. Cette autorité peut également être de nature juridictionnelle. Ainsi, aux Etats-Unis, la cérémonie de mariage peut être civile ou religieuse, et l'échange de consentements peut se faire devant un membre du clergé, un des officiels autorisés, ou encore devant un juge<sup>922</sup>. En France, les autorités habilitées à enregistrer une union conjugale formelle sont, en matière de mariage, l'officier de l'état civil et, en matière de partenariat, le greffier du tribunal d'instance et le notaire. L'article 17 du projet de loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, adopté par l'Assemblée nationale le 12 octobre 2016<sup>923</sup>, prévoit toutefois de transférer l'enregistrement et la gestion du PACS à l'officier de l'état civil français<sup>924</sup>.

**502.** Or, si des règles de compétence territoriale interne de l'officier de l'état civil français ont été prévues, sa compétence internationale ainsi que celle des autres autorités habilitées à formaliser une union conjugale ne semblent toutefois pas avoir été réellement déterminées. La proximité de celles-ci avec les membres du couple n'est donc, pour l'heure, pas convenablement vérifiée (**I**). C'est pour cette raison qu'il conviendra de proposer des règles compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale

---

<sup>922</sup> Le permis de mariage – *mariage licence* - est toutefois, lui, toujours délivré par un fonctionnaire municipal spécialement compétent.

<sup>923</sup> Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle adopté définitivement par l'Assemblée nationale le 12 octobre 2016. La compétence des notaires en la matière ne semble toutefois pas avoir été remise en question par le texte qui ne prévoit que la substitution du « greffe du tribunal d'instance » par « l'officier de l'état civil ».

<sup>924</sup> Cette disposition revient ainsi sur une distinction davantage idéologique que fonctionnelle retenue lors de l'adoption vivement débattue de la loi sur le pacte civil de solidarité afin de mieux le distinguer du mariage.

afin de limiter tout risque de *law shopping* que le rattachement libéral de la validité et, dans une certaine mesure, des effets des unions conjugales formelles à la loi de l'autorité serait susceptible d'occasionner (2).

### 1) *L'indétermination actuelle de la compétence des autorités en matière conjugale*

**503.** Nous démontrerons que la compétence des autorités françaises à enregistrer une union conjugale formelle n'est, en l'état actuel, pas véritablement subordonnée à la vérification d'une proximité entre les membres du couple et l'ordre juridique auquel appartient l'autorité saisie. En effet, en droit positif, la compétence des autorités françaises à enregistrer un mariage est particulièrement large (a) et celle des autorités habilitées à enregistrer un partenariat n'est pas réellement définie (b).

#### a) La compétence des autorités habilitées à enregistrer un mariage

**504.** Ni l'article 171-1 ni l'article 202-2 du Code civil ne donnent de critère de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer un mariage. En effet, comme nous l'avons précédemment vu<sup>925</sup>, le rattachement des conditions de forme du mariage à la *lex loci celebrationis* a mis en arrière-plan la question de la détermination de la compétence des autorités en la matière. L'article 171-1 du Code civil est donc, comme le relève le Professeur Lagarde, « une règle de compétence internationale indéterminée »<sup>926</sup>. Les futurs époux peuvent choisir de se marier où ils le souhaitent. L'autorité normalement compétente est finalement « celle de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent au moment du mariage »<sup>927</sup>. Rien n'empêche donc les membres d'un couple de se marier devant l'autorité d'un Etat avec lequel ils n'entretiennent aucun lien significatif.

---

<sup>925</sup> Cf. *supra* n°71s. sur l'inadaptation du rattachement des conditions de forme du mariage à la *lex loci celebrationis*.

<sup>926</sup> LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986, nbp n°550, p. 191.

<sup>927</sup> MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 406, n°580.



**505.** A l'instar de la méthode utilisée pour déterminer la compétence internationale des juridictions françaises<sup>928</sup>, la compétence internationale des autorités françaises pour célébrer un mariage pourrait être déterminée par extension à l'ordre international des règles qui fixent en droit interne la compétence territoriale de ces autorités<sup>929</sup>. C'est ce qu'il convient d'analyser.

**506.** Pour qu'un mariage puisse être célébré en France, il faut que soit assurée la compétence territoriale de l'officier de l'état civil français. Or, cette exigence n'est pas des plus contraignantes. En effet, selon l'article 74 du Code civil, modifié par la loi du 17 mai 2013, le mariage peut être 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. L'article 165 du Code civil précise, lui, que le mariage est célébré par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'un des époux ou l'un de leurs parents aura son domicile ou sa résidence à la date de la publication des bans<sup>930</sup>. La compétence territoriale de l'officier de l'état civil pour célébrer mariage est donc déterminée de manière particulièrement large. D'une part, le domicile auquel ces textes font référence renvoie au lieu où la personne a son principal établissement<sup>931</sup> mais il n'exige aucune condition de durée ou d'habitation effective. D'autre part, la notion de résidence – à laquelle n'a pas été accolé l'adjectif « habituel » permettant de la distinguer des résidences éphémères ou secondaires – est entendue de façon particulièrement souple. Et, si l'article 74 du Code civil impose une habitation continue d'un mois minimum, l'article 165 ne reprend pas cette condition. Ces notions sont d'autant plus largement interprétées que l'instruction générale de l'état civil précise qu'il « est souhaitable que l'officier de l'état civil adopte une attitude libérale en ce qui concerne le domicile ou la résidence, notamment lorsque les intérêts professionnels, financiers, ou affectifs d'une personne sont répartis entre plusieurs lieux. Il se bornera 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 le ressort de la circonscription

---

<sup>928</sup> V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 octobre 1959, *Pelassa* ; note HOLLEAUX (G.), D. 1960, p. 37s. ; note LEQUETTE (Y.), *RCDIP*, 1960, p. 215s. et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 1962, *Scheffel* ; note FRANCESKAKIS (Ph.), *RCDIP*, 1963, p. 387s. ; note HOLLEAUX (G.), D. 1963, p. 109s.

<sup>929</sup> V. en ce sens, GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015 n°282, p. 206.

<sup>930</sup> L'article 58 de la loi du 27 mai 2009 (L. n° 2009-594) prévoit également que, dans les collectivités d'Outre mer et en Nouvelle-Calédonie, le mariage de deux personnes de nationalité étrangère ne résidant pas sur le territoire national peut être célébré dans la commune de leur choix, sans condition de résidence de l'un ou l'autre des époux.

<sup>931</sup> Selon la définition de l'article 102 du Code civil.

qui figurera dans l'acte de mariage»<sup>932</sup>. En l'état actuel du droit français, l'officier de l'état civil français est donc internationalement compétent pour célébrer un mariage dès lors que l'un des époux ou l'un de leurs parents a, ou plutôt aura, un domicile ou une résidence, même secondaire ou éphémère, sur le territoire français.

**507.** L'exigence, déjà particulièrement souple, d'une résidence en France pour fonder la compétence de l'officier de l'état civil français n'est parfois pas demandée. Elle est alors justifiée par la nationalité française des intéressés. En effet, afin d'éviter que des Français de même sexe établis hors de France ne puissent enregistrer leur mariage, l'article 171-9 du Code civil prévoit également que l'officier de l'état civil est compétent pour célébrer un tel mariage « 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 et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration ». Le mariage est alors célébré par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou dans la commune dans laquelle l'un des deux parents a son domicile ou sa résidence ou, à défaut, par l'officier de la commune choisie par les époux. Dès lors, quand bien même ni les époux, ni leurs parents n'auraient de résidence en France, c'est la possession de la nationalité française de l'un d'eux qui permet ici de fonder la compétence de l'officier de l'état civil français pour célébrer un mariage entre personnes de même sexe. Si la nationalité constitue un critère de proximité qu'il est évident de prendre en compte dans la détermination de la compétence des autorités en matière conjugale, son utilisation dans le seul objectif d'assurer un rayonnement international à l'ouverture française du mariage aux personnes de même sexe est discutable. Ce critère pourrait sans doute justifier la compétence de l'officier de l'état civil français pour tous les couples dont l'un des membres est français et qui auraient des difficultés à enregistrer leur mariage dans leur Etat de résidence. Cette compétence est assurée par l'article 171-1 du Code civil qui permet aux agents diplomatiques et consulaires français en poste à l'étranger de célébrer le mariage de deux Français. Toutefois, lorsqu'un seul des membres du couple est français, leur mariage ne pourra être célébré par une autorité française

---

<sup>932</sup> Instruction générale de l'état civil, 11 mai 1999, JO n°172 du 28 juillet 1999, spéc. n°392.

que s'ils sont situés dans l'un des dix pays désignés par le décret du 26 octobre 1939 dans lesquels le mariage ne peut être célébré que devant une autorité religieuse ou traditionnelle<sup>933</sup>.

**508.** La compétence internationale des autorités françaises à enregistrer un mariage est donc particulièrement discutable en droit positif. D'une part, les règles de compétence fondées sur la nationalité des membres du couple font varier celle-ci en fonction de l'altérité sexuelle de ses membres et non en fonction de la proximité qu'ils entretiennent avec la France. D'autre part, la souplesse des règles fondées sur le domicile ou la résidence des membres du couple rend superficiel le contrôle de la proximité entre les futurs époux et l'autorité saisie de l'officialisation de leur union. Le rattachement des conditions de fond du mariage à la loi de l'autorité saisie pourrait donc entraîner un certain tourisme conjugal permettant à des personnes ne présentant qu'un très faible lien avec l'ordre juridique français de soumettre leur union au droit français. L'absence de règle de compétence internationale présenterait plus largement le risque de permettre aux individus de soumettre leur union à toute législation dont la compétence des autorités habilitées à enregistrer un mariage est encore plus simplement définie. La compétence internationale des autorités habilitées à célébrer un mariage nécessite donc, dans le cadre de la mise en œuvre de notre proposition, d'être déterminée plus convenablement. Ce constat peut être dressé avec d'autant plus de force en ce qui concerne les autorités habilitées à enregistrer un partenariat.

b) La compétence des autorités habilitées à enregistrer un partenariat

**509.** A l'instar de l'article 171-1 du Code civil en matière de mariage, l'article 515-7-1 du Code civil n'exige aucun lien de rattachement entre les parties et le for d'enregistrement de leur partenariat alors même que la loi applicable à leur union est ici celle de l'autorité saisie. Comme le soulève Monsieur Kessler, « il est dommage que le législateur n'ait pas profité de l'occasion qui lui était donnée pour s'intéresser également à la compétence des autorités et limiter ainsi les possibilités de fraude ou de *registration shopping* »<sup>934</sup>. Le législateur français aurait pu s'assurer que soit caractérisé un lien significatif entre les futurs

---

<sup>933</sup> Selon le décret du 26 octobre 1939, il s'agit de l'Afghanistan, de l'Arabie saoudienne, de la Chine, de l'Egypte, de l'Irak, de l'Iran, du Japon, d'Oman (Mascate), de la Thaïlande et du Yémen.

<sup>934</sup> KESSLER (G.), « Partenariat enregistré », *Rep. droit international*, Dalloz, 2012, n°22.

partenaires et l'autorité saisie de l'enregistrement de leur partenariat. La liberté totale conférée aux partenaires quant au choix de l'autorité compétente pour enregistrer leur union revient en effet à leur reconnaître une liberté totale du choix de la loi sous l'empire de laquelle ils entendent placer leur relation<sup>935</sup>.

**510.** La compétence internationale des autorités françaises habilitées à enregistrer un partenariat n'étant pas déterminée, il convient de se référer aux règles de compétence territoriale interne pour identifier celle des autorités françaises. Afin de mieux distinguer, en droit interne français, le mariage du partenariat enregistré, l'autorité compétente pour enregistrer un pacte civil de solidarité n'est pas l'officier de l'état civil mais le greffe du tribunal d'instance, ce sur quoi revient le projet de loi adoptée par l'Assemblée nationale le 12 octobre 2016 en vue de moderniser la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle. Avant que ce texte ne soit adopté, l'alinéa premier de l'article 515-3 du Code civil précisait que les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité devaient en faire la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune<sup>936</sup> ou, en cas d'empêchement grave à la fixation de celle-ci, dans le ressort duquel se trouve la résidence de l'une des parties. Il semblait donc nécessaire que l'un au moins des futurs partenaires réside en France ou puisse justifier d'une future résidence en France pour fonder la compétence du greffe du tribunal d'instance. La compétence des autorités diplomatiques et consulaires françaises situées à l'étranger pour enregistrer un PACS est également déterminée : elle est conditionnée au fait que l'un au moins des futurs partenaires possède la nationalité française. Cette règle reprend donc celle retenue en matière de mariage entre personnes de même sexe mais ne la réserve pas qu'aux seuls partenaires de même sexe.

**511.** Toutefois, depuis la loi du 28 mars 2011, le PACS peut également être enregistré par un notaire. Le cinquième alinéa de l'article 515-3 du Code civil prévoit ainsi que le notaire instrumentaire recueille la déclaration conjointe, procède à l'enregistrement du pacte et fait procéder aux formalités de publicité nécessaires. Or, la compétence internationale du notaire n'est pas définie. Aucune condition de proximité n'est donc exigée avec la France

---

<sup>935</sup> V. en ce sens CALLE (P.), « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenariats enregistrés », *Defrénois*, 30 septembre 2009, n° 16, p. 1662s.

<sup>936</sup> La circulaire du 11 octobre 2000 précise que la résidence commune correspond au lieu où les partenaires entendent vivre de manière habituelle et continue.

pour que deux personnes puissent y conclure un PACS devant notaire. Et, si le projet de loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle adopté par l'Assemblée nationale le 12 octobre 2016 prévoit le transfert de la compétence du greffe du tribunal d'instance à l'officier de l'état civil, la compétence des notaires en la matière ne semble pas, elle, avoir été remise en question.

**512.** La compétence internationale, large lorsqu'elle n'est pas indéterminée, des autorités françaises habilitées à enregistrer une union conjugale rend donc nécessaire, dans le cadre de notre proposition, une réflexion quant à la compétence internationale des autorités en matière de création des unions conjugales formelles. La vérification d'un lien entre l'autorité saisie et les parties se rapproche ainsi du contrôle de la fraude à la loi. Mais la détermination objective des règles de compétence internationale permettrait selon nous de mieux l'établir puisqu'elle ne suppose pas de rapporter la preuve d'une intention frauduleuse<sup>937</sup>. Elle a ainsi pour objectif d'éviter les risques de tourisme conjugal que notre proposition pourrait susciter.

## ***2) La détermination proposée de la compétence des autorités en matière conjugale***

**513.** La détermination de la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale formelle permettrait d'éviter les risques de tourisme conjugal que la mise en œuvre du rattachement de la validité de telles unions à la loi de l'autorité saisie de leur création pourrait entraîner. Il convient donc de déterminer le degré de proximité que devraient présenter les membres du couple avec l'autorité devant laquelle ils souhaitent officialiser leur union. A ce titre, une analyse des solutions retenues par les législations étrangères et par les instruments internationaux ainsi que les propositions formulées par la doctrine méritent d'être analysées.

**514.** La compétence internationale des autorités publiques habilitées à célébrer un mariage a été déterminée par certaines législations étrangères. Ainsi, en Belgique, l'article 44 du Code de droit international privé prévoit que l'officier de l'état civil belge est compétent pour célébrer un mariage lorsque l'un des futurs époux est belge ou lorsque l'un d'eux est domicilié en Belgique ou encore lorsqu'il y a sa résidence habituelle depuis plus de trois mois

---

<sup>937</sup> Sur l'exclusion de la fraude à la loi dans la mise en œuvre de notre proposition, *cf. infra* n°669s.

lors de la célébration. En Suisse, l'article 43 de la loi de droit international privé prévoit quant à lui que les autorités suisses sont compétentes pour célébrer un mariage si l'un des fiancés est Suisse ou s'il est domicilié en Suisse. Par une application de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent développée par le Professeur Paolo Picone<sup>938</sup>, cet article prévoit également que les autorités suisses sont compétentes pour célébrer un mariage si aucun des fiancés ne remplit l'une de ces conditions mais que le mariage célébré en Suisse serait reconnu dans le pays d'origine ou du domicile des fiancés<sup>939</sup>.

**515.** La compétence internationale des autorités publiques habilitées à enregistrer un partenariat a également été déterminée par certaines législations étrangères. Ainsi, la loi suédoise du 23 juin 1994<sup>940</sup> prévoit que l'enregistrement du partenariat « peut avoir lieu seulement si un des partenaires au moins est citoyen suédois et domicilié en Suède ». Elle soumet donc la compétence internationale des autorités suédoises à enregistrer un partenariat à la possession, par l'un des futurs partenaires, de la nationalité suédoise et d'un domicile en Suède. La loi islandaise du 12 juin 1996<sup>941</sup> prévoit, également de manière cumulative, que l'un des partenaires doit être islandais et résider dans ce pays pour que son partenariat y soit enregistré. La loi norvégienne du 20 avril 1993<sup>942</sup>, plus souple, exige, de manière alternative cette fois, que l'un des futurs partenaires soit norvégien ou soit domicilié en Norvège. A l'origine, la loi danoise du 29 octobre 1998<sup>943</sup> ne permettait qu'aux seuls citoyens danois d'enregistrer leur partenariat au Danemark, soumettant ainsi la compétence internationale des autorités danoises à la possession de la nationalité danoise par les deux membres du couple. Cette disposition a toutefois été réformée dans un sens plus libéral et, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1999, les non-danois sont autorisés à enregistrer leur partenariat pourvu qu'ils justifient d'une résidence de plus de deux ans au Danemark. La loi belge du 23 novembre 1998 sur la

---

<sup>938</sup> Sur la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, *cf. supra* n°204s.

<sup>939</sup> Si cette idée est séduisante, sa mise en œuvre nous semble toutefois délicate et nous ne la retiendrons donc pas dans le cadre de notre proposition. Elle fait en effet dépendre la compétence internationale de l'autorité saisie de l'hypothétique reconnaissance du mariage dans l'Etat d'origine. *Quid* si le mariage est célébré au motif qu'il devait être reconnu et qu'il ne l'est finalement pas ? Faudrait-il alors le déclarer nul ou inexistant ? Recourrait-on à la putativité face à la bonne foi des époux et de l'autorité enregistrante ? Faudrait-il conditionner cette compétence à une demande préalable de reconnaissance opposable à l'ordre juridique d'origine en cas de circulation des membres du couple ?

<sup>940</sup> Loi n°1994-1117 du 23 juin 1994 sur le partenariat enregistré ou concubinage déclaré (*registrerat partnerskap*) entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1995.

<sup>941</sup> Loi n°87-1996 du 12 juin 1996 sur le partenariat enregistré ou concubinage légalisé (*stafesta samvist-confirmated cohabitation*) entrée en vigueur le 27 juin 1996.

<sup>942</sup> La loi n°40-1993 du 30 avril 1993 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1993.

<sup>943</sup> Loi n°372-1989 du 7 juin 1989 sur le partenariat enregistré (*Registreret partnerskab*) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1989.

cohabitation légale n'impose pas non plus de condition de nationalité et soumet la compétence internationale des autorités belges à une résidence habituelle commune en Belgique. La loi néerlandaise du 5 juillet 1997<sup>944</sup> ne retient pas non plus la condition de nationalité et rend compétentes ses autorités à la seule condition que les partenaires étrangers bénéficient d'un titre de séjour valable. Ces législations sont donc plus ou moins libérales quant à la proximité exigée avec l'ordre juridique de l'autorité enregistrante mais se fondent toutes sur la nationalité et/ou la résidence habituelle des ou de l'un des membres du couple pour encadrer la compétence internationale de leurs autorités.

**516.** La compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale a également été encadrée par certains instruments internationaux. En effet, tant la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages que la convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés soumettent, plus ou moins explicitement, la reconnaissance de ces unions à un lien de proximité avec l'autorité saisie de leur création. Ainsi, l'article 5 de la convention de Munich permet à un Etat de refuser de reconnaître un partenariat enregistré à l'étranger si, au moment de l'enregistrement, aucun des deux partenaires ne se rattachait, par la nationalité ou la résidence habituelle, à l'Etat du lieu de l'enregistrement. L'article 3 de la convention de La Haye prévoit également que l'Etat signataire n'a l'obligation de célébrer le mariage que lorsque l'un des futurs époux possède la nationalité de l'Etat du lieu de célébration ou lorsqu'il y réside habituellement. Si cette convention ne pose pas directement de règle de compétence internationale des autorités, elle conditionne toutefois l'obligation de célébration du mariage à la possession de la nationalité ou à l'établissement de la résidence habituelle dans l'Etat de célébration. Partant, elle limite, bien qu'indirectement, la reconnaissance des mariages célébrés dans un Etat ne présentant pas de lien de proximité avec les membres du couple.

**517.** Il est alors possible de s'inspirer de ces différentes solutions afin de déterminer la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale. Ce sont en effet ces critères de compétence qui permettront de déterminer l'existence d'une proximité suffisante entre l'autorité saisie et les membres du couple et, partant, de justifier

---

<sup>944</sup> Loi du 5 juillet 1997 sur le partenariat enregistré (*Geregistreerd partnerschap*), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998.

l'accès des intéressés à la loi de l'autorité. Ainsi, le Professeur Jault-Seseke constate-t-elle qu'il « serait envisageable d'exiger qu'au moins l'un des 'conjoints' soit lié à l'Etat de célébration ou d'enregistrement par sa nationalité ou sa résidence habituelle »<sup>945</sup>. De même, le Professeur Quinones Escamez considère que les autorités compétentes en matière de mariage ou d'autres unions de couple devraient être celles « de la nationalité ou de la résidence de l'un ou de l'autre des contractants »<sup>946</sup>. Le Professeur Callé estime également qu'il conviendrait de renforcer l'exigence de proximité entre les futurs partenaires et l'autorité saisie de la création de leur partenariat « en imposant soit la résidence habituelle en France des partenaires, soit leur nationalité française commune »<sup>947</sup>.

**518.** Nous partageons ces idées et considérons qu'une autorité ne devrait être internationalement compétente pour enregistrer une union conjugale que lorsqu'au moins l'un des membres du couple possède la nationalité de l'ordre juridique auquel elle est rattachée ou lorsqu'il y a établi sa résidence habituelle. Cette détermination nous semble constituer un juste milieu entre le respect de l'exigence d'une proximité nécessaire et celui de la liberté matrimoniale. Se contenter de moins laisserait la porte ouverte au tourisme conjugal, exiger davantage nuirait tant aux libertés individuelles qu'aux intérêts étatiques en la matière.

**519.** Concernant les intérêts individuels, une détermination trop stricte de la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale pourrait avoir pour conséquence de ne pas permettre aux membres du couple d'officialiser leur union, faute d'autorité compétente. Une détermination qui exigerait par exemple la possession de la nationalité des deux membres du couple empêcherait les individus n'ayant pas la même nationalité d'officialiser leur union, alors même que la nationalité devient généralement commune par l'effet de l'union<sup>948</sup>. Si le principe de proximité suppose de ne prendre en considération que la nationalité commune – parce qu'elle présente un lien avec les deux

---

<sup>945</sup> JAULT-SESEKE (F.), « Mariage et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 322.

<sup>946</sup> QUINONES ESCAMEZ (A.), « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples », *RCDIP*, 2007, p. 370.

<sup>947</sup> CALLE (P.), « Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenariats enregistrés », *Deffrénois*, 30 septembre 2009, n° 16, p. 1662s.

<sup>948</sup> En effet, si l'article 21-1 du Code civil précise que le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité, l'article 21-2 prévoit que l'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, sous certaines conditions de plus en plus strictes, acquérir la nationalité française par déclaration.



membres du couple et qu'elle fait l'objet d'autres rattachements – pour déterminer la loi applicable aux effets de l'union conjugale, l'exigence d'une nationalité commune pour encadrer la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale serait, elle, trop attentatoire à leur liberté matrimoniale. De même, l'exigence d'une résidence habituelle commune empêcherait les couples ne vivant pas dans le même pays d'officialiser leur union. Concernant les intérêts étatiques, une détermination trop restrictive de la compétence internationale des autorités présenterait le risque de ne pas être adoptée par les Etats qui ont, d'une part, un intérêt à voir les unions conjugales modelées selon leur propre législation et, d'autre part, un intérêt à bénéficier des retombées économiques de la formalisation de l'union sur leur territoire. Les enjeux économiques du tourisme conjugal ne doivent en effet pas être minimisés et nous espérons que notre proposition les prend convenablement en compte<sup>949</sup>.

**520.** Eu égard au rôle déterminant de la compétence internationale de l'autorité saisie, qui vient justifier l'applicabilité de la loi de l'autorité, l'absence de définition de la résidence habituelle n'est pas en mesure de garantir aux parties une assez grande prévisibilité. En outre, ces acceptions divergentes ne permettraient pas de lutter contre le tourisme conjugal si certaines autorités venaient à s'estimer internationalement compétente par la simple présence de l'individu sur leur territoire. Dès lors, faute de pouvoir définir ce critère de rattachement fonctionnel, il nous semble nécessaire de lui accoler un critère temporel, un délai à partir duquel la résidence de l'individu sur le territoire de l'autorité saisie de la création de l'union devrait être considérée comme établie.

**521.** A ce titre, une analyse du délai retenu par les chefs de compétence directe des autorités juridictionnelles amenées à se prononcer sur la validité et les effets des unions conjugales permettrait d'aiguiller vers celui à retenir en matière d'autorités habilitées à créer de telles unions. En effet, la « tendance s'affirme de plus en plus à définir la compétence internationale des autorités administratives de la même façon que celle des autorités judiciaires »<sup>950</sup>. A ce titre, l'article 3 du règlement Bruxelles II bis prévoit que la résidence

---

<sup>949</sup> Sur une approche de l'analyse économique du droit international privé, v. notamment CARRASCOSA GONZALEZ (J.), « Règle de conflit et théorie économique », *RCDIP*, 2012, p. 521s.

<sup>950</sup> ROMANO (G. P.), « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457s, spéc. n°4. Sur le parallélisme entre autorité juridictionnelle et autorité publique, il est d'ailleurs assez intéressant de constater que l'article 2 du règlement Bruxelles II bis prévoit que l'on entend par « juridiction », toutes les autorités compétentes des États membres dans les matières relevant du

habituelle ne peut fonder la compétence des juridictions de l'Etat membre du demandeur que si celle-ci a duré un an, ou six mois lorsque le demandeur est également ressortissant de l'Etat membre en question<sup>951</sup>. Il serait alors possible, dans le cadre de notre proposition, de s'inspirer de ce délai. L'exigence d'une résidence habituelle n'étant pas cumulative avec celle d'une nationalité mais alternative, une résidence d'un an sur le territoire de l'autorité saisie nous semble constituer le délai minimum pour s'assurer d'une proximité suffisante entre les membres du couple et l'autorité saisie. Ce délai devrait être rempli avant la date de l'acte constitutif établi par l'autorité saisie de la création de l'union et sur la base duquel celle-ci a été formalisée. La prise en compte d'un délai postérieur à la saisine de l'autorité, tel que proposé par Emmanuelle Bonifay<sup>952</sup> par exemple, nous semble particulièrement risquée puisqu'il constituerait une sorte de condition suspensive qui, si elle n'était remplie, aurait pour conséquence de rendre l'autorité postérieurement incompétente et, partant, de ne pas reconnaître l'union.

**522.** En conclusion, l'autorité saisie de la création d'une union conjugale en vue d'en formaliser l'existence ne devrait être considérée comme internationalement compétente que lorsque l'un au moins des membres du couple possède la nationalité de l'ordre juridique auquel elle appartient ou lorsqu'il y a établi sa résidence habituelle depuis au moins un an au jour de la création de l'union<sup>953</sup>. Il convient désormais d'analyser quelle loi l'autorité compétemment saisie de la création de l'union sera en mesure d'appliquer.

---

champ d'application du présent règlement. La nature juridictionnelle de l'autorité saisie n'est donc pas nécessaire. Ainsi, à titre d'exemple, la loi italienne de 2014 prévoit la possibilité de divorcer devant l'officier d'état civil qui est une autorité publique et non juridictionnelle et à laquelle s'applique pourtant les règles de compétence prévues par le règlement.

<sup>951</sup> Cette disposition n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle d'un édit royal de mars 1697 selon lequel il fallait, pour constituer le domicile, un séjour public et actuel de six mois si le futur époux habitait précédemment dans le même diocèse ou d'un an dans les autres cas. V. JOLY DE CHOIN (L.-A.), *Instructions sur le rituel : Gauthier frères à Besançon*, 1822, t. 3, spéc. p. 457.

<sup>952</sup> L'auteur considère en effet que la résidence « devrait avoir duré au minimum une année dans l'Etat de cristallisation de la situation soit un an au jour de la cristallisation du statut, soit après celle-ci », in BONIFAY (E.), *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé – Contribution à l'édification d'un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice*, thèse, Aix Marseille, 2015, p. 353.

<sup>953</sup> Il appartiendrait ensuite à chaque Etat d'appliquer ses règles de compétence matérielle et territoriale interne en vue de déterminer l'autorité compétente. Sur l'étendue du contrôle de la compétence de l'autorité saisie de la création de l'union conjugale, cf. *infra* n°533s.

## **B. La loi applicable par l'autorité**

**523.** Dans le cadre de notre proposition, l'autorité compétemment saisie de la création de l'union conjugale pourra lui appliquer la loi de l'ordre juridique auquel elle appartient (1). Mais il se pourra également que, dans certaines hypothèses, l'autorité saisie n'applique pas sa propre loi pour configurer l'union conjugale qui lui est soumise (2).

### **1) L'application de la loi de l'autorité**

**524.** La loi proposée comme applicable à la validité d'une union conjugale formelle est la loi de l'autorité compétemment saisie de sa création. Autrement dit, l'autorité devant laquelle les membres du couple souhaitent officialiser leur union pourrait appliquer ses dispositions matérielles à la validité, tant formelle que matérielle, de l'union qu'elle entend constituer. La possibilité donnée à l'autorité saisie de la création de l'union de lui appliquer sa propre loi faciliterait grandement son travail en ce qu'elle lui éviterait d'avoir à appliquer la loi d'un autre ordre juridique que celui auquel elle appartient.

**525.** Le rattachement à la loi de l'autorité correspond à celui actuellement retenu en droit international privé français pour les partenariats enregistrés. En matière de mariage, la mise en œuvre de cette règle de conflit éviterait d'avoir à faire la distinction entre ce qui relève des conditions de fond et des conditions de forme. Si cette règle de conflit se rapproche du rattachement des conditions de forme du mariage à la *lex loci celebrationis*, elle l'étend aux mariages célébrés par les autorités diplomatiques ou consulaires. La loi appliquée ne serait en effet pas celle du territoire sur lequel est située l'autorité mais de l'ordre juridique auquel elle appartient. La mise en œuvre de cette règle évite ainsi le recours à la loi nationale prévu pour les mariages diplomatiques ou consulaires qui sont désormais directement soumis à la *lex auctoris*.

**526.** Concernant la validité matérielle de l'union, ce rattachement correspond à la pratique qui a fait de la *lex auctoris* la *lex matrimonii* occulte par l'éviction de la loi nationale trop prohibitive ou permissive en matière de mariage. L'autorité saisie pourra ainsi configurer l'union conjugale selon sa propre politique conjugale sans avoir à appliquer une loi qu'elle ne connaît pas ou à l'évincer lorsqu'elle se veut trop différente de la sienne. Cette règle de conflit

se démarque là encore du rattachement des conditions de fond du mariage retenu par certains Etats à la *lex loci celebrationis* puisque, couplé à une détermination de la compétence internationale de l'autorité saisie, elle lutte contre les risques de tourisme conjugal et rend inutile le recours au mécanisme de la fraude à la loi. Ce rattachement a d'ailleurs été retenu par certaines législations étrangères. Ainsi, l'article 44 de la loi de droit international privé suisse prévoit-il que « les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse ». La Suède, la Belgique, les Pays-Bas, la Finlande et la Norvège prévoient également, sous certaines conditions, l'application de la loi interne de l'Etat de célébration aux conditions de fond du mariage.

**527.** La mise en œuvre de cette règle de conflit permettrait ainsi à chaque Etat d'appliquer sa propre loi à la constitution d'une union conjugale au profit des individus ayant compétemment saisi l'une de ses autorités. Elle n'imposerait toutefois pas aux Etats d'appliquer leur seule loi à la constitution d'une union conjugale. Il se peut en effet que l'autorité saisie soit tenue d'appliquer une autre loi que celle de l'ordre juridique qu'elle représente et notre proposition permettrait, dans cette hypothèse, de respecter les engagements bilatéraux conclus par l'ordre juridique de l'autorité constitutive du lien conjugal.

## **2) *L'application d'une autre la loi que celle de l'autorité***

**528.** La question est ici de savoir si l'autorité publique ne peut appliquer que la loi de l'ordre juridique auquel elle appartient ou peut également appliquer une autre loi. Le rattachement à loi de l'autorité que nous proposons n'est pas une application classique du conflit d'autorités mais une règle de conflit de lois. L'adage *auctor regit actum* selon lequel l'autorité publique ne peut mettre en œuvre que sa propre loi ne devrait donc pas avoir vocation à s'appliquer. Le rattachement de la validité des unions conjugales formelles à la loi de l'autorité ne signifie pas que l'autorité compétemment saisie de sa création ne doive lui appliquer que la loi de l'ordre juridique auquel elle appartient. La règle de conflit proposée permettrait également aux Etats d'appliquer aux unions conjugales qu'ils entendent constituer la loi d'un autre Etat que désignent les dispositions conflictuelles dont l'application s'impose aux autorités saisies de la création de l'union.

**529.** Il se peut en effet que l'autorité saisie de la création de l'union soit tenue de lui appliquer une loi étrangère. Il convient alors d'analyser l'office de cette autorité quant à l'application de la loi étrangère que désignent les règles de conflit de lois de l'Etat qu'elle représente. A ce titre, le Professeur Callé relève qu'il est « frappant de constater que les longs développements consacrés à l'office du juge [...] n'ont pas leur pendant pour les autorités non juridictionnelles, comme si ces dernières ne mettaient pas en œuvre des règles de conflit »<sup>954</sup>. Celles-ci ont-elles donc l'obligation de les mettre en œuvre d'office ou s'agit-il d'une simple possibilité ? En l'état actuel du droit français, qui renvoie, pour les conditions de fond du mariage, à la loi nationale des époux, l'officier de l'état civil auquel est demandé de célébrer un mariage doit interroger les futurs époux sur leur nationalité et leur faire produire les justificatifs utiles. La preuve du contenu de la loi nationale étrangère incombe quant à elle aux parties et se fait ordinairement par la délivrance d'un certificat de coutume par une autorité qualifiée à ce titre. Cependant, l'instruction générale relative à l'état civil n'impose pas à l'officier de l'état civil d'appliquer d'office la loi nationale d'un futur époux. Il n'est tenu de l'appliquer d'office que lorsque l'un des futurs époux est ressortissant d'un Etat avec lequel la France est liée par une convention bilatérale imposant l'application de la loi nationale de l'un des deux Etats parties aux conditions de fond du mariage. De telles conventions ont ainsi été signées avec l'Algérie<sup>955</sup>, le Cambodge<sup>956</sup>, le Laos<sup>957</sup>, Madagascar<sup>958</sup>, le Maroc<sup>959</sup>, la Pologne<sup>960</sup>, la Bosnie-Herzégovine<sup>961</sup>, le Monténégro<sup>962</sup>, la Serbie<sup>963</sup>, le Kosovo<sup>964</sup>, la Slovaquie<sup>965</sup> et la Tunisie<sup>966</sup>. Dès lors, en droit positif, lorsque l'un des membres du couple est ressortissant d'un de ces Etats, l'autorité saisie de la création de l'union devra appliquer non pas la *lex auctoris* mais la loi désignée par la règle de conflit contenue dans cette convention.

**530.** Reconnaître à l'autorité constitutive du lien conjugal la possibilité d'appliquer une autre loi que celle de son ordre juridique lui permettrait ainsi, au stade de la création de

---

<sup>954</sup> CALLE (P.), « Le notaire, les actes notariés et le droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 75.

<sup>955</sup> Déclarations des Garanties, Conclusions des pourparlers d'Evian du 18 mars 1962.

<sup>956</sup> Accords des 29 août et 9 septembre 1953.

<sup>957</sup> Convention du 22 octobre 1953.

<sup>958</sup> Accords du 27 juin 1960.

<sup>959</sup> Convention du 10 août 1981.

<sup>960</sup> Convention du 5 avril 1967.

<sup>961</sup> Echange de lettres du 3 décembre 2003 ayant succédé à la convention franco-yougoslave du 18 mai 1971.

<sup>962</sup> Echange de lettres du 30 septembre 2010 ayant succédé à la convention franco-yougoslave du 18 mai 1971.

<sup>963</sup> Convention du 18 mai 1971.

<sup>964</sup> Echange de lettres des 4 et 6 février 2013 ayant succédé à la convention franco-yougoslave du 18 mai 1971.

<sup>965</sup> Echange de lettres du 28 Mars 1994 ayant succédé à la convention franco-yougoslave du 18 mai 1971.

<sup>966</sup> Convention du 9 mars 1957.

l'union, de respecter les engagements bilatéraux contractés par l'ordre juridique auquel elle appartient. Au stade de la circulation de l'union, l'admission de ce qui constituerait alors un renvoi permettrait de soumettre l'union conjugale à la loi concrètement appliquée par l'autorité saisie de sa création et, partant, d'assurer la continuité internationale du lien conjugal<sup>967</sup>. La loi étrangère appliquée par l'autorité saisie de la création de l'union à la constitution du lien conjugal devra toutefois être précisée dans l'acte constitutif de l'union conjugale afin de permettre à l'autorité saisie de sa réception de déterminer aisément la loi appliquée à celle-ci. En l'absence de précision, ce seront les dispositions matérielles de l'autorité saisie de la création de l'union qui seront présumées avoir été appliquées à la constitution du lien conjugal.

**531.** Il convient désormais d'analyser comment la mise en œuvre de notre proposition permettrait à l'union conjugale, formalisée par l'intervention d'une autorité en application de sa loi ou de la loi d'un autre ordre juridique dont l'application a été spécifiée dans l'acte constitutif de l'union conjugale, d'être reçue dans un autre ordre juridique.

## **II. La réception d'une union conjugale formelle**

**532.** Dans le cadre de notre proposition, l'autorité requise de se prononcer, à titre principal ou à titre préalable, sur la validité d'une union conjugale constituée à l'étranger devra d'abord vérifier que l'autorité saisie de sa création était compétente pour ce faire (**A**). Le cas échéant, elle appliquera à la validité de cette union, la loi appliquée par l'autorité créatrice afin d'assurer la continuité concrète du statut conjugal (**B**).

### **A. Le contrôle de la compétence de l'autorité**

**533.** La vérification de la compétence de l'autorité saisie de la création de l'union par l'autorité saisie de sa réception est susceptible de poser différents problèmes pratiques : ce contrôle ne doit-il porter que sur sa compétence internationale ou également sur sa compétence interne ? Doit-il être réalisé d'office ou seulement en cas de contestation par une

---

<sup>967</sup> Sur les conséquences de l'admission d'une sorte de renvoi *in concreto* quant à la circulation de l'union conjugale, cf. *infra* n°547s.

partie au litige ? Enfin, quelle doit-être la sanction applicable en cas d'incompétence de l'autorité saisie ? Y répondre nécessite d'analyser la nature du contrôle de la compétence de l'autorité saisie de la création de l'union (1) avant d'aborder la sanction qu'il conviendra de retenir en cas d'incompétence de cette dernière (2).

### **1) La nature du contrôle**

**534.** Le juge saisi d'une question relative à la validité d'une union conjugale devrait en premier lieu s'assurer de la compétence internationale de l'autorité saisie. Il s'agit là d'un raisonnement similaire à celui retenu par la jurisprudence *Simitch*<sup>968</sup> en matière de réception des jugements étrangers et de conditions de régularité internationale de ces derniers. Consacrant l'autonomie des règles de compétence indirecte par rapport aux règles de compétence directe du juge français, la Cour de cassation a, par cet arrêt, admis la compétence indirecte du juge étranger au motif que les époux qui souhaitaient divorcer présentaient un lien caractérisé avec celui-ci. Ce lien était caractérisé dans cette affaire par la nationalité anglaise de l'épouse, la célébration du mariage en Angleterre et la fixation du premier domicile conjugal sur le territoire anglais. La vérification de l'existence d'un lien caractérisé se réalise désormais classiquement en fonction des circonstances concrètes de l'espèce, rappelant ainsi le fonctionnement de la méthode du groupement des points de contacts. Aucun critère précis n'est déterminé et c'est au juge du fond qu'il appartiendra de mettre en exergue les éléments de rattachement de la situation à l'ordre juridique de l'autorité ayant rendu le jugement.

**535.** La reconnaissance en France d'un divorce prononcé à l'étranger est soumise à la vérification d'un tel lien caractérisé et ce, quand bien même ce divorce n'aurait pas été prononcé par une autorité juridictionnelle mais par une autorité publique. Dès lors, la reconnaissance en France d'une union conjugale formalisée par l'intervention d'une autorité étrangère pourrait également être soumise à un contrôle similaire. En effet, il s'agit dans les deux cas de décisions individuelles qui prennent la forme d'actes quasi-public de nature constitutive. Même si ces actes n'émanent pas d'autorités de nature juridictionnelle, il ne

---

<sup>968</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 1985, *Simitch* ; note HUET (A.), *JDI*, 1985, p. 460 ; note AUDIT (B.), *RCDIP*, 1985, p. 369s ; note MASSIP (J.), *D.* 1985, p. 469s ; *GADIP* n° 70.

s'agit en aucun cas de normes générales<sup>969</sup>. Ces actes ont pour conséquence de modifier la situation personnelle des intéressés visés par l'effet constitutif que leur reconnaît l'ordre juridique auquel appartient l'autorité ayant formalisé l'union conjugale. Nous considérons donc avec le Professeur Lagarde que « la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger présuppose la vérification de la compétence de l'autorité qui a procédé à la célébration. Cette façon de poser le problème paraît plus juste que celle qui consiste à le régler en faisant appel uniquement à la règle de conflit traditionnelle soumettant la forme d'un acte à la loi du lieu de célébration [...] ce qui, en termes de compétence des autorités, revient à conférer les yeux fermés une compétence internationale inconditionnelle aux autorités de cet Etat, aussi dépourvu qu'il soit de tout contact passé ou présent avec l'un ou l'autre des époux »<sup>970</sup>.

**536.** Une fois la légitimité de ce contrôle acquise, encore convient-il d'en déterminer les modalités. A ce titre, l'appréciation casuistique du « rattachement caractérisé » prévue par l'arrêt *Simitch* entre la situation des parties et l'autorité saisie ne permet pas aux membres du couple d'être assurés que l'autorité qui a formalisé leur union soit reconnue compétente par le juge requis de se prononcer sur sa validité au regard de la proximité qu'elle entretenait avec eux. Son contrôle de proximité, parce qu'il est casuistique et circonstancié, ne garantit donc pas la prévisibilité de la reconnaissance de l'union conjugale. Dans le cadre de notre proposition, les critères de proximité à prendre en compte par l'autorité requise de se prononcer sur la validité de l'union conjugale devraient donc être définis. Le juge saisi devrait alors vérifier que les conditions de compétence internationale de l'autorité saisie sont remplies, c'est-à-dire que l'un au moins des membres du couple avait la nationalité de l'Etat auquel appartient l'autorité saisie de la création de l'union ou avait établi sa résidence habituelle depuis plus d'un an sur le territoire de celui-ci au moment de la constitution de l'union.

**537.** Le contrôle de la compétence internationale de l'autorité saisie de la création de l'union devrait être effectué d'office par l'autorité saisie de sa réception, c'est-à-dire requise de se prononcer, à titre préalable ou principal, sur sa validité. Ce contrôle éviterait ainsi au juge saisi de se prononcer sur une éventuelle fraude à la loi dont la détermination est délicate. En effet, la loi applicable à la validité de l'union étant celle de l'autorité saisie, la

---

<sup>969</sup> V. MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973.

<sup>970</sup> LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986, *RCADI*, p. 189, n°202 et p. 191 n°203.



fraude à la loi serait caractérisée par une saisine frauduleuse de ladite autorité. Or, les règles de compétence internationale de cette autorité étant précisément vérifiées d'office par le juge saisi de la reconnaissance de l'union, le contrôle de l'absence de fraude à la loi nous semblerait superfétatoire dans le cadre de la mise en œuvre de notre proposition. Si certains auteurs<sup>971</sup> retiennent le contrôle de l'absence de fraude à la loi dans l'application de la méthode de la reconnaissance, c'est parce qu'ils transposent le « rattachement caractérisé » de la jurisprudence *Simitch* sans définir les critères de compétence internationale de l'autorité saisie. Or, nous considérons que si l'autorité saisie de la création de l'union était internationalement compétente, c'est que les membres du couple entretenaient un lien de proximité suffisant avec l'ordre juridique auquel elle appartient pour que leur comportement ne puisse être qualifié de frauduleux.

**538.** Si le juge requis de se prononcer sur la validité de l'union conjugale doit vérifier d'office la compétence internationale de l'autorité saisie de la création de l'union, il ne lui appartient toutefois pas d'en vérifier d'office la compétence territoriale et matérielle interne. En effet, à l'instar de la présomption de régularité internationale des actes d'état civil prévue par l'article 47 du Code civil, une présomption de compétence interne de l'autorité ayant enregistré l'union conjugale pourrait être retenue<sup>972</sup>. Ainsi, l'autorité requise présumerait que l'autorité qui a agi « l'a fait dans l'exercice régulier de ses fonctions, à charge pour les parties de prouver le contraire »<sup>973</sup>. Ce n'est donc que si la compétence territoriale ou matérielle interne de l'autorité ayant institué l'union conjugale est contestée que l'autorité requise de se prononcer sur sa validité serait tenue de vérifier que cette compétence est établie. Ce contrôle ne devrait toutefois pas s'exercer selon ses propres règles de

---

<sup>971</sup> V. notamment BOLLEE (S.), « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *RCDIP* 2007, spéc. p.338 et JAULT-SESEKE (F.), « Mariage et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012 qui retient également le contrôle de la fraude à la loi. Pour un avis contraire, v. GUILLAUME (J.), *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2011, spéc. n°1076s., p. 449s.

<sup>972</sup> V. en ce sens le livre vert sur les actes d'état civil « moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil » (COM (2010) 747) de la Commission européenne du 14 décembre 2010. V. également la proposition du Parlement européen et du Conseil du 24 avril 2013 visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne. V. BIDAUD-GARON (C.), « La prise en compte de l'état des personnes créé à l'étranger par le notaire français », *JCP N*, n°22, 29 mai 2015, II74 et BUSCHBAUM (M.), « La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? », *D.* 2011, p. 1094s.

<sup>973</sup> BONIFAY (E.), *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé – Contribution à l'édification d'un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice*, thèse, Aix Marseille, 2015, p. 345.

compétence interne mais selon les règles de compétence *ratione materiae* et *ratione loci* de l'ordre juridique auquel appartient l'autorité saisie de la création de l'union. Elle vérifiera donc que l'autorité saisie de la création de l'union était territorialement et matériellement compétente selon la loi de l'Etat auquel elle appartient.

**539.** Notre proposition s'inscrivant dans le cadre d'un instrument international, les Etats pourraient utilement dresser une liste des autorités habilitées, selon leur législation, à enregistrer une union conjugale et la communiquer à l'organe en charge du contrôle de l'application des règles de conflits prévues. Cette liste pourrait, d'une part, préciser les critères de compétence territoriale interne afin de vérifier aisément que l'autorité saisie était territorialement compétente pour enregistrer l'union conjugale. D'autre part, et eu égard à la grande diversité des autorités pouvant enregistrer les unions conjugales en droit comparé, cette liste pourrait préciser la nature de l'autorité habilitée à enregistrer l'union : officier de l'état civil, notaire, greffe du tribunal d'instance, juge, autorité diplomatique ou consulaire ou encore autorité religieuse.

**540.** Cette liste serait particulièrement pertinente dans les Etats dans lesquels l'union conjugale peut ou doit être formalisée par une autorité religieuse. C'est en effet à l'ordre juridique auquel appartient l'autorité saisie de la création de l'union qu'il appartient de déterminer la compétence interne des autorités religieuses qu'il habilite à enregistrer les unions conjugales. Différentes hypothèses doivent ici être distinguées. Dans la plupart des pays d'Europe – tels que la France, la Suisse, la Belgique, l'Allemagne, l'Autriche ou les Pays-Bas – le mariage civil est obligatoire et exclusif. La cérémonie religieuse est laissée à la libre conviction des époux. Ces Etats ne rendent donc pas matériellement compétentes les autorités religieuses en matière de mariage. D'autres Etats – tels que la Grande-Bretagne, l'Irlande, le Portugal, le Canada et les Etats-Unis – admettent l'équivalence entre la célébration civile et religieuse. Dans ces Etats, le caractère civil ou religieux du mariage sera alors déterminé par la nature de l'autorité saisie de sa formalisation qui sera laissée à la discrétion des époux. La compétence des autorités religieuses n'est donc pas contrôlée par l'Etat auquel appartient cette autorité. A l'inverse, d'autres Etats – tels que le Liban, la Syrie, Israël et les pays musulmans en général ainsi que la cité du Vatican – ne reconnaissent que le mariage religieux. Il faudra alors savoir devant quelle autorité religieuse l'union conjugale devait être célébrée. Il conviendra à ce titre de distinguer les pays confessionnels – tels que l'Egypte ou la Jordanie – dans lesquels l'Etat est dépositaire d'une religion déterminée, et les

pays multiconfessionnels – tels que le Liban – dans lesquels l’Etat n’est pas lié à une confession déterminée et conserve une neutralité à l’égard des différents statuts communautaires qui régissent le droit de la famille<sup>974</sup>. Ainsi, les Etats confessionnels devront préciser, en fonction de la religion des membres du couple, si l’union que ces derniers souhaitent enregistrer doit l’être en application de la religion d’Etat par une autorité religieuse ou en application du droit civil par une autorité civile. Les Etats multiconfessionnels, dans lesquels il n’existe pas de religion d’Etat et où coexistent donc différentes autorités religieuses, devront quant à eux préciser les critères permettant aux membres du couple de soumettre leur union à la loi de l’autorité religieuse dont ils partagent la confession.

**541.** La vérification d’office de la compétence internationale de l’autorité saisie de la création de l’union conjugale et, si elle est contestée par les parties, de sa compétence interne, constituerait donc la première « étape » de la réception d’une union conjugale formelle. Mais, dans le cas où cette union n’a pas été formalisée par une autorité compétente, encore convient-il de savoir quelle sanction en découlerait.

## **2) La sanction du contrôle**

**542.** Le contrôle de la compétence internationale de l’autorité saisie de la création de l’union conjugale poursuit le même objectif que celui visé par le contrôle de l’absence de fraude à la loi. Il s’agit d’éviter les risques d’*auctorem shopping* aux allures de tourisme conjugal que le rattachement à la loi de l’autorité pourrait susciter. Il serait donc logique que la sanction affectée à la saisine d’une autorité non internationalement compétente soit identique à celle prévue lors de la saisine frauduleuse d’une autorité. Il y aurait donc lieu d’admettre, dans une telle hypothèse, l’inapplicabilité de la loi normalement compétente et, partant, la non-reconnaissance de l’union frauduleusement contractée. L’espérance des parties à conserver leur statut conjugal en cas de franchissement de frontière n’est en effet légitime et, partant, opposable à l’ordre juridique de réception, que s’il était légitime que l’autorité saisie de sa création l’ait été au regard du lien qu’elle entretenait avec les membres du couple.

---

<sup>974</sup> Sur cette question, v. notamment NAJM (M.-C.), « Religion et droit international privé de la famille dans les pays du Proche-Orient », in *Droit et Religion*, Beyrouth-Bruxelles, Bruylant, 2003, spéc. p. 433s. ; GANNAGE (P.), « Droit intercommunautaire et droit international privé », *JDI*, 1983, p. 479s. ; CHARFI (M.), « L’influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *RCADI*, vol. 203, 1987 ; AUDIT (B.) « Le droit international privé en quête d’universalité », *RCADI*, vol. 305, 2003, spéc. n° 113 à 116.

Dès lors, si le juge saisi de la validité d'une union conjugale constate l'incompétence internationale de l'autorité ayant constitué l'union conjugale, celui-ci ne sera pas tenu de la reconnaître. Le rattachement à la loi de l'autorité n'est en effet applicable qu'aux unions conjugales formelles. Or, cette union n'est alors pas « formelle » puisque l'une des conditions de sa formalisation – la compétence internationale de l'autorité saisie – n'est pas remplie. La continuité du statut conjugal des intéressés n'est donc pas assurée parce qu'il n'était pas ici légitime qu'elle le soit. Ces derniers auront toutefois la possibilité de procéder à une nouvelle formalisation de leur union en saisissant, cette fois, une autorité internationalement compétente.

**543.** La distinction entre unions conjugales formelles et informelles étant une *summa divisio*, il pourrait également être proposé que l'union conjugale non formalisée par une autorité internationalement compétente à cet effet soit considérée comme une union informelle. Or, dans le cadre de notre proposition, la loi applicable aux unions conjugales informelles devrait être celle de la résidence conjugale<sup>975</sup>. Il appartiendrait donc à la loi de la résidence conjugale – c'est-à-dire à la loi de l'ordre juridique dans lequel s'est déroulée la vie conjugale – de déterminer les effets attachés à l'union informelle si celle-ci en remplit les conditions de reconnaissance juridique. A titre d'exemple, cela signifie que si les membres du couple ont formalisé leur union devant une autorité non internationalement compétente et ont établi leur résidence conjugale en France, l'autorité française saisie de sa réception pourra lui appliquer la loi française du lieu de réalisation de la vie conjugale. C'est à la loi française de la résidence conjugale qu'il reviendra de déterminer les effets légaux attachés à cette union par application des règles relatives aux unions informelles, soit, pour la loi française, au concubinage, à condition que cette union en remplisse les conditions de reconnaissance juridique<sup>976</sup>. La *lex fori* – soit la loi de l'autorité saisie de la réception de l'union – sera donc applicable dans les cas, que les chefs de compétence directe des autorités saisies de la réception de l'union rendront en pratique assez fréquents, où elle correspond à la loi de la résidence conjugale. Cette requalification de l'union conjugale formelle en union informelle permettrait ainsi aux membres du couple que leur soient reconnus les droits relatifs aux unions conjugales informelles prévus par la loi du pays dans lequel s'est déroulée leur vie

---

<sup>975</sup> Sur la vocation de la loi de la résidence conjugale à régir les unions conjugales informelles, *cf. supra* n°468s.

<sup>976</sup> Sur l'applicabilité de loi de la résidence conjugale aux conditions de reconnaissance juridique et aux effets légaux des unions conjugales informelles, *cf. infra* n° 618s.

conjugale<sup>977</sup>. Si cette solution n'est pas exempte de toute critique, elle est toutefois plus respectueuse de la réalité sociale des intéressés que celle consistant à nier purement et simplement toute existence à leur statut conjugal antérieur et à les considérer comme des étrangers l'un par rapport à l'autre.

**544.** Il en va différemment en cas d'incompétence interne de l'autorité saisie, c'est-à-dire lorsqu'une des parties invoque expressément le fait que l'union conjugale a été constituée par une autorité non habilitée par l'ordre juridique auquel elle appartient à créer le statut conjugal revendiqué. L'on peut considérer qu'il n'y a pas de raison particulière d'apporter un crédit à une situation créée par une autorité qui n'était pas compétente pour ce faire dans l'Etat dans lequel elle a été constituée<sup>978</sup>. Toutefois, le contrôle de la compétence interne de l'autorité saisie de la création de l'union, lorsqu'il est demandé par les parties, n'a pas pour objectif de constater un comportement frauduleux des intéressés au sens du droit international privé. En effet, cette situation n'entraîne pas nécessairement de modification de la loi normalement applicable. Dès lors, la sanction applicable à l'absence de compétence interne de l'autorité saisie de la création de l'union ne devrait pas automatiquement être celle de la non-reconnaissance de l'union contractée. Il pourrait être proposé que la sanction applicable à l'incompétence interne de l'autorité saisie de la création de l'union soit établie par la loi de l'ordre juridique auquel appartient cette autorité. Ainsi, si cette union a été créée en France par une autorité non territorialement compétente à cet effet, il reviendra à la loi française de déterminer la sanction applicable. A ce titre, si l'article 191 du Code civil prévoit que le mariage qui n'a pas été célébré par l'officier de l'état civil territorialement compétent peut-être attaqué, la jurisprudence se montre particulièrement libérale en ce qu'elle considère que l'annulation n'est que facultative. Laissée à l'appréciation des juges du fond, la simple incompétence territoriale interne de l'officier de l'état civil, hors de toute fraude ou de volonté de rendre le mariage clandestin, ne suffit pas à justifier l'annulation du mariage<sup>979</sup>.

---

<sup>977</sup> La requalification d'un mariage, ne remplissant les conditions requises pour être considéré comme un « mariage », en « concubinage » a d'ailleurs été pratiquée en droit interne, v. notamment CA Paris 8 décembre 1992 ; note HOCHART (C.), *D.*, 1994, p. 272s. La Cour EDH a également admis d'assimiler à un concubinage le mariage religieux ne pouvant être qualifié de mariage civil, v. CEDH, *Serife Yigit c/ Turquie*, 20 janvier 2009, (n°3976/05) ; note GOUTTENOIRE (A.), *JCP* 2009, I. 115.

<sup>978</sup> V. en ce sens BONIFAY (E.), *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé – Contribution à l'édification d'un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice*, thèse Aix Marseille, 2015, spéc. p. 335s.

<sup>979</sup> V. notamment l'affaire des « mariages de Montrouge », Cass. civ., 7 août 1883 et TGI Paris, 10 novembre 1992, note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 1993, p. 562s.

**545.** L'autorité requise de se prononcer sur la validité de l'union conjugale devrait donc contrôler la compétence de l'autorité saisie de sa création. Le contrôle de la compétence internationale se ferait d'office et pourrait entraîner la non-reconnaissance de l'union et sa requalification en union informelle. La compétence matérielle et territoriale interne serait quant à elle présumée et la sanction de son contrôle, lorsqu'il est demandé par les parties, serait déterminée par la loi de l'ordre juridique auquel appartient cette autorité. Afin d'assurer la réception de l'union dans son ordre juridique et, partant, de garantir la continuité concrète du statut conjugal légitimement acquis, l'autorité requise ferait ensuite application de la loi appliquée par l'autorité saisie de sa création. C'est ce qu'il convient désormais d'analyser.

## **B. L'application de la loi de l'autorité**

**546.** La mise en œuvre de la règle de conflit de lois applicable à la validité de l'union conjugale formelle par l'autorité requise de se prononcer, à titre préalable ou principal, sur la validité de l'union revient à faire application de la loi appliquée par l'autorité saisie de sa création (1). Toutefois, afin que la mise en œuvre de cette règle de conflit n'impose pas une reconnaissance inconditionnelle de toutes les unions conjugales légalement formalisées, il conviendra d'encadrer ce principe. Ainsi des limites relatives à l'exigence du consentement des membres du couple à la création de l'union ainsi qu'à l'absence de contrariété manifeste à l'ordre public international du for devront être prévues (2).

### ***1) Le principe de l'application de la loi de l'autorité***

**547.** Le juge saisi de la validité d'une union conjugale devra analyser sa validité à l'aune de la loi appliquée par l'autorité saisie de sa création. Il s'agira, dans la majorité des cas, de ses dispositions matérielles. Mais il pourra également s'agir d'une autre loi, que l'autorité saisie de la création de l'union était tenue d'appliquer, et celle-ci devra alors être précisée dans l'acte constitutif de l'union conjugale<sup>980</sup>. Le rattachement à la loi de l'autorité ainsi perçu devrait donc, au stade de la reconnaissance de l'union, supporter ce qui constituerait ici une sorte de renvoi. Ce dernier ne sera donc accepté que lorsqu'une autre loi que celle de l'ordre juridique auquel appartient l'autorité saisie de sa création a effectivement

---

<sup>980</sup>Cf. *supra* n° 530.

été appliquée à sa formalisation. Il ne pourra donc pas avoir, en lui-même, pour conséquence d'invalider l'union. La prise en compte de la loi concrètement appliquée par l'autorité saisie permet ainsi d'assurer la continuité concrète du statut conjugal dans l'hypothèse où l'union constituée à l'étranger l'a été selon une autre loi que la *lex auctoris*. Il ne s'agit donc pas d'un simple renvoi *in favorem* – admis seulement dans l'hypothèse où la loi normalement désignée annulerait l'union conjugale – mais d'un renvoi *in concreto* permettant l'application à la validité de l'union de la loi concrètement appliquée à sa constitution. L'objectif n'est pas seulement d'assurer la validité de l'union, il s'agit bien davantage de s'assurer que le lien conjugal soit toujours régi par la loi selon laquelle il a été constitué, quand bien même l'application des dispositions matérielles de la loi de l'autorité ne l'aurait pas annulé. L'hégémonie du modèle conjugal du for rend en effet peu probable l'hypothèse où l'application des dispositions matérielles de la loi de l'autorité annule l'union conjugale constituée selon une autre loi que celle de son ordre juridique. Autrement dit, il est peu probable que l'autorité saisie de la création de l'union ait constituée un lien conjugal que la loi de son ordre juridique n'aurait pas considéré comme valable. Au stade de la réception de l'union, l'admission du renvoi permettrait donc, d'une part, d'assurer la validité de l'union dans les hypothèses exceptionnelles où les dispositions matérielles de l'autorité l'auraient annulée et, d'autre part, de soumettre le lien conjugal à la loi concrètement appliquée à sa constitution. Partant, l'adaptation que nous proposons permet de répondre aux problèmes posés par le rattachement actuel des partenariats enregistrés aux seules dispositions matérielles de la loi de l'autorité.

**548.** Du reste, s'agissant de la question de l'application d'une loi à la validité d'un acte juridique, les problèmes de conflit mobile résultant de la modification de la loi de l'autorité entre le jour de la constitution de l'union et le jour de la saisine du juge seront résolus en prenant en considération la loi de l'autorité au jour de la formation de l'union. Cette précision temporelle accolée au rattachement à la loi de l'autorité résout ainsi directement le problème du conflit mobile.

**549.** Parce qu'il constitue une application renouvelée de la méthode de la reconnaissance, intégrée au sein même de la règle de conflit, le rattachement de la validité de l'union à la loi appliquée par l'autorité saisie de sa création garantit une continuité concrète du statut conjugal des intéressés. Si cette continuité constitue l'objectif primordial poursuivi par la règle de conflit proposée, elle ne doit toutefois pas imposer une reconnaissance

inconditionnelle de toutes les unions conjugales à laquelle l'ordre juridique dans lequel leur reconnaissance est demandée ne pourrait en aucun cas s'opposer. Il convient donc d'analyser les limites à l'application de la loi de l'autorité.

## **2) Les limites à l'application de la loi de l'autorité**

**550.** Des limites à l'application de la loi de l'autorité saisie de la création de l'union doivent être prévues afin de garantir une protection des intérêts privés et publics en la matière. Ces limites doivent toutefois être assez strictement encadrées pour ne pas être susceptibles de remettre en question l'objectif de continuité du statut conjugal poursuivi par la règle de conflit proposée. Elles doivent selon nous être cantonnées à deux hypothèses : lorsque l'union n'a pas été librement conclue et lorsqu'elle est manifestement contraire à l'ordre public international de l'autorité requise.

**551.** L'exigence d'un consentement libre et éclairé des membres du couple devrait être vérifiée afin de ne pas contraindre l'autorité requise de se prononcer sur la validité de l'union conjugale de reconnaître une union forcée ou dépourvue de toute intention conjugale. Afin de parvenir à cet objectif, le consentement libre et éclairé des membres du couple devrait faire l'objet d'une règle matérielle de droit international privé. Cette règle permettrait alors de conserver l'objectif poursuivi par sa qualification de loi de police française selon les termes de l'article 202-1 introduit par la loi du 4 août 2014. Ainsi, et comme l'a récemment estimé la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Z.H. et R.H. c. Suisse* du 8 décembre 2015<sup>981</sup>, le jeune âge de l'un des membres du couple pourrait constituer une présomption d'absence de consentement libre et éclairé. Cette règle permettrait également de résoudre les problèmes posés par la formation successive de différentes unions conjugales face à laquelle la méthode de la reconnaissance n'a pas apporté de solution. Il n'est en effet pas rare que des personnes enregistrent une union conjugale dans un pays puis, pensant que cette union ne sera pas reconnue dans leur pays d'origine, formalisent une nouvelle union conjugale dans un autre pays. L'exemple topique en la matière étant certainement les mariages célébrés à Las Vegas ou dans des îles paradisiaques souvent suivis d'un mariage que l'on pourrait qualifier

---

<sup>981</sup> Cour EDH, *Z.H. et R.H. c. Suisse*, 8 décembre 2015 (n°60119/12) ; note LAMARCHE (M.), *Dr. Fam.*, 2016, n°10. Dans cette affaire, les juges européens ont estimé que la non-reconnaissance par la Suisse d'un mariage contracté en Iran par une enfant afghane âgée de 14 ans n'était pas contraire à la convention européenne des droits de l'Homme au motif que son jeune âge constituait une présomption d'absence de consentement libre et éclairé.



de plus « conventionnel » dans leur pays d'origine ou de résidence. Cette situation conduit classiquement à l'annulation du second mariage. La théorie du mariage putatif a alors parfois pu être retenue pour permettre, par exemple, de reconnaître au conjoint de bonne foi dont le mariage a été annulé la qualité de conjoint survivant<sup>982</sup>. Dans le cadre de notre proposition, la vérification de l'absence de réelle intention matrimoniale lors de la formalisation de l'union conjugale permettrait au juge saisi de ne prendre en compte que le lien conjugal constitué en vertu de la loi à laquelle les membres du couple ont pleinement consenti et éviterait ainsi le recours à la putativité.

**552.** Enfin, pour que cette adaptation du droit international privé du couple puisse prospérer, le juge requis de se prononcer sur la validité d'une union conjugale formelle devrait pouvoir opposer son ordre public international à l'encontre d'une union manifestement incompatible avec ses valeurs fondamentales. Le déclenchement de l'ordre public international devrait toutefois être encadré afin de ne pas être trop attentatoire à l'objectif de continuité du statut conjugal poursuivi par les règles de conflit proposées, et imposé par les droits fondamentaux et les libertés européennes de circulation. Pour ce faire, le déclenchement de l'ordre public international devrait être soumis à un double test de proximité et de proportionnalité.

**553.** D'une part, l'ordre public international du juge saisi ne devrait pouvoir s'opposer à la reconnaissance d'une union conjugale formelle que lorsque les membres du couple présentent une proximité avec l'ordre juridique du juge saisi. Celui-ci ne devrait pas simplement vérifier que les membres du couple présentent un lien de proximité avec son ordre juridique puisque la saisine de ce dernier, par application des règles de compétence directe, suppose ce lien toujours établi. Plus que son existence, il devrait vérifier le degré de cette proximité. Autrement dit, le déclenchement de l'ordre public international à l'encontre de la loi appliquée à la création de l'union ne devrait être justifié que lorsque les membres du couple présentent des liens plus étroits avec l'ordre juridique du juge saisi qu'avec celui dans lequel l'union a été formalisée. Le cas échéant, l'ordre public d'éloignement imposerait au

---

<sup>982</sup> V. en ce sens Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 12 mars 2009 (n°08-10.974).

juge saisi de ne pas s'opposer à la reconnaissance d'une union pour laquelle les membres du couple n'entretiennent qu'un faible lien avec l'ordre juridique du juge saisi<sup>983</sup>.

**554.** D'autre part, le déclenchement de ce mécanisme devrait être soumis à une appréciation concrète de l'atteinte causée tant par la reconnaissance de l'union à un droit fondamental que par son refus de reconnaissance à un autre droit fondamental. La nécessité de concilier la cohésion interne avec les impératifs de l'ordre public ne devrait en effet pas conduire le juge à opposer automatiquement son ordre public international à l'encontre d'une union conjugale qu'il réprovoque *a priori*. Il devrait plutôt, afin de respecter les exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>984</sup>, opérer un contrôle de proportionnalité de l'atteinte causée par le déclenchement de l'ordre public international du for aux droits fondamentaux. Il ne nous semble donc pas opportun de dresser une liste des motifs de non-reconnaissance, comme le font la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages et la convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés. Cette liste, qui n'est d'ailleurs pas exhaustive, rend en effet la réaction de l'ordre public international automatique alors que ce mécanisme est, et devrait rester, exceptionnel.

**555.** Comme nous l'avons vu, la mise en œuvre de l'adaptation du droit international privé du couple que nous proposons est susceptible de poser différents problèmes pratiques quant à la validité de l'union conjugale. Ces problèmes nous semblent toutefois pouvoir être aisément résolus en encadrant convenablement, d'une part, la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale et, d'autre part, la compétence de la loi appliquée par celle-ci. Le rattachement de la validité des unions conjugales formelles à la loi appliquée par l'autorité compétemment saisie de sa création pourrait donc constituer l'avenir du droit international privé du couple. Cette règle de conflit répond en effet aux objectifs assignés à la méthode de la reconnaissance par un raisonnement en termes de conflit d'autorités. Le recours à la méthode de la reconnaissance n'est donc pas nécessaire pour permettre la continuité concrète du statut conjugal. Du reste, la méthode de la reconnaissance ne répondait pas à la question, pourtant cruciale, des effets à reconnaître. Notre proposition, parce qu'elle constitue une adaptation de la méthode conflictuelle, le

---

<sup>983</sup> Concernant les effets des unions conjugales, l'ordre public international de l'Etat dans lequel ils ont vocation à se développer permettrait également l'éviction de la loi normalement applicable, *cf. infra* n°602.

<sup>984</sup> *Cf. supra* n°189s. sur le contrôle supranational de l'ordre public international.

permet. Il convient donc désormais d'analyser la mise en œuvre de la loi applicable aux effets des unions conjugales formelles. Celle-ci ne va pas non plus sans soulever de nombreuses questions mais des éléments de réponse peuvent y être apportés.

## SECTION II : LA LOI APPLICABLE AUX EFFETS DES UNIONS CONJUGALES FORMELLES

**556.** La loi applicable à l'ensemble des effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux ainsi qu'à la dissolution des unions conjugales formelles<sup>985</sup> pourrait être celle de l'autorité compétemment saisie de la création de l'union. Cette solution, retenue en matière de partenariats enregistrés, présente l'avantage de soumettre l'ensemble de la relation à une loi unique et évite les problèmes d'adaptation que suppose l'application de lois différentes à la création et aux effets d'une union conjugale, notamment lorsque la loi applicable aux effets ne connaît pas le statut conjugal créé par la loi de l'autorité l'ayant constitué. Il se peut toutefois que cette loi ne présente plus qu'un rapport très distant avec les membres du couple lorsqu'une question relative aux effets ou à la dissolution de leur union se posera. Le rattachement des effets des unions conjugales formelles à la seule loi de l'autorité saisie de leur création ne se révèle donc pas toujours pertinent. Le respect du principe de proximité suppose au contraire de laisser une place à d'autres lois présentant une proximité plus forte avec les membres de l'union conjugale.

**557.** Comme nous l'avons démontré, la loi de la résidence conjugale – c'est-à-dire de l'ordre juridique dans lequel se développe la vie commune – ainsi que la loi nationale – lorsqu'elle est commune aux membres du couple – présentent une vocation particulièrement importante à régir les effets des unions conjugales formelles. Face à l'égale vocation de ces lois à régir les effets des unions conjugales formelles, la prise en compte croissante de l'autonomie de la volonté en droit international privé de la famille incite à ouvrir aux couples une option de législation en la matière. Les membres du couple qui ne souhaiteraient pas voir les effets de leur union soumis à la loi de l'autorité l'ayant constituée pourraient alors choisir comme loi applicable celle de leur résidence conjugale ou celle la loi de leur nationalité commune. Cette proposition, qui essaie de parvenir à un juste milieu entre le respect du principe de proximité et de l'autonomie de la volonté, améliore la cohérence du traitement juridique des effets des unions conjugales formelles en ce que le domaine d'application

---

<sup>985</sup> Sur le domaine d'application matériel de la loi applicable aux unions conjugales formelles dans le cadre de notre proposition, cf. *infra* n°625s.

matériel conféré à cette loi permet de soumettre l'ensemble de ces effets à une loi unique, en lieu et place de l'actuelle diversification des lois applicables.

**558.** La mise en œuvre pratique de la loi applicable aux effets des unions conjugales formelles suppose donc d'analyser la désignation de la loi applicable (**I**) avant de déterminer son domaine d'application matériel (**II**).

### **I. La désignation de la loi applicable**

**559.** La désignation de la loi applicable aux effets des unions conjugales formelles peut être subjective, elle provient alors du choix effectué par les membres du couple. L'option de législation proposée leur permettrait ainsi de choisir comme loi applicable aux effets de leur union, la loi de leur résidence conjugale ou la loi de leur nationalité commune. A défaut de choix, un rattachement objectif à la loi selon laquelle le lien conjugal a été constitué pourrait être adopté. La mise en œuvre de la règle de conflit proposée pour régir les effets des unions conjugales formelles suppose donc d'analyser le choix de la loi applicable (**A**) avant de déterminer la loi applicable en l'absence de choix (**B**).

#### **A. Le choix de la loi applicable**

**560.** La mise en œuvre de l'option de législation proposée suppose d'analyser les lois susceptibles d'être choisies par les membres du couple avant d'aborder les conditions dans lesquelles ce choix pourrait être effectué. Autrement dit, il convient d'analyser l'étendue de l'option de législation (**1**) ainsi que ses modalités d'application (**2**).

##### **1) L'étendue de l'option de législation**

**561.** L'option de législation proposée permettrait aux membres du couple de soumettre les effets de leur union, soit à la loi de leur résidence conjugale (**a**), soit à la loi de leur nationalité commune (**b**). Il convient donc d'analyser, pour chaque loi, les problèmes pratiques qu'elle serait susceptible de soulever.

a) Le choix de la loi de la résidence conjugale

**562.** La mise en œuvre du rattachement des effets des unions conjugales à la loi de la résidence conjugale est susceptible de soulever trois difficultés : comment déterminer cette résidence conjugale ? Comment résoudre le conflit mobile qu'entraînerait la modification de la résidence conjugale ? Et, enfin, la loi désignée ne l'est-elle que dans ses dispositions matérielles ou également conflictuelles ?

**563.** Concernant la détermination de la loi de la résidence conjugale, celle-ci correspond à celle de l'ordre juridique dans lequel se déroule la vie conjugale des membres de l'union formelle. Elle doit donc désigner le pays dans lequel se développent les attaches affectives et matérielles du couple et où s'exécutent les obligations découlant de leur communauté de vie. Ce rattachement permet ainsi de choisir une loi unique quand bien même les membres de l'union conjugale auraient établi leur résidence habituelle respective dans deux Etats différents. Par le biais d'une clause d'*optio juris*, les membres de l'union conjugale pourraient ainsi par exemple décider que « la loi française de leur résidence conjugale actuelle est applicable aux effets de leur union ».

**564.** S'agissant d'un rattachement factuel, les membres du couple pourraient rapporter, par tous moyens, la preuve que l'ordre juridique expressément désigné correspond bien à celui dans lequel se développe leur vie commune au moment du choix. La véracité de cette désignation pourrait bien évidemment être contrôlée par l'autorité tenue d'appliquer cette règle de conflit. Si cette dernière considère, compte tenu de tous les éléments à sa disposition, que la loi désignée ne correspond pas à celle de la résidence conjugale du couple au moment du choix, la clause de choix de loi sera réputée nulle. Les effets de leur union seront alors déterminés à l'aide du rattachement objectif proposé à la loi de l'autorité saisie de la création de l'union.

**565.** Concernant la question du renvoi, seules les dispositions matérielles de la loi de la résidence conjugale devraient être prises en compte. Il s'agit en effet d'une loi choisie par les parties – qui peuvent ne pas être au fait des règles de conflit de lois de l'Etat dans lequel leur vie conjugale se développe – en vertu de la proximité que celle-ci entretient avec elles. La prise en compte des règles de conflit de lois de l'Etat de la résidence conjugale irait

alors à l'encontre des objectifs recherchés par ce rattachement et complexifierait inutilement la détermination de la loi applicable.

**566.** Enfin, concernant la question du conflit mobile, la loi à prendre en compte devrait être celle de leur résidence conjugale au moment du choix. La modification postérieure de leur résidence conjugale n'entraînerait alors pas de modification de la loi applicable. Il appartiendrait cependant aux membres du couple de modifier la désignation de cette loi dans leur contrat s'ils l'estiment utile ou pertinent.

**567.** Du reste, s'il n'est pas garanti que la loi de la résidence conjugale corresponde à la *lex fori*, les chefs de compétence directe retenus pour déterminer les juridictions compétentes pour se prononcer sur les effets d'une union conjugale formelle favorisent cette hypothèse<sup>986</sup>.

**568.** Le choix de la loi de la résidence conjugale comme applicable aux effets de l'union ne semble donc pas soulever de difficultés insurmontables. Au contraire, il présente de nombreux avantages dont celui de désigner une loi présentant une proximité commune avec les membres de l'union conjugale et pouvant souvent correspondre à la *lex fori*. La mise en œuvre du choix de la loi de la résidence conjugale confirme donc sa vocation théorique à régir les effets des unions conjugales formelles. Il convient désormais de s'en assurer pour le choix de leur loi nationale commune.

b) *Le choix de la loi de la nationalité commune*

**569.** Dans le cadre de notre proposition, les membres du couple pourront choisir leur loi nationale commune au moment du choix comme applicable aux effets de leur union. Ce rattachement pourrait soulever une première difficulté pratique en cas de plurinationalité des membres du couple. En effet, le principe de la primauté de la nationalité du for sur la nationalité d'un autre Etat empêcherait, par exemple, un couple dont les membres sont franco-sénégalais, de choisir la loi sénégalaise comme applicable aux effets de leur union puisqu'ils sont considérés comme étant uniquement français aux yeux du juge français. La Cour de Cassation a en effet considéré, en faisant application du rattachement du divorce à la loi

---

<sup>986</sup> Sur la correspondance entre la loi de la résidence conjugale et la *lex fori*, cf. *supra* n°478.

nationale commune des époux, que le mariage de deux époux marocains ayant acquis tous deux la nationalité française sans avoir perdu la nationalité marocaine ne pouvait être dissout que selon la loi française<sup>987</sup>. Le principe de primauté de la loi du for en cas de conflit positif de nationalités, depuis longtemps consacré<sup>988</sup>, a pourtant été vivement critiqué<sup>989</sup>. Il constitue en effet une intrusion du principe de souveraineté dans le domaine du conflit de lois par le prisme du droit de la nationalité. Il a d'ailleurs été déclaré contraire aux libertés européennes de circulation et à la jouissance effective des droits conférés par la citoyenneté européenne et garantis par l'Espace de Liberté de Sécurité et de Justice. La Cour de Justice de l'Union européenne avait ainsi estimé dans l'affaire *Garcia Avello*<sup>990</sup> qu'il « n'appartient pas à un Etat membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre Etat membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité ». A ce titre, le règlement Succession prévoit, dans son article 22, qu'une « personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout Etat dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès »<sup>991</sup>. Dès lors, pour éviter que le choix d'une loi nationale commune autre que celle du for soit déclaré nul par le juge saisi, le principe de primauté de la nationalité du for ne devrait pas pouvoir jouer dans la mise en œuvre de notre proposition. Ce principe ne pourra donc pas remettre en cause le choix effectué, d'un commun accord, par les membres du couple. Le récent règlement européen relatif aux effets matrimoniaux prévoit d'ailleurs dans son considérant n°50 que « la question de savoir comment considérer une personne possédant plusieurs nationalités [...] ne devrait pas influencer la validité du choix de la loi applicable effectué conformément au présent règlement ».

**570.** Lorsque les membres du couple ne possèdent pas la nationalité du for, le principe de la prise en compte de la loi nationale la plus effective s'opposerait, quant à lui à ce qu'un couple dont les membres seraient, par exemple, américano-canadiens de choisir la loi

---

<sup>987</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mai 1993 ; note COURBE (P.), *RCDIP* 1993, p. 684s. ; note LEQUETTE (Y.), *JDI*, 1994, p. 115s., note AUDIT (B.), *D.* 1993, p. 349s.

<sup>988</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1968, *Kasapyan*, note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1969, p. 59s.

<sup>989</sup> Notamment par LAGARDE (P.), « Vers une approche fonctionnelle des conflits positifs de nationalités », *RCDIP*, 1988, p. 29s.

<sup>990</sup> CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, Aff. C-148/02 ; note LAGARDE (P.), *RCDIP*, 2004, p. 192s. ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2004, p. 62s.

<sup>991</sup> Règlement (UE) n° 650/2012 du parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.



canadienne si celle-ci n'est pas la plus effective pour les deux membres du couple<sup>992</sup>. La détermination de l'effectivité de la nationalité en cause relève de l'appréciation souveraine des juges du fond qui prennent en compte différents critères tels que la résidence de l'individu, la langue parlée par l'individu, le lieu de réalisation de son activité professionnelle, les conditions ou encore la date d'acquisition ou d'attribution des nationalités en conflit. Le principe de la prééminence de la nationalité étrangère la plus effective participe incontestablement du principe de proximité. Cependant, son application, délicate à mettre en œuvre par le juge saisi, diminuerait trop strictement les hypothèses de choix de loi offertes aux membres du couple. En effet, le critère de la résidence constituant l'élément déterminant dans l'appréciation de l'effectivité de la nationalité, les membres du couple ne pourraient finalement opter pour leur nationalité commune que si celle-ci correspond par ailleurs à leur résidence conjugale. L'effectivité de l'option de législation proposée ne serait alors pas assurée et le principe d'autonomie ne serait pas garanti.

**571.** Le choix effectué par les membres du couple de leur nationalité commune comme loi applicable aux effets de leur union ne sera donc pas susceptible d'être remis en cause par les principes de primauté de la loi nationale du for et de prévalence de la loi nationale la plus effective. Ces principes, qui iraient à l'encontre de ceux de l'autonomie de la volonté et de la prévisibilité de la loi applicable, ne permettront donc pas à l'autorité requise de se prononcer sur les effets de l'union, de refuser l'application de la loi nationale choisie par le couple.

**572.** Le choix de la loi nationale commune des membres du couple pour régir les effets de leur union est également susceptible de poser un problème pratique lorsque cette nationalité commune résulte de l'acquisition, par l'un des membres du couple, de la nationalité de l'autre membre par l'effet de l'union formelle. Il est en effet de nombreux pays dans lesquels la formalisation d'une union conjugale constitue une mode d'acquisition de la nationalité. Ainsi, en droit français, si l'article 21-1 du Code civil précise que le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité, l'article 21-2 du même Code prévoit que l'étranger ou l'apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut obtenir la nationalité française par déclaration. Ce dernier devra alors remplir certaines

---

<sup>992</sup> V. par exemple Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 1974 ; note NISARD (M), *RCDIP*, 1975, p. 260s. ; note ALEXANDRE (D.), *JDI*, 1976, p. 298s.

conditions qui n'ont cessé de se durcir en vue de lutter contre les mariages blancs. Il devra ainsi attendre un délai de quatre ans à compter du mariage ou de cinq ans s'il ne justifie pas avoir résidé de manière ininterrompue et régulière pendant au moins trois ans en France. Il faudra également que la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage, qu'il justifie d'une connaissance suffisante de la langue française et, enfin, que le conjoint français ait conservé sa nationalité. L'acquisition de la nationalité par effet de la formalisation de l'union conjugale n'étant pas toujours automatique, il ne serait pas opportun que les membres du couple puissent opter pour une nationalité qui n'est pas commune au moment du choix mais qui le deviendrait postérieurement. Cela reviendrait en effet à faire de l'acquisition de la nationalité une condition suspensive du contrat et, partant, à priver les membres du couple des dispositions de la loi choisie dans le cas où la nationalité de l'autre membre n'aurait pas été postérieurement acquise. Dès lors, quand bien même la formalisation de l'union serait un mode d'acquisition de la nationalité permettant aux membres du couple de disposer d'une nationalité commune, le choix de cette loi nationale commune ne pourrait être réalisé qu'une fois la nationalité effectivement acquise.

**573.** A l'instar de la résidence conjugale, la nationalité commune doit s'apprécier au moment du choix. Ni un changement postérieur de nationalité, notamment par acquisition de celle de l'autre membre du couple, ni la perte postérieure de la nationalité n'entraînerait de modification de la loi applicable. S'ils le souhaitent, les membres du couple devront alors modifier leur contrat pour désigner leur nouvelle loi nationale commune comme désormais applicable. La loi nationale commune des membres du couple pourrait donc tout à fait régir les effets de leur union, au même titre que la loi de la résidence conjugale.

**574.** Les membres du couple pourraient donc choisir comme loi applicable aux effets de leur union les dispositions matérielles de la loi de leur résidence conjugale au moment du choix ou celles de la loi de leur nationalité commune au moment du choix sans que cela ne soulève de difficultés insurmontables pour l'autorité tenue d'appliquer la loi choisie. Au contraire, cela présenterait de nombreux intérêts dont celui de choisir une loi présentant une proximité certaine et commune avec les membres du couple pour régir les effets de leur union. Mais encore convient-il de déterminer les modalités de fonctionnement de l'option de législation proposée.

## **2) *Les modalités de l'option de législation***

**575.** Si l'on admet que les membres du couple peuvent choisir la loi applicable aux effets de leur union, il convient toutefois de préciser, notamment au regard des solutions retenues par les différents instruments internationaux ayant ouvert une option de législation en matière familiale, selon quelles modalités ce choix pourrait être réalisé. Il est donc nécessaire d'analyser le moment du choix **(a)** avant d'aborder la question de la validité du choix **(b)**.

### **a) *Le moment du choix***

**576.** L'instauration d'une option de législation suppose de s'interroger sur le moment auquel les membres du couple pourraient choisir la loi qu'ils souhaitent voir s'appliquer aux effets de leur union. Il nous semble à ce titre que les membres de l'union conjugale formelle devraient pouvoir choisir la loi applicable aux effets de leur union par un contrat de choix de loi qui devrait pouvoir être conclu et modifié à tout moment.

**577.** Afin de permettre aux membres de l'union conjugale d'être conscients de la possibilité qui leur est offerte de choisir la loi applicable aux effets de leur union, une obligation d'information devrait peser sur l'autorité saisie de la création de leur union. Dans le cadre de notre proposition, celle-ci, ou un autre organe désigné par l'ordre juridique auquel appartient cette autorité, serait ainsi tenue d'informer les membres du couple des lois à leur disposition ainsi que de la loi applicable aux effets de leur union en l'absence de choix. Cette exigence, de nature administrative, participerait à assurer l'effectivité des règles de conflit proposées. Trop nombreux sont en effet les couples qui ne s'intéressent pas, souvent par méconnaissance, au choix de la loi applicable à leur divorce, à leur régime matrimonial ou encore à leurs obligations alimentaires. Les options de législations ouvertes aux membres du couple sont pourtant un gage essentiel de la prévisibilité du régime juridique applicable aux effets de leur union. Leur utilisation doit donc être renforcée et facilitée. C'est ce à quoi nous semble pouvoir aboutir l'obligation d'information pesant sur l'autorité saisie de la création de l'union. Un document, expliquant simplement les règles applicables et traduit dans les langues

officielles des Etats contractants<sup>993</sup>, pourrait ainsi être à la disposition de chaque autorité habilitée à officialiser une union conjugale formelle, à charge pour elle de la remettre aux intéressés. Un exemple de fiche explicative de la loi applicable aux unions conjugales formelles figure ainsi en annexe proposée à l'issue de cette étude.

**578.** Dans l'hypothèse où le contrat d'*electio juris* serait conclu avant la formalisation de l'union par l'intervention de l'autorité compétente – par le biais d'un contrat de mariage ou d'un *prenuptial agreement* – ce contrat ne produira ses effets qu'au jour de la formalisation de l'union puisqu'il s'agit d'une condition suspensive de ce dernier. Les membres du couple pourraient modifier leur choix à tout moment. Cette modification devrait toutefois être expresse et respecter les mêmes conditions que celles applicables au contrat de choix de loi initial. Aucune mutabilité automatique de la loi applicable aux effets de l'union conjugale formelle ne serait donc possible. Cette modification ne devrait être rétroactive qu'en cas d'accord commun des membres du couple. A défaut d'expression de volonté contraire, la modification de la loi applicable aux effets de l'union n'aurait donc d'effet que pour l'avenir. En cas de rétroactivité consentie par le couple, le changement de loi applicable ne serait toutefois pas opposable aux tiers. Elle ne pourrait donc pas porter atteinte aux droits de ces derniers ni remettre en cause les actes antérieurement conclus sous l'empire de la loi jusque-là applicable.

**579.** Enfin, le contrat de choix de loi devrait également pouvoir être conclu au cours de la procédure devant le juge requis de se prononcer sur les effets, et notamment la dissolution, de l'union conjugale. Les membres de l'union devraient ainsi pouvoir choisir la loi applicable en cours d'instance par le biais d'un accord procédural. Cette solution n'a pas été retenue par le règlement Rome III qui renvoie, en son article 5.3, à la loi du for le soin de décider si un tel accord procédural est possible. Le refus du recours à l'accord procédural est traditionnellement justifié par l'indisponibilité des droits en cause<sup>994</sup>. Mais l'ouverture d'une option de législation en la matière suppose nécessairement une remise en cause de l'indisponibilité de ces droits. Il nous semble en effet contradictoire d'estimer ne pas avoir la libre disposition d'un droit pour lequel il est possible de déterminer la loi qui lui sera

---

<sup>993</sup> Rappelons en effet que l'adaptation proposée du droit international privé du couple pourrait prendre la forme d'un instrument international. Cf. *infra* Conclusion générale : Projet de règlement européen sur la loi applicable et la compétence des autorités en matière conjugale.

<sup>994</sup> Sur la notion d'indisponibilité des droits, v. notamment FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996.

applicable<sup>995</sup>. L'admission de l'accord procédural permettrait pourtant aux membres du couple qui, par négligence, n'ont pas choisi de loi applicable et qui souhaitent s'opposer à l'application de loi objectivement applicable d'opter, d'un commun accord, pour une loi dont l'application présente désormais une importance majeure pour eux. On peut d'ailleurs relever qu'alors que le projet de règlements européens relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés précisait que le choix de la loi applicable devait se faire « au plus tard le jour de la saisine de la juridiction et, par la suite, conformément à la loi du for », les règlements finalement adoptés n'ont pas retenu cette précision. On peut alors y voir une acceptation tacite du recours à l'accord procédural.

**580.** Dès lors, dans le cadre de notre proposition, les membres de l'union conjugale formelle pourraient choisir, en lieu et place de la loi de l'autorité applicable à défaut de choix, la loi de leur nationalité commune ou de leur résidence conjugale. En tout état de cause, cet accord procédural devrait aussi bien permettre la désignation de la loi du for que celle d'une loi étrangère. Précisons que lorsque cet accord désigne une loi étrangère, le juge requis peut alors recourir à un renvoi de compétence juridictionnelle afin que soit assuré un lien entre le *jus* et *for*. En pratique, le recours à cet accord procédural ne devrait toutefois pas être très fréquent. En effet, la majorité des questions relatives aux effets de l'union conjugale se poseront lors de la dissolution de celle-ci et il n'est alors pas certain que les membres du couple, désormais en désaccord sur de nombreux points, parviennent à se mettre d'accord sur la loi applicable. C'est en cas d'échec de ce qui constitue finalement une forme de conciliation, recherchée dans le cadre de cette instance, que la loi objectivement applicable, soit la loi selon laquelle le lien conjugal a été configuré, régira le litige.

**581.** La loi applicable aux effets des unions conjugales formelles pourrait donc être choisie et modifiée à tout moment. Sa modification ne pourrait être rétroactive qu'en cas d'accord commun et ne pourra affecter les droits des tiers. L'évolution libérale du droit international privé nous incite également à permettre le choix de la loi applicable dans le cadre d'un accord procédural. Mais encore faut-il que ce choix soit valide.

---

<sup>995</sup> Cette interprétation n'a toutefois pas été retenue par la France qui n'a pas déclaré à la Commission européenne son autorisation à conclure un accord procédural en matière de divorce avant le 21 septembre 2011. Au contraire, une circulaire du 18 juin 2012 confirme le caractère indisponible des droits en cause.

b) La validité du choix

**582.** Afin de savoir à quelle loi serait soumise la validité du contrat d'*electio juris* conclu par les membres de l'union conjugale, il convient de distinguer la validité matérielle de la validité formelle de ce dernier. Il appartiendra à l'autorité compétente pour se prononcer sur la question des effets de l'union de vérifier que ces conditions de validité sont remplies.

**583.** La validité matérielle du contrat de choix de loi ou de la clause de choix de loi devrait classiquement être soumise à la loi désignée applicable si le choix était valable, soit à la loi choisie par les parties, la *lex causae*. Ce rattachement, également retenu par les règlements européens relatifs au divorce, aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, consacre ainsi le principe d'autonomie de la clause d'*electio juris* par rapport au contrat principal dont la nullité invoquée n'aura pas d'incidence sur celle de la clause de choix de loi.

**584.** Guidée par un principe de faveur, la validité formelle du contrat de choix de loi devrait faire l'objet d'un rattachement alternatif. Ce choix serait ainsi valable quant à la forme s'il répond aux exigences de la loi désignée, soit la *lex causae*. Il serait également valable quant à la forme s'il répond, de manière classique, aux exigences de la loi où le contrat a été conclu, soit la *lex loci contractus*. Il devrait en tout cas faire l'objet d'un acte écrit signé et daté par les membres du couple. Cette exigence formelle, retenue par l'article 7 du règlement Rome III, par l'article 12 convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et l'article 23 des règlements européens relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, constitue en effet « le *minimum minimorum* en matière de formalisme protecteur du consentement »<sup>996</sup>. Le contrat de choix de loi ne pourrait donc en aucun cas être tacite, déduit d'une volonté présumée ou d'un comportement des membres du couple contrairement à ce que semble retenir, de manière un peu surprenante, les récents règlements européens. En effet, alors que le premier paragraphe des articles 6 du règlement Rome III et 24 des règlements relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés prévoient que la validité du contrat est soumise à la loi choisie, le second paragraphe de ces articles précise que l'époux ou le partenaire peut établir son absence de consentement selon la loi de sa résidence

---

<sup>996</sup> LARDEUX (G.), « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.* 2011, p. 1836.

habituelle s'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet de son comportement selon la loi choisie. Or, ces règlements précisent que le choix de loi doit être formulé par écrit. Le comportement de l'époux ou du partenaire ne devrait donc pas pouvoir établir son consentement<sup>997</sup>. Cette règle ne nous semble dès lors pas devoir être reprise. En l'absence de choix exprès de loi applicable, c'est à la loi de l'autorité objectivement applicable qu'il conviendra de régir les effets de l'union.

**585.** Afin de s'assurer de l'intégrité du choix de loi effectué par les membres du couple, il conviendrait également d'imposer une obligation de conseil quant aux conséquences juridiques de celui-ci. Dans son projet de rapport sur le règlement Rome III du 26 octobre 2006, le Parlement européen avait ainsi émis le souhait que les époux aient bénéficié de conseils juridiques d'un praticien du droit avant de choisir la loi applicable à leur divorce. Mais, alors que le considérant n°18 du règlement précise que « le choix éclairé des deux conjoints est un principe essentiel du présent règlement [et que] chaque époux devrait savoir exactement quelles sont les conséquences juridiques et sociales du choix de la loi applicable », cette obligation de conseil n'a malheureusement pas été retenue par le Conseil européen. Ce dernier a préféré renvoyer à l'Etat de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention le soin d'imposer des exigences formelles supplémentaires, notamment lorsque la clause est insérée dans un contrat de mariage. Il en va de même concernant le récent règlement européen sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. En effet, alors que l'article 15.3 de la proposition de règlement prévoyait que « le choix de la loi applicable n'est valide que si les partenaires ou futurs partenaires peuvent prouver qu'ils ont été conseillés, avant de faire ce choix, quant aux conséquences juridiques dudit choix », cette obligation de conseil juridique sur les effets du choix de la loi applicable n'a pas été retenue par la version finale du règlement.

**586.** Si liberté rime avec responsabilité, il nous semble cependant que les membres du couple ne devraient assumer la responsabilité de la liberté que leur offre cette option de législation que lorsque le choix de la loi applicable était éclairé. Or, ce choix ne peut être totalement éclairé, et partant, le consentement des membres du couple ne peut être totalement établi, lorsqu'il est réalisé par des personnes n'ayant que peu de connaissances en droit international privé et en droit comparé. Dès lors, eu égard à l'importance considérable de

---

<sup>997</sup> V. en ce sens LARDEUX (G.), « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.*, 2011, p. 1835s.

celui-ci, un conseil extérieur semblerait mieux à même de permettre le respect du consentement des membres du couple quant au choix de la loi applicable aux effets de leur union<sup>998</sup>. A l'instar de l'exigence d'un consentement libre et éclairé des membres du couple quant à la création de leur union, l'exigence d'un conseil juridique permettrait de s'assurer du choix libre et éclairé de la loi applicable aux effets de leur union. Cette exigence devrait donc faire ici aussi l'objet d'une règle matérielle de droit international privé. Si le choix d'un acte signé par notaire en la forme authentique constitue le moyen le plus sûr de s'assurer de l'intégrité du choix réalisé par les membres du couple, cette condition, retenue par le droit français quant au contrat de mariage, nous semble cependant trop exigeante pour être imposée en droit international privé quant au contrat d'*electio juris*<sup>999</sup>. Le conseil pourrait également provenir d'un avocat ou d'un juriste possédant de solides connaissances en droit international privé et comparé de la famille. Le contrat de choix de loi devrait donc être, *a minima*, précédé de l'avis d'un juriste spécialisé en droit international privé. Celui-ci devrait conseiller les membres du couple quant aux conséquences juridiques des lois à leur disposition, en prenant également en compte les règles de compétence juridictionnelle. Afin de prouver que ce conseil a été donné, le juriste devrait contresigner ledit contrat. Pour faciliter la mise en œuvre de cette règle matérielle, chaque Etat pourrait dresser une liste des personnes qualifiées dans son ordre juridique, pour conseiller les membres du couple en cas de choix de loi applicable aux effets de leur union<sup>1000</sup>.

**587.** Afin de s'assurer de l'effectivité du choix de loi effectué par les membres du couple, le juriste-conseil devra également prêter une attention particulière à la reconnaissance du contrat de choix de loi dans le pays dans lequel celui-ci a vocation à s'exécuter. A ce titre, les pays anglo-saxons ne reconnaissent les contrats pré-nuptiaux que lorsque les membres du couple ont été conseillés par deux juristes indépendants et qu'ils ont fait précéder leur contrat d'un inventaire patrimonial, d'une clause de *full disclosure*. S'il ne nous semble pas nécessaire de faire de ces exigences des conditions de validité formelle de tous les contrats de

---

<sup>998</sup> V. en ce sens POCAR (F.) « Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n°2201/2003 en ce qui concerne la compétence et loi applicable au divorce », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, p. 245s.

<sup>999</sup> L'article 25 du règlement européen relatif aux régimes matrimoniaux n'impose d'ailleurs pas directement la forme notariée, celle-ci doit être prévue par la loi de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ou par la loi applicable au régime matrimonial.

<sup>1000</sup> Il ne s'agirait bien évidemment pas d'une liste nominative, elle désignerait des personnes en fonction de leur profession (professeurs, avocats, notaires, juristes...) et de leurs compétences. Il pourrait *a minima* s'agir de personnes possédant une formation juridique au moins équivalente à un bac+5 et spécialisées en droit international privé et comparé du couple.



choix de loi, celles-ci devront cependant être respectées par les membres du couple lorsque leur contrat aura vocation à s'exécuter dans un pays anglo-saxon. Une analyse des exigences du pays dans lequel les effets de l'union ont vocation à se développer devra donc être effectuée par le juriste-conseil.

**588.** En conclusion, alors que la validité matérielle du contrat de choix dépendrait de la loi choisie par les parties, sa validité formelle serait quant à elle soumise à la loi choisie par les parties ou à la loi du lieu où le contrat a été conclu. Ce choix devrait toutefois être écrit et signé par les membres du couple et précédé de l'avis d'un juriste-conseil qui contresignera le contrat. L'exigence d'un conseil juridique permettrait ainsi de s'assurer du choix libre et éclairé de la loi applicable aux effets de leur union et de ses conséquences juridiques. Cette obligation de conseil nous semble d'autant plus pertinente au regard du domaine particulièrement large que notre proposition attribue à la loi choisie par les membres du couple en vue d'assurer un traitement juridique uniforme des effets de l'union conjugale. L'exigence d'une loi qui connaît l'institution litigieuse à régir n'est donc pas ignorée mais, à l'inverse de la solution retenue par le législateur français en matière de partenariats enregistrés, ne constitue pas un élément de nature à priver les partenaires de la possibilité de choisir, tout en étant conseillés, la loi applicable aux effets de leur union sans autre justification que celle tenant à l'originalité ou à la spécificité de l'institution. Nous verrons que cette exigence est remplie par la vocation objective de la loi de l'autorité ayant constitué l'union conjugale à régir ses effets en l'absence de manifestation de volonté contraire.

## **B. La loi applicable à défaut de choix**

**589.** L'instauration de rattachements subjectifs, laissés à la volonté des parties, suppose de retenir une règle de conflit objective permettant de déterminer la loi applicable aux effets des unions conjugales formelles en l'absence de choix ou en cas d'impossibilité d'en faire un. Cette règle devrait garantir l'application d'une loi qui présente une proximité certaine avec le couple. Elle devrait également assurer, au regard de l'objectif du lien entre compétence législative et juridictionnelle, une application privilégiée de la loi du for tout en respectant les prévisions légitimes des parties. Deux possibilités sont alors à envisager : l'instauration d'une règle de conflit en cascade ou d'un rattachement objectif à la seule loi de l'autorité. Nous démontrerons que si le recours à une règle de conflit en cascade, retenue par les récents instruments de droit international privé, est envisageable, le rattachement objectif

des effets des unions conjugales formelles à la loi de l'autorité les ayant constituées nous semble toutefois devoir être privilégié.

**590.** A l'instar des règles retenues en droit international privé positif, et notamment dans les récents règlements européens, une règle de conflit en cascade, déterminée en fonction de l'aptitude des rattachements retenus à atteindre les objectifs définis, aurait pu être proposée. Ainsi, l'article 8 règlement Rome III prévoit-il qu'en l'absence de choix des époux quant à la loi applicable à leur divorce, celui-ci est régi par « la loi de l'Etat de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ou, à défaut, de la dernière résidence habituelle des époux pour autant qu'elle n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux y réside encore ou, à défaut, de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction ou, à défaut, dont la juridiction est saisie ». Le considérant n°21 précise à ce titre que cette règle de conflit en cascade est fondée sur « l'existence d'un lien étroit entre les époux et la loi concernée en vue de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité ». Le récent règlement européen relatif aux régimes matrimoniaux<sup>1001</sup> prévoit également que la loi objectivement applicable est « la loi de l'État de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage ou, à défaut, de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage ou, à défaut, avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage ».

**591.** Dès lors, à suivre la tendance actuelle, la loi applicable aux effets des unions conjugales formelles en l'absence de manifestation de volonté contraire aurait pu être celle de la loi de la résidence conjugale, ou, à défaut, de la nationalité commune, ou, à défaut, de l'autorité saisie de la création de l'union. Mais il pourrait également être proposé que la loi applicable aux effets de l'union conjugale formelle en l'absence de choix soit celle de l'autorité l'ayant constituée. C'est vers ce choix que nous nous orientons. Ce rattachement permettrait en effet de soumettre à une seule loi les règles relatives à la naissance, la vie et l'extinction de l'union conjugale. Partant, il résoudrait les problèmes d'adaptation posés par l'application d'une loi autre que celle initialement appliquée à la création de l'union. Certes, ce rattachement pourrait être perçu comme assurant une moins grande proximité de la loi

---

<sup>1001</sup> Règlement (UE) 2016/1103 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

applicable que ne l'aurait permise l'adoption d'une règle de conflit en cascade désignant, en premier lieu, la loi de la résidence conjugale. Le principe de proximité de la loi applicable est selon nous le corollaire du principe de prévisibilité : lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur rapport de droit, elles font confiance au système juridique pour qu'il le soumette à la loi qui était la plus prévisible. Or, une analyse en termes de prévisibilité de la loi applicable ne permet pas d'estimer que l'application de la loi de la résidence conjugale est plus prévisible que celle ayant configuré le lien conjugal dans lequel se sont engagées les parties lors de l'intervention de l'autorité. Au contraire, il nous semble que la loi de l'autorité – qui présentait une proximité certaine avec le couple eu égard aux règles de compétence internationale proposées – en application de laquelle a été constitué le lien conjugal présente une plus grande vocation à régir les effets de cette union que celle d'une résidence conjugale encore inconnue au moment où les parties se sont engagées, pour l'avenir, à des obligations respectives. Il est d'ailleurs frappant que, dans une formulation identique, le considérant n°49 du règlement sur les régimes matrimoniaux justifie la règle de conflit en cascade retenue par le fait qu'elle « concilie la prévisibilité et l'impératif de sécurité juridique avec la nécessité de prendre en compte la vie menée par le couple » alors que ces mêmes considérations justifient, selon le considérant n°48 du règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés<sup>1002</sup>, le rattachement objectif à « la loi de l'État selon la loi duquel le partenariat a dû être enregistré afin d'être officialisé ».

**592.** Du reste, le rattachement objectif à la loi de l'autorité que nous proposons est particulièrement pertinent lorsque l'union conjugale a été formalisée par une autorité religieuse. En effet, les pays confessionnels n'acceptent généralement pas de reconnaître une décision ayant appliqué aux effets du mariage, et notamment à sa dissolution, une autre loi que la loi religieuse appliquée par l'autorité saisie de sa création. Ainsi la Cour d'appel de Beyrouth a-t-elle estimé dans son arrêt du 13 décembre 1993 que « les effets d'un mariage contracté devant l'autorité confessionnelle sont soumis aux lois de cette autorité »<sup>1003</sup>. Cette affaire réaffirme la position de la Cour de cassation libanaise du 11 juin 1932 selon laquelle « l'ordre public libanais en matière de formation ou de dissolution du mariage peut-être ainsi défini : le respect de la loi religieuse de l'autorité confessionnelle devant laquelle le

---

<sup>1002</sup> Règlement (UE) 2016/1104 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.

<sup>1003</sup> CA Beyrouth, 13 décembre 1993, *Al-Adl* 1994, p. 964.

mariage a été contracté »<sup>1004</sup>. La forme religieuse du mariage, choisie par les époux, est, dans ces pays, révélatrice de leur intention de soumettre leur statut matrimonial et les conséquences de leur union à la loi religieuse. Il s'agit en effet de « préserver l'application de la règle de conflit interpersonnel qui désigne l'autorité de la célébration du mariage et corrélativement la loi de cette autorité »<sup>1005</sup>. Du reste, parce que la loi de l'autorité peut souvent correspondre à la loi de la première résidence conjugale, ce rattachement s'avère particulièrement pertinent pour régir les effets patrimoniaux de leur union.

**593.** Enfin, la vocation objective de la loi de l'autorité évite le rattachement subsidiaire à la *lex fori* actuellement retenu par défaut et justifié par la nécessaire détermination d'une loi applicable au rapport de droit<sup>1006</sup>. La *lex auctoris* remplit également ce critère mais présente, elle, une proximité certaine et commune avec les membres du couple dont s'assurent les règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale que nous avons proposées. A l'inverse, la *lex fori*, parce que sa « vocation générale subsidiaire »<sup>1007</sup> à régir le rapport de droit n'est finalement déterminée que par les chefs de compétence directe du juge saisi, peut résulter de la simple domiciliation du défendeur sur son territoire. Dans ces conditions, la *lex fori* ne présente pas de plus grande légitimité à régir les questions relatives aux effets de l'union conjugale que la loi de l'autorité<sup>1008</sup>. Elle n'aurait alors vocation à s'appliquer au fond que si elle correspond à l'une des lois choisies par les membres du couple, à la loi de l'autorité objectivement applicable ou, à titre subsidiaire, lorsque la loi applicable est évincée par l'exception d'ordre public international si les effets prévus par celle-ci sont manifestement incompatibles avec les valeurs fondamentales du for.

---

<sup>1004</sup> Cour de cassation du Liban, 11 juin 1932, *Gazette des tribunaux libanais et syrien*, 7<sup>ème</sup> année, p. 216, Rep. mixte, II. 854.

<sup>1005</sup> NAJM (M.-C.), *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisation*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 49, 2005, p. 556, n°580.

<sup>1006</sup> La *lex fori* aurait ainsi, selon l'arrêt *Bisbal*, une « vocation à régir tous les rapports de droit privé », v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mai 1959 ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1960, p. 62s. ; note SIALELLI (J.-B.), *JDI*, 1960, p. 810s. ; note MALAURIE (Ph.), *D.* 1960, p.610s. ; note MOTULSKY (H.), *JCP G*, 1960, II, 11733.

<sup>1007</sup> BATIFFOL (H.), *Droit international privé*, 4<sup>ème</sup> éd. 1967, n°436. V. également LOUIS-LUCAS (P.), « Existe-t-il une compétence générale du droit français dans le règlement du conflit de lois ? », *RCDIP* 1959, p. 405s.

<sup>1008</sup> Le rattachement du divorce à la *lex fori* à défaut d'autres lois applicables est également justifié par son caractère procédural. La possibilité ouverte par le projet de loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, adopté définitivement le 12 octobre 2016 par l'Assemblée nationale, de divorcer sans juge – dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel – affaiblit toutefois la pertinence de cette justification. Du reste la *lex fori* continuera de régir les questions essentiellement relatives à la procédure.

**594.** Afin que soit assuré un lien entre compétence juridictionnelle et compétence législative que ne permet pas nécessairement le rattachement objectif des effets de l'union à la loi de l'autorité saisie de sa création, une règle de renvoi de compétence juridictionnelle pourrait également être retenue. Ainsi, à l'instar de la règle prévue par l'article 6 du règlement Succession<sup>1009</sup>, il pourrait être proposé que la juridiction saisie – soit, au regard de chefs de compétence directe retenus par les différentes règles applicables, celle de la résidence ou de la nationalité des membres du couple – puisse se dessaisir si elle considère que les juridictions de l'Etat de la loi appliquée par l'autorité saisie de la création de l'union, ou celles de la loi choisie par les parties, sont mieux placées pour trancher le litige. Si ces dernières acceptent leur compétence, alors la juridiction initialement saisie ne serait pas tenue d'appliquer une autre loi que celle de l'ordre juridique auquel elle appartient. L'instauration de cette règle de renvoi juridictionnel permettrait ainsi d'assurer un lien entre compétence législative et juridictionnelle dans la mise en œuvre de l'adaptation du droit international privé que nous proposons. Partant, elle faciliterait le travail dans le juge qui pourrait, si les conditions sont réunies, se dessaisir au lieu d'appliquer une loi qu'il ne connaît pas.

**595.** Proposé ici en matière de compétence juridictionnelle, le mécanisme du renvoi s'applique pourtant plus traditionnellement dans le cadre du conflit de lois. Il convient alors de se demander si le renvoi devrait également être admis dans le cadre du rattachement objectif de l'union conjugale formelle à la loi de l'autorité. Autrement dit, la mise en œuvre du rattachement à la loi de l'autorité suppose-t-elle de n'appliquer aux effets de l'union conjugale formelle que les dispositions matérielles de la loi de l'autorité saisie de sa création ou également ses dispositions conflictuelles ? Rappelons que le renvoi a été accepté quant aux conditions de validité de l'union lorsqu'une autre loi que celle de l'ordre juridique auquel appartient l'autorité saisie de la création de l'union a été appliquée à la constitution du lien conjugal. L'admission du renvoi en matière de validité de l'union permet en effet de satisfaire l'objectif de continuité concrète du lien conjugal par l'application, par l'autorité saisie de la réception de l'union, de la loi concrètement appliquée à sa constitution. Il ne s'agit dès lors pas d'un simple renvoi *in favorem*, ne permettant le renvoi que dans l'hypothèse où la loi normalement désignée annulerait l'union conjugale, mais d'une sorte de renvoi *in concreto*

---

<sup>1009</sup> Règlement (UE) n° 650/2012 du parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

permettant l'application à la validité de l'union de la loi concrètement appliquée à sa constitution.

**596.** Ces mêmes considérations nous conduisent à estimer que lorsqu'une union conjugale a été configurée selon une autre loi que celle de l'ordre juridique de l'autorité saisie et que cette loi a été spécifiée dans l'acte constitutif du statut conjugal, c'est à cette loi qu'il appartiendra également de régir les effets des unions conjugales formelles. C'est donc à la loi selon laquelle l'union conjugale a été configurée qu'il appartiendra d'en déterminer les effets en l'absence de choix contraire des membres du couple. L'admission conditionnée du renvoi éviterait ainsi une dissociation entre la loi applicable à la validité et celle applicable aux effets des unions conjugales formelles. Autrement dit, elle éviterait de soumettre les effets de l'union conjugale à une loi différente que celle selon laquelle elle a été créée et en vertu de laquelle les parties se sont engagées à des obligations à venir. Lorsqu'aucune précision n'a été apportée quant à la nature de la loi appliquée par l'autorité saisie de la création de l'union dans l'acte constitutif qu'elle a établi, cette union sera supposée avoir été soumise aux dispositions matérielles de l'ordre juridique auquel appartient l'autorité saisie. C'est alors à ses seules dispositions matérielles qu'il appartiendra d'en régir les effets.

**597.** L'analyse de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois proposée à l'aune des problèmes pratiques que les lois qu'elle désigne seraient susceptibles de soulever nous aura ainsi permis de nous assurer de la vocation de la loi de la résidence conjugale et de la loi nationale commune des membres du couple à régir les effets de leur union lorsqu'elle est choisie par les parties. Elle nous aura également permis de proposer, en l'absence de choix, un rattachement objectif de ces effets à la loi de l'autorité ayant constitué l'union conjugale. Ce rattachement permettrait ainsi de soumettre les effets de l'union à la loi en vertu de laquelle elle a été configurée et ainsi garantir l'application d'une loi unique aux règles relatives à la naissance, la vie et l'extinction de l'union conjugale. Ce rattachement nous semble donc plus pertinent que l'instauration d'une règle de conflit en cascade. Cette analyse nous aura permis d'encadrer l'admission du renvoi ainsi que de proposer une règle de renvoi juridictionnel afin que soit assuré le lien entre compétence juridictionnelle et législative. La loi de l'autorité serait donc particulièrement pertinente pour régir les effets de l'union conjugale en l'absence de choix. Mais encore convient-il de déterminer les effets régis par la règle de conflit proposée. Autrement dit, l'analyse du domaine d'application matériel de la loi désignée est désormais nécessaire.

## **II. Le domaine de la loi applicable**

**598.** Guidée par l'objectif d'unité du traitement juridique applicable aux effets des unions conjugales formelles, la loi compétente pour les régir, qu'elle résulte du choix des parties ou de son absence, devra porter sur l'ensemble des effets de l'union conjugale, y compris sa dissolution. Les parties n'auront donc pas la possibilité de réaliser un dépeçage en soumettant les différents effets de leur union à différentes lois. La mise en œuvre de cette règle de conflit permettrait ainsi de retrouver une unité de la loi applicable en lieu et place de l'actuelle diversification des règles de conflit qui conduisent au morcellement – parfois choisi, souvent subi – de la loi applicable à des questions pourtant étroitement liées. En effet, comme le relève Eric Fongaro, l'actuelle « distinction entre les causes et les conséquences du divorce, d'une part, et la dichotomie entre les diverses conséquences patrimoniales du divorce, d'autre part, conduisent à soumettre une même situation à une pluralité de règles de conflit de lois [et] il serait opportun de tenter de simplifier la situation, en essayant, autant que faire se peut, de soumettre l'ensemble de ces questions à une seule loi »<sup>1010</sup>.

**599.** Dans le cadre de notre proposition, loi applicable aux effets des unions conjugales formelles aura ainsi vocation à régir les effets personnels et patrimoniaux de l'union, ainsi que la dissolution ou le relâchement du lien conjugal. Le régime matrimonial, ou, plus largement, les rapports patrimoniaux entre les membres du couple seraient donc régis par cette loi. Il en irait de même pour les avantages matrimoniaux ainsi que pour les donations de biens présents entre époux<sup>1011</sup>. Le domaine d'application particulièrement large conféré à la loi choisie par les parties ou objectivement applicable permettrait alors à l'ancienne catégorie des effets du mariage de retrouver une certaine cohérence et consistance. Au sein du statut conjugal, la catégorie proposée des effets des unions conjugales formelles viendrait ainsi consacrer la qualification de la dissolution de l'union comme l'effet ultime de cette

---

<sup>1010</sup> FONGARO (E.), « Le règlement Rome III et les conséquences patrimoniales du divorce », *JCP N*, n°25, 22 juin 2012, 1274, n°22.

<sup>1011</sup> Les donations de biens à venir seraient quant à elles soumises à la loi successorale. En effet, ces libéralités ne peuvent être exécutées si la loi du domicile, pour les donations mobilières, ou du lieu de situation de l'immeuble, pour les donations immobilières, les tient pour révoquées du fait de la dissolution de l'union. V. en ce sens ANCEL (B.), « Donation, donation entre époux », *Rép. droit international*, Dalloz, n°652.

dernière en même temps qu'elle y intégrerait, comme cela est pratiqué en droit comparé, la question des effets patrimoniaux.

**600.** Concernant la dissolution du lien conjugal, la loi applicable régirait tant les causes et conditions que les effets et les conséquences de cette dernière. Tomberaient ainsi sous l'empire de cette loi, la liquidation du régime matrimonial et, parce qu'elle présente un lien étroit avec cette dernière, la prestation compensatoire. Si la prestation compensatoire est traditionnellement analysée comme une obligation alimentaire, et, partant, régie par le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007, « on conçoit mal que la loi applicable aux causes de divorce diverge de celle applicable à ses conséquences patrimoniales. De même, la loi applicable à la prestation compensatoire devrait être la même que celle applicable à la liquidation du régime matrimonial puisque le résultat du régime peut influencer sur le montant de la prestation compensatoire »<sup>1012</sup>. Cet objectif d'unité de la loi applicable est d'ailleurs présent dans les différents instruments internationaux puisque l'article 8 d) du protocole de La Haye sur les obligations alimentaires permet aux époux de choisir comme loi applicable celle choisie par eux pour régir leur divorce ou celle effectivement appliquée à leur divorce<sup>1013</sup>.

**601.** Seraient toutefois exclus du champ d'application de cette règle de conflit la question préalable de la validité de l'union conjugale qui serait soumise à la règle de conflit que nous avons spécialement proposée à cet effet. De même, la vocation successorale des membres du couple ou la perte de celle-ci après la dissolution de l'union serait soumise à la loi successorale. Les rapports pécuniaires autres que ceux entre les membres du couple, et notamment les obligations alimentaires à l'égard des enfants, resteraient soumis au protocole de La Haye et, partant, au principe de faveur au créancier d'aliments qu'il instaure. Enfin, les questions relatives à la responsabilité parentale et à la filiation par le sang ou adoptive, parce

---

<sup>1012</sup> DUMONT (G.), « Le choix de la loi applicable : un paramètre désormais incontournable du bilan patrimonial », *Droit et patrimoine*, nov. 2011, p. 26.

<sup>1013</sup> Selon l'article 8 du protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, applicable au sein des Etats membres de l'Union européenne par renvoi de l'article 15 du règlement européen du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, « nonobstant les articles 3 à 6, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, à tout moment, désigner l'une des lois suivantes pour régir une obligation alimentaire : a) la loi d'un État dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation ; b) la loi de l'État de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation ; c) la loi désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations ; d) la loi désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation ».



qu'elles ne font pas partie du statut conjugal mais du statut familial, resteraient soumises à des règles de conflit propres.

**602.** L'autorité tenue d'appliquer la loi choisie par les parties ou celle objectivement applicable pourrait l'écartier si ses effets sont manifestement contraires à l'ordre public international du for dans lequel ils ont vocation à se réaliser et à condition que l'éviction de la loi normalement applicable ne constitue pas une ingérence disproportionnée dans les droits en présence. Il convient à ce titre de préciser que le simple fait de ne pas connaître l'union litigieuse – précisément parce qu'il s'agit d'une union conjugale formelle, connue sous une forme ou une autre par tous les Etats de la société internationale – ou de lui attribuer des effets différents ou moindres que ceux de la loi normalement applicable ne pourrait constituer, en lui-même, un motif de déclenchement de l'ordre public international.

**603.** Enfin, les lois de police retenues par les Etats en matière conjugale<sup>1014</sup>, parce qu'elles participent à l'hégémonie du modèle conjugal du for<sup>1015</sup>, ne devraient pas directement jouer dans le cadre de notre proposition. La protection de ces dispositions pourrait en effet être autrement assurée. D'une part, au stade de la création de l'union conjugale, ces dispositions seraient garanties par la compétence reconnue à la loi de l'autorité à régir la validité de l'union conjugale formelle. D'autre part, au stade de la réception d'une union conjugale constituée à l'étranger, ces dispositions pourraient être, dans une certaine mesure, assurées par le mécanisme de l'ordre public international. La contrariété de loi étrangère normalement applicable avec ces dispositions pourrait en effet justifier l'éviction de cette dernière à laquelle sera alors substituée la loi du for lorsque les membres du couple présentent une proximité avec celui-ci.

**604.** Le large champ d'application matériel conféré à la loi applicable aux effets des unions conjugales formelles permet d'en assurer un traitement juridique plus cohérent et facilite certainement l'intelligibilité des règles applicables. Ainsi, la loi applicable aux effets des unions conjugales formelles aura vocation à régir tant les effets personnels que patrimoniaux de l'union conjugale, dont la question de la prestation compensatoire et du régime matrimonial. Elle régira aussi les causes, conditions, effets et conséquences de la

---

<sup>1014</sup> Sur la qualification du régime primaire en lois de police françaises, *cf. supra* n°173.

<sup>1015</sup> *Cf. supra* n°172s. sur l'hégémonie du modèle conjugal du for.

dissolution du lien conjugal. Cette loi ne s'appliquera toutefois pas à la vocation successorale, aux rapports pécuniaires autres que ceux entre les époux, à la responsabilité parentale et à la filiation. L'adaptation proposée du droit international privé du couple le rendrait davantage accessible pour les personnes auxquelles il a vocation à s'appliquer en même temps qu'elle faciliterait l'application des règles proposées par les praticiens du droit et les autorités amenées à se prononcer sur les effets des unions conjugales. Cette simplification des règles applicables permettrait peut-être aux praticiens d'être moins réticents quant à l'application des règles de droit international privé dont la complexité actuelle les incite parfois à occulter l'extranéité du rapport de droit<sup>1016</sup>.

---

<sup>1016</sup> Occulter l'extranéité du rapport de droit revient à éluder l'application de la règle de conflit de lois et, partant, à soumettre le litige à la *lex fori*. Cette opération nous semble critiquable. En effet, soit elle incite les individus à soumettre intentionnellement leur litige à une loi non déclarée compétente par l'ordre juridique de l'autorité requise. Soit elle revient à les priver de la possibilité de soumettre leur litige à une autre loi que celle du for lorsqu'ils n'ont pas été informés du choix possible de loi.



## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**605.** Ce chapitre nous a permis d'analyser la mise en œuvre de la loi applicable aux unions conjugales formelles. Si le renouvellement des règles de droit international privé que nous proposons ne va pas sans soulever quelques difficultés pratiques, aucune d'entre elles ne nous semble insurmontable. Au contraire, la mise en œuvre de ces nouvelles règles permettrait d'assurer de manière plus satisfaisante les objectifs de continuité du statut conjugal, de prévisibilité de loi applicable, d'autonomie de la volonté et de cohérence du traitement juridique poursuivis en la matière.

**606.** Le rattachement de la validité des unions conjugales formelles à la loi appliquée par l'autorité compétemment saisie de sa création permettrait en effet, parce qu'il intègre l'objectif de reconnaissance de l'union conjugale au sein même de la règle de conflit, d'assurer la continuité du statut conjugal. Afin d'éviter tout risque d'*auctorum shopping*, celui-ci serait couplé à des règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale. Celles-ci ne seraient compétentes que lorsque l'un au moins des membres du couple possède la nationalité de l'ordre juridique auquel elle appartient ou lorsqu'il y a établi sa résidence habituelle depuis au moins un an au jour de la création de l'union. Ce rattachement permettrait, au stade de la création de l'union, à l'autorité compétemment saisie d'appliquer sa propre loi. Au stade de sa circulation, elle permettrait à l'union, une fois vérifiée la compétence de l'autorité saisie de sa création, d'être reconnue en application de la loi qui a présidé à sa création. Les obstacles à l'application de cette loi seraient convenablement encadrés. Ils seraient cantonnés à deux hypothèses : l'absence d'un consentement éclairé ou d'une réelle intention matrimoniale lors de la création de l'union et la contrariété manifeste et disproportionnée de l'application concrète de la loi de l'autorité aux dispositions fondamentales du for avec lequel les époux entretiennent une proximité certaine.

**607.** La loi applicable aux effets des unions conjugales formelles serait, quant à elle, soumise à une option de législation entre la loi de la résidence conjugale au moment du choix ou la loi nationale commune au moment du choix. L'ouverture de cette option de législation participe ainsi de l'extension du principe de l'autonomie de la volonté en matière conjugale. Par le choix limité des lois à la disposition des membres du couple qu'elle offre, cette option permet la désignation d'une loi qui présente une proximité certaine et commune avec ces derniers et, partant, participe également du principe de proximité. Les membres du couple

pourraient ainsi choisir l'une de ces lois à n'importe quel moment, même après la saisine de la juridiction, par le biais d'un accord procédural. Alors que la validité matérielle du contrat de choix dépendrait de la loi choisie par les parties, sa validité formelle serait quant à elle soumise à la loi choisie par les parties ou à la loi du lieu où le contrat a été conclu. Ce choix devrait toutefois être écrit et signé par les membres du couple et précédé de l'avis d'un juriste-conseil qui contresignera le contrat. En l'absence de choix, et à rebours de la tendance actuelle à recourir à des règles de conflit en cascade, c'est à la seule la loi de l'autorité saisie de la création de l'union qu'il appartiendra de régir les effets de l'union. Afin que soit assuré un traitement juridique cohérent du rapport de droit, la loi choisie ou applicable par défaut régira l'ensemble des effets personnels et patrimoniaux de l'union ainsi que les causes, conditions, effets et conséquences de la dissolution du lien conjugal. La catégorie des effets des unions conjugales formelles retrouverait ainsi une réelle consistance et la détermination de la loi applicable en sortirait facilitée.

**608.** La mise en œuvre pratique de la loi applicable aux unions conjugales formelles a donc permis d'éprouver l'efficacité de la règle de conflit proposée, aussi bien quant à la validité de ces unions que quant à leurs effets. Il convient désormais d'analyser la mise en œuvre de la loi applicable aux unions conjugales informelles.

## CHAPITRE II : LA LOI APPLICABLE AUX UNIONS CONJUGALES INFORMELLES

**609.** Dans le cadre de l'adaptation proposée du droit international privé du couple, la catégorie des unions conjugales informelles se composerait de l'ensemble des unions de couple non officialisées par l'intervention d'une autorité. Généralement parce qu'ils ne l'ont pas voulu, parfois parce qu'ils n'ont pas pu, ces couples n'ont pas formalisé leur union en adhérant volontairement à un statut conjugal prévu par la loi. Aucune autorité, de quelque nature qu'elle soit, n'est intervenue, à la demande des parties, afin d'enregistrer leur union et, partant, de leur octroyer un statut conjugal. Aucun acte juridique n'est venu modifier, par l'effet constitutif de l'état des personnes que lui attribue la loi de l'ordre juridique auquel appartient l'autorité habilitée à enregistrer l'union, la situation personnelle des parties. A ce titre, le concubinage prévu par le droit français entrerait dans cette catégorie de rattachement puisque « aucun acte solennel, aucune autorité juridique, aucun officier, aucune célébration solennelle n'accompagne sa formation »<sup>1017</sup>.

**610.** Parce qu'ils n'ont pas manifesté leur volonté d'adhérer à un statut conjugal prévu par la loi, les concubins<sup>1018</sup> ont longtemps été considérés comme en dehors du droit. Mais de nombreuses législations nationales sont venues accorder certains effets juridiques à ces unions de fait afin de protéger un mode conjugal qui, bien que non traditionnel et informel, est toutefois stable et fondé sur une cohabitation durable et une vie commune. En France, c'est par la loi du 15 novembre 1999 que le législateur français a donné une définition légale du concubinage sans pour autant créer de statut juridique propre aux concubins. Ainsi, l'article 515-8 du Code civil dispose-t-il 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 ». Par cette définition, le législateur français a donc établi des conditions, sinon de validité matérielle au moins de reconnaissance juridique, à respecter par ces unions de fait afin de produire des effets juridiques. Se contentant d'une définition légale, le législateur français n'a cependant

---

<sup>1017</sup> BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *Rep. droit civil*, mars 2010, n°14

<sup>1018</sup> Dans la suite de nos développements, nous tiendrons pour similaire « concubin » et « membre d'une union informelle », le concubinage étant la forme d'union conjugale informelle prévue par notre ordre juridique de référence.

pas défini les effets attribués par la loi française aux concubins. C'est donc le juge qui, par analogie aux règles relatives au mariage ou par référence au droit commun des obligations, a reconnu certains droits aux concubins dont l'union est désormais légalement définie et protégée par certaines dispositions sociales et fiscales<sup>1019</sup>. Allant plus loin, de nombreux Etats, tels que les pays scandinaves et de *Common law*, ont accordé à ces unions informelles un véritable statut juridique<sup>1020</sup>. Les aspects patrimoniaux, et parfois même civils, de l'union informelle sont alors prévus dans le cadre d'un statut légal qui accorde aux concubins des droits et des obligations souvent proches de ceux des époux. Ce statut légal leur est applicable sans qu'ils n'aient besoin de manifester une quelconque volonté. L'union informelle produit les effets définis par la loi dès lors que les conditions prévues par cette dernière sont réalisées. Précisons que si les concubins peuvent parfois obtenir un certificat de concubinage, cet acte juridique n'a qu'une valeur déclarative et probatoire ; il n'a pas d'effet constitutif sur l'état des personnes et ne permet donc pas de formaliser l'union conjugale<sup>1021</sup>.

**611.** S'il était à l'époque légitime de considérer que, parce que les concubins se passaient de la loi, celle-ci devait se désintéresser d'eux<sup>1022</sup>, « le droit a envahi le non-droit »<sup>1023</sup> et de nombreuses législations nationales règlementent donc désormais ces formes d'unions. Le nombre limité de développements consacrés aux unions informelles en droit international privé est alors surprenant au regard de la multiplication de ces unions de fait, de leur réglementation par les droits internes et de l'internationalisation accrue des rapports privés. L'absence de règle de conflit de lois spécialement applicable aux unions conjugales informelles en droit international privé nous semble donc discutable et c'est ce à quoi nous nous proposons de remédier.

---

<sup>1019</sup> Sur l'émergence de la notion juridique de couple et la protection corrélative des concubins assurée par le Code de la sécurité sociale, de la santé publique, de l'action sociale et des familles et le Code général des impôts, cf. *supra* n°367s.

<sup>1020</sup> V. REVILLARD (M.), *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 8<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 179. Pour un aperçu de droit comparé des formes de concubinage, v. notamment *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002 et DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004.

<sup>1021</sup> V. en ce sens DEVERS (A.), « Couple non marié », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 546-60, 2010, n°70.

<sup>1022</sup> Selon la célèbre déclaration de Napoléon Bonaparte.

<sup>1023</sup> Selon l'expression du doyen Carbonnier dans sa préface de l'ouvrage *Les concubinages, approche socio-juridique*, dir. RUBELLIN-DEVICHI (J.), éditions du CNRS, 1986, t. 1, p. 9.

**612.** Comme nous l'avons précédemment démontré<sup>1024</sup>, l'existence d'une union conjugale informelle et les effets qui pourront en découler devraient dépendre de la loi du lieu de réalisation de leur vie commune au terme de laquelle certains droits seront reconnus<sup>1025</sup>. La loi de l'ordre juridique qui présente la plus grande vocation à déterminer les conséquences de la vie commune des couples informels – dont la cohabitation « non seulement porte l'union, mais en constitue encore pour la société le signe extérieur qui matérialise de façon tangible son existence »<sup>1026</sup> – est donc celle de leur résidence conjugale. Il s'agit en effet d'une loi commune aux membres du couple, avec laquelle ils entretiennent une proximité certaine et dont l'application est pour eux prévisible. Si les membres du couple n'ont pas d'attente légitime à voir leur union reconnue à l'étranger – parce qu'aucune autorité n'est venue officialiser leur union dans leur ordre juridique d'origine, ne leur octroyant ainsi aucun droit subjectif à la continuité concrète du statut conjugal désormais acquis<sup>1027</sup> – il semble toutefois légitime pour eux d'attendre que les problèmes juridiques découlant de leur union soient régis par la loi de l'Etat dans lequel s'est déroulée leur vie conjugale.

**613.** Les membres du couple peuvent toutefois avoir conclu un contrat de cohabitation ou de concubinage afin de déterminer eux-mêmes les effets patrimoniaux de leur vie commune. Rien ne s'oppose en effet à ce que les concubins règlent leurs relations pécuniaires par des conventions qui, au nom de l'autonomie de la volonté, devraient dépendre de la loi qu'ils auront adoptée. Il faudrait alors, en présence de tels contrats, déterminer la *lex contractus* et assurer son articulation avec la loi de la résidence conjugale. Cette dernière pourrait par ailleurs être concurrencée par d'autres rattachements dans l'hypothèse où le problème principal soulevé par les membres de l'union informelle ferait l'objet d'une règle de conflit spécifique. Il conviendra donc de fixer le champ d'application matériel de la loi de la résidence conjugale en analysant les effets que celle-ci aura vocation à régir et ceux qui devront être soumis à une autre règle de conflit.

**614.** Ce n'est qu'après avoir encadré son applicabilité qu'il conviendra d'analyser les problèmes pratiques que la mise en œuvre de la règle de conflit de lois proposée serait

---

<sup>1024</sup> Sur la vocation de la loi de la résidence conjugale à régir les unions conjugales informelles, *cf. supra* n°468s.

<sup>1025</sup> Si certains droits sont reconnus aux concubins durant leur vie commune, la majorité des conséquences juridiques de cette union informelle découlent de la séparation des concubins.

<sup>1026</sup> GAUTIER (P.-Y.), *L'union libre en droit international privé, étude de droit positif et prospectif*, Paris I, 1986, p.188 n°182.

<sup>1027</sup> Sur l'émergence d'un droit subjectif à la continuité du statut conjugal, *cf. supra* n°196s.



susceptible de soulever. Ce sera alors l'occasion de la confronter aux mécanismes perturbateurs que constituent le conflit mobile, la fraude à la loi, l'exception d'ordre public international et le renvoi. La mise en œuvre de la règle de conflit de lois proposée pour régir les unions conjugales informelles suppose donc d'analyser les hypothèses dans lesquelles la loi de la résidence conjugale aurait vocation à s'appliquer (*Section I*) avant d'analyser, pour essayer de les résoudre, les problèmes que son application pourrait susciter (*Section II*).

## SECTION I : L'APPLICABILITE DE LA LOI DE LA RESIDENCE CONJUGALE

**615.** La formation des unions conjugales informelles et les effets qu'elles seraient susceptibles de produire naissent du maintien prolongé de la relation. Indissociables, la formation et les effets des unions informelles dépendent tous deux de la stabilité et de la continuité de la vie commune. Si les législations ayant reconnu ces modes de conjugalité n'imposent pas le respect de conditions de forme à ces unions précisément informelles, elles précisent toutefois les caractéristiques essentielles auxquelles doit correspondre la relation afin que les effets légalement prévus, lorsqu'ils le sont, puissent se développer. Partant, ces législations fixent des conditions de fond à la reconnaissance juridique des unions informelles et en déterminent parfois des effets légaux. La loi de la résidence conjugale aurait donc vocation à régir tant les conditions de reconnaissance juridique de l'union informelle que les effets légaux qu'elle produit, que ces questions soient posées à titre principal, ou, dans la majorité des cas, à titre préalable.

**616.** La loi de la résidence conjugale devra cependant être articulée avec la *lex contractus* lorsque les membres de l'union conjugale informelle auront conclu un contrat de concubinage. Du reste, la vocation de la loi de la résidence conjugale à régir les effets de l'union pourrait être concurrencée par celle d'autres lois lorsque les problèmes juridiques soulevés par les concubins font l'objet d'une règle de conflit spécifique prévoyant un rattachement différent. Il conviendra alors de déterminer les hypothèses dans lesquelles la loi de la résidence conjugale désignée par la règle de conflit n'aura pas vocation à régir le rapport de droit.

**617.** L'analyse de l'applicabilité de la loi de la résidence conjugale aux unions informelles suppose dès lors de déterminer les hypothèses dans lesquelles elle aura vocation à s'appliquer (**I**) avant d'aborder celles dans lesquelles les effets de l'union seront soumis à une autre règle de conflit (**II**).

## **I. La détermination positive du champ d'application de la loi de la résidence conjugale**

**618.** Si les membres de l'union informelle n'ont pas réalisé de contrat de concubinage ou de cohabitation, c'est à la seule loi de la résidence conjugale qu'il conviendra de se référer pour déterminer les effets juridiques de leur union. Les effets prévus par la loi de la résidence conjugale ne pourront toutefois se développer qu'à condition que cette union réponde à la définition posée par cette loi, autrement dit qu'elle en remplisse les conditions de reconnaissance juridique. La loi de la résidence conjugale devrait donc s'appliquer aux conditions de reconnaissance juridique de l'union conjugale informelle (**A**) ainsi qu'à ses effets (**B**).

### **A. Les conditions de reconnaissance juridique de l'union conjugale informelle**

**619.** L'inexistence de conditions légales relatives à la formation de ces unions, parce qu'elles sont justement informelles, ne signifie pas que seules sont litigieuses les questions relatives aux effets de cette situation de fait. En effet, si les législations nationales ne définissent logiquement aucune condition de forme, elles prévoient toutefois les caractéristiques essentielles que doit présenter la relation. Celles-ci sont donc toutes autant de conditions que l'union informelle doit respecter afin d'être juridiquement reconnue. La loi de la résidence conjugale sera donc prise en compte pour vérifier que l'union informelle correspond à la définition exigée par cet ordre juridique, qu'elle en remplit les conditions de reconnaissance juridique.

**620.** L'examen des conditions de reconnaissance de l'union informelle, s'il s'en rapproche, doit être distingué du mécanisme de la qualification et, plus particulièrement, du renvoi de qualifications<sup>1028</sup>. Le renvoi de qualifications correspond à l'hypothèse dans laquelle la loi étrangère désignée par la règle de conflit comme applicable à la situation litigieuse, considère qu'il convient de ranger cette situation dans une autre catégorie de rattachement que celle prévue par le for, laquelle peut être affectée d'un rattachement différent. Dans le cadre de notre proposition, la qualification des unions conjugales est

---

<sup>1028</sup> V. LEQUETTE (Y.), « Le renvoi de qualifications », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 249s.

réalisée de manière autonome et fonctionnelle et ne distingue que les unions formelles des unions informelles. La loi de la résidence conjugale, désignée par la règle de conflit applicable à cette union, qualifiée d'« informelle » parce qu'elle ne remplit pas les critères requis pour être qualifiée de « formelle », ne peut pas conduire à une nouvelle qualification de l'union. Elle peut, et doit, simplement déterminer que cette union informelle remplit les conditions nécessaires pour que les effets qui lui sont légalement reconnus par son ordre juridique puissent se produire.

**621.** Si la loi de la résidence conjugale applicable à l'union informelle est la loi française, il faudra alors que cette relation respecte les conditions prévues par l'article 515-8 du Code civil. A cet égard, les conditions posées par le droit français sont assez similaires à celles retenues par les législations étrangères. Cette relation doit d'abord être fondée sur une vie de couple : la cohabitation ne suffit pas, il faut qu'elle soit accompagnée de relations charnelles et sexuelles<sup>1029</sup>. Elle doit également être caractérisée par une vie commune. La communauté de vie dépasse la communauté de lit et de résidence, elle nécessite également une communauté d'intérêts et d'existence, une communauté affective et matérielle<sup>1030</sup>. Cette condition est, par exemple, reprise par l'article 158 du Code de la famille bolivien qui vise les concubins qui « constituent un foyer commun et mènent ensemble une vie conjugale ». La loi colombienne du 28 décembre 1990 sur les unions maritales de fait impose également « une communauté de vie permanente et exclusive ».

**622.** Cette relation doit ensuite présenter un caractère de stabilité et de continuité<sup>1031</sup> afin de la distinguer des unions passagères, précaires ou encore légères. La loi française, à l'instar des lois suédoise et bolivienne, laisse à l'appréciation des juges du fond le soin de déterminer, au regard des éléments de preuve rapportés, que ces critères sont remplis. D'autres systèmes juridiques ont, au contraire, directement prévu une durée de vie commune que doivent respecter les membres d'une union informelle pour s'assurer de la stabilité de leur

---

<sup>1029</sup> Etymologiquement déjà, le terme « concubinage » vient du latin *cum cubare* qui signifie « coucher ensemble ».

<sup>1030</sup> V. en ce sens C. Cons., 9 novembre 1999, (n° 99-419-DC) : « la notion de vie commune ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation » ; note DRAGO (G.), *Droit de la famille*, décembre 1999, p. 46s. ; note MOLFESSIS (N.), *JCP G*, 2000, 210. Sur la question, v. également HENAFF (G.), « La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ.* 1996, p. 553s.

<sup>1031</sup> V. déjà la définition donnée par la Cour de cassation selon laquelle le concubinage ne peut résulter « que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage », Cass., civ. 3<sup>ème</sup>, 17 décembre 1997 (n°95-20779) ; note AUBERT (J.-L.), *D.* 1998, p. 111s.

couple<sup>1032</sup>. Ainsi, la loi portugaise exige que la relation ait duré au moins un an<sup>1033</sup>, les lois équatorienne<sup>1034</sup> et colombienne<sup>1035</sup> exigent une durée de deux ans alors que la loi salvadorienne requiert une durée de trois ans<sup>1036</sup> qui s'élève, pour la loi panaméenne plus rigoureuse, à cinq ans<sup>1037</sup>. Certaines lois exigent parfois d'autres conditions, en renvoyant notamment aux empêchements à mariage tels que l'âge matrimonial, la différence de sexe, l'absence de liens de parenté ou encore l'absence d'autre union<sup>1038</sup>. Ainsi par exemple, les *Common law marriages*<sup>1039</sup> ne sont valables que si toutes les conditions d'un mariage classique, dit « *statutory marriage* », dans l'Etat en question sont remplies. Il appartiendra alors à l'autorité saisie d'une question relative aux effets d'une union conjugale informelle de vérifier, d'office et à titre préalable, que les conditions de reconnaissance exigées par la loi de la résidence conjugale pour l'union informelle qu'elle réglemente sont remplies.

**623.** Dans l'hypothèse où la loi de la résidence conjugale ne réglementerait pas ou ne reconnaîtrait pas les unions conjugales informelles, alors cette union ne pourrait développer aucun effet juridique dans le for. Contrairement à la solution retenue en matière d'unions formelles, aucune autorité n'est ici venue octroyer aux membres de l'union informelle, par l'effet constitutif attribué par l'ordre juridique auquel cette autorité appartient, un véritable statut conjugal. Ceux-ci n'ont donc pas d'espérance légitime à ce que leur union et les effets qu'elle pourrait potentiellement développer selon une autre loi que celle de leur résidence conjugale soient reconnus dans le for. Du reste, rappelons que l'examen des conditions de reconnaissance à l'aune de la loi de la résidence conjugale sera également nécessaire lorsque l'autorité a été requise de se prononcer sur les effets d'une union conjugale formalisée par une autorité incompétente, qui devrait alors être qualifiée d'informelle<sup>1040</sup>.

---

<sup>1032</sup> Le législateur français a parfois précisé la durée de vie commune nécessaire aux concubins pour bénéficier de certains droits. Il a ainsi imposé un délai d'un an en matière de bail d'habitation par les articles 14 et 15 de la loi du 6 juillet 1989 ainsi qu'un délai de deux ans en matière d'assistance médicale à la procréation par l'article L.2141-2 du Code de la santé publique introduit par les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 en vigueur jusqu'à la réforme du 7 juillet 2011.

<sup>1033</sup> V. art 1. al. 1 de la loi portugaise n°7 du 11 mai 2001 adoptant des mesures de protection des unions de fait.

<sup>1034</sup> V. art 1 de la loi équatorienne n°115 du 29 décembre 1982 sur les unions de fait.

<sup>1035</sup> V. art 2 de la loi colombienne n°54 du 28 décembre 1990.

<sup>1036</sup> V. art.118 sur code salvadorien de la famille.

<sup>1037</sup> V. art. 53 du code panaméen de la famille.

<sup>1038</sup> C'est le cas, par exemple, de la loi bolivienne, aragonaise, salvadorienne, cubaine ou encore slovène.

<sup>1039</sup> Reconnus pour la première fois par le juge américain dans l'affaire *Fenton v. Reed* de 1809, ces « *Common law marriages* » ou « *marriages by cohabitation and reputation* » sont pratiqués en Alabama, Colorado, Kansas, Rhode Island, South Carolina, Iowa, Montana, Oklahoma ou encore au Texas, et reconnus sur l'ensemble du territoire américain par le mécanisme de la *Full Faith and Credit Clause*.

<sup>1040</sup> Sur la sanction applicable à la formalisation d'une union conjugale par une autorité non internationalement compétente, cf. *supra* n°543.

**624.** La loi de la résidence conjugale devrait donc régir les conditions à respecter par l'union de fait afin que celle-ci soit juridiquement reconnue comme une union informelle. Ce n'est qu'après avoir reconnu l'existence juridique de l'union informelle que l'autorité saisie pourra déterminer, selon les dispositions de la loi de la résidence conjugale, les effets juridiques qu'elle développe.

## **B. Les effets légaux de l'union conjugale informelle**

**625.** Certains pays, comme la France, ne réglementent pas les aspects civils et patrimoniaux du concubinage qui ne sont donc pas prévus par un cadre juridique préétabli. D'autres législations réglementent ces aspects dans le cadre d'un statut légal applicable aux concubins. L'union informelle devrait alors produire les effets définis par la loi de la résidence conjugale. A l'instar de la loi applicable aux effets d'une union conjugale formelle, la loi de la résidence conjugale applicable aux effets d'une union conjugale informelle devrait régir l'ensemble des effets personnels et patrimoniaux ainsi que, lorsqu'elles sont prévues, les modalités et les conséquences de la dissolution de l'union.

**626.** Les effets juridiques prévus en matière d'unions conjugales informelles sont extrêmement variés mais sont rarement d'ordre personnel. Certaines législations prévoient toutefois des dispositions relatives au nom des membres de l'union<sup>1041</sup>, à la représentation de l'incapable<sup>1042</sup> ou encore aux devoirs de secours, d'assistance et de fidélité. Ainsi, la loi brésilienne prévoit que les concubins s'apportent respect et considération mutuels et se prodiguent une assistance morale et matérielle réciproque<sup>1043</sup> quand la loi bolivienne dispose que les membres de l'union informelle se doivent fidélité, assistance et coopération<sup>1044</sup>. Si la loi de la résidence conjugale les règle, les effets personnels de l'union informelle devront être déterminés par celle-ci.

---

<sup>1041</sup> Ainsi, par exemple, la loi brésilienne permet à la concubine d'utiliser le patronyme de son concubin et demander qu'il soit porté en marge sur son acte de naissance, v. *J.-Cl. Droit comparé*, Brésil, Fasc. 1, n°109.

<sup>1042</sup> V. par exemple l'article 11 de la loi aragonaise n°6 du 26 mars 1999 sur la représentation et l'administration du concubin déclaré absent. L'article 449 du Code civil, instauré par la loi n°2007-08 du 5 mars 2007 portant réforme sur la protection juridique des majeurs, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, prévoit également qu'un concubin peut être désigné tuteur ou curateur de son concubin.

<sup>1043</sup> V. art. 2 de la loi brésilienne n°9278 du 10 mai 1996.

<sup>1044</sup> V. art 161 du Code de la famille.

**627.** Plus nombreux sont les effets patrimoniaux prévus par les législations nationales en matière d'unions informelles. Si elles ne viennent généralement pas fixer de règles quant à l'administration et la gestion des biens durant la vie commune – qui restent donc libres – des règles de partage des biens sont souvent prévues. En effet, les questions juridiques soulevées par les concubins se posent dans la majorité des cas au moment de la rupture de l'union. Des règles ont donc été adoptées pour assurer la liquidation des intérêts patrimoniaux des membres du couple et répondre aux possibles disparités de leur situation patrimoniale respective qu'entraînerait la rupture de l'union. A ce titre, si les législations étatiques retiennent majoritairement un partage des biens d'inspiration communautaire, faisant des biens acquis pendant la cohabitation des biens communs<sup>1045</sup>, d'autres législations ne considèrent communs que les biens strictement nécessaires aux besoins de la vie commune<sup>1046</sup>. C'est alors à la loi de la résidence conjugale qu'il appartiendra de liquider les intérêts patrimoniaux selon ses propres dispositions.

**628.** Devraient également être régies par la loi de la résidence conjugale, les obligations patrimoniales imposées aux membres de l'union conjugale informelle telles que celles relatives à la contribution aux charges de la vie commune, à l'entretien du ménage et des enfants présents au foyer<sup>1047</sup> ainsi qu'au paiement temporaire d'une pension alimentaire au concubin délaissé<sup>1048</sup>. Seront aussi régis par la loi de la résidence conjugale, lorsqu'elle les prévoit, les rapports pécuniaires des membres de l'union informelle avec les tiers. Il s'agit notamment des règles relatives à la solidarité des dettes ménagères – c'est-à-dire aux dépenses d'intérêt commun, aux besoins des concubins, à l'entretien et à l'éducation de leurs éventuels enfants<sup>1049</sup> – et à la protection du logement familial et des biens nécessaires à la vie commune<sup>1050</sup>. La loi de la résidence conjugale s'appliquera donc à l'ensemble des effets

---

<sup>1045</sup> C'est par exemple le cas des pays hispano-portugais – tels que le Pérou, la Colombie, la Bolivie, le Venezuela ou le Paraguay – et des pays post-socialistes – tels que la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, la Macédoine, le Monténégro ou la Serbie.

<sup>1046</sup> C'est notamment le cas des législations européennes. Ainsi les lois suédoise n°232 du 14 mai 1987 et norvégienne n°45 du 4 juillet 1991 ne concernent que le logement du couple et les meubles meublants.

<sup>1047</sup> V. par exemple l'article 5 de la loi aragonaise n°6 du 26 mars 1999 sur les unions stables non mariées ou l'article 7 de la loi équatorienne n°115 du 29 décembre 1992 sur les unions de fait.

<sup>1048</sup> V. par exemple l'article 7 de la loi brésilienne n°9278 du 10 mai 1996 ou l'article 168 du code bolivien de la famille.

<sup>1049</sup> V. par exemple l'article 163 du Code de la famille bolivienne qui affecte les biens communs au paiement des dettes familiales souscrites par l'un des concubins.

<sup>1050</sup> V. par exemple l'article 120 du Code salvadorien de la famille qui prévoit la protection du concubin propriétaire du logement familial au même titre que le conjoint, ou la loi catalane sur l'exigence d'un accord commun des concubins pour disposer des meubles meublants.

juridiques des unions informelles qu'elle prévoit ainsi qu'à la sanction du non-respect de ces obligations.

**629.** La loi de la résidence conjugale s'appliquera enfin, lorsqu'elles sont prévues, aux causes et aux effets de la dissolution de l'union informelle. Les causes de la dissolution de l'union, parce qu'elle n'a pas été formalisée et qu'elle repose sur une vie commune prolongée, sont très larges. La cessation de la vie commune, qu'elle résulte d'un accord mutuel ou d'une rupture unilatérale, suffit généralement à la dissolution de l'union. Les unions informelles peuvent également être dissoutes par le décès ou l'absence d'un concubin ou encore par la formation d'une autre union. Si les causes de la séparation sont logiquement très largement à la discrétion des concubins<sup>1051</sup>, ses effets sont parfois réglementés et il y aurait lieu de les soumettre également à la loi de la résidence conjugale eu égard à la proximité que ces questions entretiennent. Ainsi, les effets patrimoniaux relatifs aux biens des concubins, s'ils n'en ont pas disposé autrement<sup>1052</sup>, ainsi que les obligations alimentaires entre les concubins<sup>1053</sup> seraient soumis à la loi de la résidence conjugale. A l'instar de la solution retenue en matière d'unions conjugales formelles, les obligations alimentaires entre les concubins seraient donc soumises à la loi de la résidence conjugale. Ce rattachement peut sembler discutable au regard du principe de faveur poursuivi par la règle de conflit de lois potentiellement applicable, c'est-à-dire en admettant l'applicabilité du protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires aux membres d'une union conjugale informelle<sup>1054</sup>. Il nous semble toutefois que la possibilité reconnue aux concubins de déterminer les modalités de cette obligation dans le cadre d'un contrat de concubinage en constitue une juste contrepartie<sup>1055</sup>. Du reste, la loi de la résidence conjugale correspondra souvent, en pratique, à la loi de la résidence habituelle du concubin créancier d'aliments ou à la loi de l'autorité saisie.

---

<sup>1051</sup> V. toutefois la loi équatorienne n°115 du 29 décembre 1982 qui impose un consentement mutuel consigné dans un acte authentique ou une manifestation de volonté unilatérale écrite et remise au juge civil et signifiée à l'autre concubin. Cité par DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 337, n°553.

<sup>1052</sup> Sur les effets prévus par un contrat de concubinage, cf. *infra* n°632s.

<sup>1053</sup> Ces obligations alimentaires entre concubins sont notamment prévues par les lois bolivienne, guatémaltèque, vénézuélienne, mexicaine, croate et serbe. Sur l'exclusion du rattachement des obligations alimentaires à l'égard des enfants des concubins à la loi de la résidence conjugale, cf. *infra* n°643.

<sup>1054</sup> V. en ce sens DEVERS (A.), « Concubinage », *J.-Cl. Droit international*, fasc 546-60, spéc. n°90.

<sup>1055</sup> Sur les contrats de concubinage, cf. *infra* n°632s.



**630.** Dans le cadre de notre proposition et afin de prendre en compte la relation, même informelle, dans laquelle s'inscrivent les concubins, la loi de la résidence conjugale régira l'ensemble des effets personnels et patrimoniaux ainsi que, lorsqu'elles sont prévues, les modalités et les conséquences de la dissolution de l'union. Si cette détermination du champ d'application matériel de la loi de la résidence conjugale proposée peut sembler large, il convient désormais d'analyser ses exclusions, c'est-à-dire de déterminer les éléments qui ne relèveront pas de la loi de la résidence conjugale et qui seront donc soumis à d'autres rattachements. Cette détermination négative de l'applicabilité de la loi de la résidence conjugale ne devra pas être trop large pour ne pas nuire à la cohérence recherchée du traitement juridique des problèmes soulevés par les unions conjugales informelles en droit international privé, ni trop réduite pour ne pas empiéter sur l'autonomie de la volonté des partenaires ainsi que sur certains rattachements mieux adaptés à régir la question litigieuse.

## **II. La détermination négative de l'applicabilité la loi de la résidence conjugale**

**631.** La loi de la résidence conjugale ne peut être la seule à régir l'ensemble des effets des unions conjugales informelles en droit international privé. Il conviendra, d'une part, de la combiner avec la *lex contractus* lorsque les membres du couple auront conclu un contrat de cohabitation afin de déterminer eux-mêmes les conséquences patrimoniales de leur vie commune (**A**). D'autre part, il sera nécessaire d'écarter la loi de la résidence conjugale pour certains effets soumis à des rattachements plus judicieux (**B**).

### **A. Les effets prévus par un contrat de cohabitation**

**632.** Les concubins peuvent conclure un contrat – dit « de cohabitation » ou « de concubinage » – afin de régler pacifiquement et par avance leurs rapports patrimoniaux<sup>1056</sup>. Ils peuvent ainsi contractuellement déterminer leur contribution respective aux charges du ménage, souscrire une assurance-vie au profit de l'un d'entre eux, encadrer leurs rapports

---

<sup>1056</sup> Sur la question, v. notamment V. STORK (M.), « Les contrats de concubinage », *LPA*, 16 mai 1988, p. 75s. ; CHARLIN (J.), « Le contrat de concubinage. Formule », *JCP N*, 1991 I. 460 ; HERAIL (J.), « Les contrats à titre onéreux des concubins », *JCP N*, 1988, I. 165 ; *Les contrats entre époux, parents et concubins, aspects juridiques et fiscaux*, Chaine notariale de recherches et d'applications en droit des affaires, Litec, 1984.

courants avec les tiers, opter pour une propriété séparée ou indivise des biens acquis pendant la durée de leur relation, ou encore fixer les conséquences pécuniaires de leur rupture. Contrairement à la pratique française ayant quelque peu délaissé le recours aux conventions de concubinage, il n'est dans d'autres pays pas rare que les membres d'une union informelle aient conclu un tel contrat afin de déterminer les modalités patrimoniales de leur vie commune. Si les questions du logement commun et du maintien dans les lieux font l'objet des principales stipulations contractuelles, d'autres peuvent également régler les effets de la rupture et la liquidation des intérêts pécuniaires des concubins.

**633.** La possibilité de conclure de tels contrats ne se retrouve pas seulement dans les pays qui, comme la France, n'ont pas instauré de véritable statut juridique du concubinage. Au contraire, de nombreux Etats – tels que les pays scandinaves ou de *Common law* dans lesquels l'union libre fait l'objet d'un statut spécifique – « organisent des contrats de concubinage tout en accordant aux partenaires des droits et obligations proches de ceux des époux »<sup>1057</sup>. Si les législations nationales prévoient des droits et obligations très disparates en matière d'unions informelles, elles ne font que fixer un cadre dans lequel peuvent librement s'épanouir les concubins. Autrement dit, « le concubinage est principalement déterminé par le couple et accessoirement régi par le droit »<sup>1058</sup>. En effet, les concubins peuvent tout à fait moduler leur relation contractuellement conformément à la liberté qui leur est reconnue et à laquelle ils n'ont pas souhaité renoncer en adhérant à un statut conjugal formel. Précisons toutefois que si la licéité de ces contrats est admise, son efficacité sera, elle, cantonnée au respect de l'ordre public international du for. Ainsi la Cour de cassation, tout en admettant la licéité de tels contrats, a-t-elle estimé contraire « aux dispositions d'ordre public qui régissent l'obligation alimentaire », un contrat dans lequel les concubins n'avaient pas « fixé le montant de la contribution à proportion des ressources de chacun des parents et des besoins des enfants mais à un montant forfaitaire, égal à la moitié des revenus du concubin, susceptible, d'une part de placer l'intéressé dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations à l'égard d'autres créanciers d'aliments et, d'autre part, constituant par son caractère particulièrement

---

<sup>1057</sup> REVILLARD (M.), *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 8<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 179.

<sup>1058</sup> BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *Rep. droit civil*, mars 2010, n°13.

contraignant un moyen de dissuader un concubin de toute velléité de rupture contraire au principe de la liberté individuelle »<sup>1059</sup>.

**634.** Mais encore convient-il de déterminer la *lex contractus*. S'agissant d'un contrat, la loi applicable au fond de celui-ci devrait être, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, la loi choisie par les concubins. En effet, comme le relève Madame le Professeur Gaudemet-Tallon, « l'union libre n'est pas le mariage et les concubins qui ont voulu se soustraire au mariage doivent aussi pouvoir manifester leur volonté sur le plan du droit international privé. Et si la loi d'autonomie n'intervient encore que bien rarement en matière de mariage, en revanche, elle trouve tout naturellement sa place s'agissant du concubinage »<sup>1060</sup>. L'auteur, rejoint par Alain Devers<sup>1061</sup>, considère toutefois que les concubins, eu égard à l'insertion de leur relation dans le statut personnel, ne peuvent choisir qu'une loi qui entretient des liens étroits avec leur situation, qui présente un titre sérieux à régir leur statut. Ils limitent ainsi leur choix à la loi nationale, à la loi du domicile ou à la loi de la résidence habituelle des membres du couple.

**635.** Dans le cadre de notre proposition, la proximité de la loi applicable aux effets des unions conjugales informelles est déjà assurée par la compétence objective attribuée à la loi de la résidence conjugale. C'est à cette loi qu'il appartiendra de fixer les limites dans lesquelles les membres de l'union pourront choisir de moduler ses effets et, partant, de les soumettre à une loi différente. L'autonomie de la volonté devrait donc permettre aux membres de l'union conjugale informelle de soumettre leur contrat à la loi de leur choix sans que celle-ci ne soit également soumise à une exigence de proximité avec le couple. Comme le relève le Professeur Goldstein « rien n'empêche les concubins de régler par contrat de cohabitation les modalités de leur rupture. Les tribunaux devraient alors respecter la loi choisie même si elle n'a pas de lien étroit avec la situation »<sup>1062</sup>. En effet, la compétence de la loi d'autonomie pour régir le contrat de concubinage « ne découle pas d'un raisonnement par analogie à partir du contrat de mariage. Elle est simplement l'application, à ce type particulier de convention,

---

<sup>1059</sup> Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 20 juin 2006 (n°05-17.475) ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.* 2006, p. 740s. ; note LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Dr. Famille* 2006, p. 155s.

<sup>1060</sup> GAUDEMET-TALLON (H.), « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, vol. 226, 1991, p. 173, n°168.

<sup>1061</sup> V. DEVERS (A.), « Concubinage », *J.-Cl Droit international*, fasc. 546-60 et *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, n°433.

<sup>1062</sup> GOLDSTEIN (G.), « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006, p. 351.

de la règle applicable aux contrats en général »<sup>1063</sup>. Cette solution a d'ailleurs été retenue par les législations yougoslave, croate, slovène et suédoise qui permettent aux concubins de choisir toute loi comme applicable au régime de leurs biens. Il convient à ce titre de préciser que la mise en œuvre de l'autonomie de la volonté étant exclusive de tout renvoi<sup>1064</sup>, la loi expressément choisie par les membres de l'union informelle le serait dans ses seules dispositions matérielles.

**636.** Permettre aux membres de l'union conjugale informelle de choisir la loi applicable aux effets de leur union en insérant une clause de choix de loi au sein de leur contrat de concubinage nécessite de déterminer la loi applicable en l'absence de choix. La loi applicable par défaut au contrat de cohabitation ne devrait pas être déterminée selon les règles prévues par le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>1065</sup>. Ce type de contrat est en effet expressément exclu du champ d'application matériel du règlement qui prévoit qu'il ne s'applique pas « aux obligations découlant des relations de famille, ou des relations réputées avoir, en vertu de la loi applicable, des effets comparables, y compris les obligations alimentaires »<sup>1066</sup> ni « aux effets patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, ont des effets comparables au mariage et aux successions »<sup>1067</sup>. Le considérant n°8 du règlement précise à ce titre que « les relations de famille devraient englober les liens de filiation, de mariage, d'alliance et les liens collatéraux ». En l'absence de choix, la loi applicable au contrat de cohabitation ne serait donc pas celle de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle<sup>1068</sup>, mais la loi de la résidence conjugale. En l'absence de volonté contraire, le contrat de concubinage devrait donc être soumis à la loi de la résidence conjugale au moment de la conclusion du contrat qui retrouve alors sa vocation à s'appliquer. Ce rattachement objectif permet ainsi, en l'absence de choix de loi, de soumettre la validité du contrat de concubinage à la loi présentant la plus grande proximité avec les membres de l'union informelle. Partant, il permet de respecter le principe de proximité de la loi applicable lorsque le principe de l'autonomie de la volonté n'a

---

<sup>1063</sup> GUIHO (P.) et REVILLARD (M.) « *Les concubinages en droit international privé* », in *Les concubinages, approche socio-juridique*, dir. RUBELLIN-DEVICHI (J.), éditions du CNRS, 1986, t. 2, p. 211.

<sup>1064</sup> V. en ce sens Cass civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 1997, *Société Mobil North Sea Ltd* ; note ANCEL (B.), *RCDIP*, 1997, p. 702s ; note AGOSTINI (E.), *D.*, 1998, p. 406s.

<sup>1065</sup> V. en ce sens FULCHIRON (H.), « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI*, 2000, p. 889s. et DEVERS (A.), « Concubinage », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 546-60.

<sup>1066</sup> Art 1.2b. du règlement Rome I.

<sup>1067</sup> Art. 1.3.c. du règlement Rome I.

<sup>1068</sup> Selon la règle de l'article 4, § 2 du règlement Rome I.

pas été poursuivi par le couple qui s'est abstenu de choisir la loi compétente pour régir leur contrat au fond.

**637.** Si la loi applicable à la validité matérielle du contrat de concubinage doit être la *lex contractus*, la loi applicable à sa validité formelle doit, elle, être guidée par un principe de faveur et ainsi faire l'objet d'une règle alternative. Le contrat de cohabitation pourrait alors être valide en la forme s'il répond aux exigences soit de la *lex loci contractus*, soit de la loi du lieu où le contrat a été conclu, soit de la loi de la résidence conjugale. Celui-ci devrait faire l'objet d'un acte écrit, daté et signé par les membres du couple<sup>1069</sup>. La forme notariée devrait bien évidemment être privilégiée pour garantir la conservation de l'acte et s'assurer de l'intégrité du consentement des membres de l'union informelle. Toutefois, contrairement à la solution retenue en matière d'effets des unions conjugales formelles, le recours à un juriste-conseil ne nous semble pas, parce que les conséquences juridiques d'un tel choix sont ici plus limitées, devoir être imposé.

**638.** Quant au moment du choix, les membres de l'union conjugale informelle pourraient conclure et modifier leur contrat de concubinage, dans lequel peut être insérée une clause d'*electio juris*, à tout moment. Cette modification devrait respecter les mêmes conditions que celles applicables au contrat initial et aucune mutabilité automatique de la loi applicable aux effets de l'union conjugale informelle ne sera possible. Du reste, cette modification ne devrait être rétroactive qu'en cas d'accord commun des membres du couple et ne pourra être opposable aux tiers.

**639.** Il convient enfin d'imposer une unité du choix de la loi applicable, contrepartie nécessaire à l'autonomie de la volonté reconnue. En effet, le régime patrimonial des concubins, lorsqu'il est prévu, est une « machinerie complexe dont chaque mécanisme s'ajuste aux autres et est solidaire de l'ensemble : il ne fonctionne convenablement et n'apporte la justice que s'il est homogène »<sup>1070</sup>. Si elle était reconnue, la possibilité de choisir différentes lois applicables aux effets de l'union présenterait le danger de considérer les biens acquis par l'un des concubins comme des biens propres et les biens acquis par l'autre comme

---

<sup>1069</sup> Il s'agirait donc, dans le cadre de notre proposition, d'une règle matérielle de droit international privé applicable à la validité formelle du contrat de concubinage.

<sup>1070</sup> ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd. 2006, n° 15 § 3.

des biens communs. Dès lors, si les concubins pouvaient, par le biais de la clause d'*electio juris* insérée dans leur contrat de concubinage ou d'un contrat de choix de loi distinct, soumettre les effets de leur union à une autre loi que celle de leur résidence conjugale, ils ne pourraient toutefois opter que pour une seule loi, sans possibilité de dépeçage du contrat.

**640.** En présence d'un contrat de cohabitation, la loi de la résidence conjugale sera donc prise en compte pour fixer les limites dans lesquelles les concubins pourront contractuellement moduler les effets de leur union. La loi de la résidence conjugale constituera également la *lex contractus* par défaut, la loi applicable au contrat lorsque les membres de l'union n'ont pas expressément opté pour une autre loi. L'encadrement juridique ainsi apporté aux conventions de concubinage pourrait peut-être contribuer à en développer la pratique, encore assez peu répandue en France. La loi de la résidence conjugale n'a toutefois pas vocation à régir certains effets de l'union informelle qui font l'objet d'une règle de conflit plus judicieuse et qu'il convient donc de conserver.

## **B. Les effets soumis à d'autres rattachements**

**641.** Si le droit français n'accorde pas de droits successoraux aux concubins, un grand nombre de législations nationales reconnaissent au concubin survivant une vocation successorale. Ainsi, par exemple, la loi israélienne de 1965 et la loi slovaque de 1976 accordent au concubin survivant des droits proches de ceux du conjoint survivant alors que la loi suédoise de 1987 ne lui accorde que des droits sur le logement et les droits mobiliers communs<sup>1071</sup>. Dès lors, la loi de la résidence conjugale reconnaissant au concubin survivant une vocation successorale pourrait entrer en conflit avec la loi successorale qui ne lui reconnaît pas cette vocation. La soumission de la vocation successorale du concubin à la loi de la résidence conjugale aurait ainsi pour conséquence de troubler l'ordre des héritiers établi par le droit successoral. La vocation successorale des membres de l'union conjugale informelle devrait donc être exclue du champ d'application matériel de la loi de la résidence conjugale. C'est à la loi successorale, applicable à la question principale, qu'il appartiendra de

---

<sup>1071</sup> Il en va de même en Bolivie (art. 131 de la constitution), au Venezuela (Code de 1942), au Guatemala (loi de 1947), au Mexique (art. 1636 du Code civil), au Brésil (loi du 29 décembre 1994) ainsi que dans plusieurs pays de *Common law*.

déterminer les qualités requises pour succéder et de fixer l'ordre des héritiers<sup>1072</sup>. Ce n'est que dans l'hypothèse où la loi applicable à la succession reconnaît au concubin une vocation successorale, que la loi de la résidence conjugale, applicable à la question préalable, sera consultée afin de déterminer la qualité de concubin, c'est-à-dire de vérifier que l'union informelle remplit bien les conditions de reconnaissance juridique retenues par la loi de la résidence conjugale<sup>1073</sup>. En pratique, il sera toutefois fréquent que la loi de la résidence conjugale coïncide avec la loi de la dernière résidence habituelle du *de cuius* normalement applicable à la succession<sup>1074</sup>.

**642.** Selon une logique similaire à celle retenue en matière de succession, la question du droit du concubin à l'indemnisation pour l'accident mortel survenu à l'autre concubin devrait être régie par la loi du lieu de réalisation de cet accident, soit la *lex loci delicti*. Autrement dit, c'est à cette loi qu'il appartiendrait de fixer les ayants droit à réparation. La loi de la résidence conjugale ne serait consultée que pour vérifier, à titre préalable, que le concubin auquel la *lex loci delicti*, applicable à la question principale, accorde un droit à réparation en a bien la qualité, c'est-à-dire que son union respecte les conditions de reconnaissance juridique prévues par la loi de la résidence conjugale.

**643.** Les rapports des membres de l'union conjugale avec les enfants devront également être exclus du champ d'application matériel de la loi de la résidence conjugale puisque ces éléments ne font pas partie du statut conjugal mais du statut familial<sup>1075</sup>. Il en va ainsi de l'établissement de la filiation – qui resterait soumis, en droit international privé français, aux articles 311-14 et suivants du Code civil – ainsi que des règles relatives à l'autorité parentale qui relèvent, au plan de la loi applicable, de la convention de La Haye du 19 octobre 1966 sur la protection des mineurs<sup>1076</sup>. Seront également exclues du champ d'application de la loi de la résidence conjugale les obligations alimentaires à l'égard des

---

<sup>1072</sup> V. en ce sens Cass. civ., 7 mars 1938, *De Marchi della Costa* ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP* 1938, p. 472s. ; *GADIP*, n° 16.

<sup>1073</sup> V. en ce sens DEVERS (A.), « Concubinage », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 546-60 ; GAUTIER (P.-Y.), « Union libre », *Rep. droit international*, n° 45-4.

<sup>1074</sup> Selon l'article 21 du règlement UE n°650/2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions

<sup>1075</sup> Sur la distinction proposée, au sein du statut personnel, entre le statut individuel, familial et conjugal, cf. *supra* n° 395s.

<sup>1076</sup> Cette convention, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2011, remplace en effet la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et doit s'articuler, au plan de la compétence judiciaire, avec le règlement Bruxelles II bis.

enfants qui resteront soumises au protocole de La Haye du 23 novembre 2007, applicable au sein des Etats membres de l'Union européenne par renvoi de l'article 15 du règlement européen du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Le principe de faveur à l'enfant créancier d'aliments sera ainsi conservé afin de lui assurer le bénéfice d'aliments lorsqu'il ne peut en obtenir en vertu de la loi de sa résidence habituelle normalement applicable.

**644.** Enfin, si les dispositions à caractère social et fiscal applicables aux membres de l'union conjugale informelle ne sont pas directement soumises à la loi de la résidence conjugale, elles seront, en pratique, souvent régies par celle-ci puisqu'il s'agit de normes d'application territoriale, c'est-à-dire qui s'appliquent aux résidents.

**645.** En conclusion, la loi de la résidence conjugale serait donc applicable aux conditions de reconnaissance juridique ainsi qu'à l'ensemble des effets personnels et patrimoniaux des unions conjugales informelles et, lorsqu'elles sont prévues, aux modalités et aux conséquences de la dissolution de celle-ci. Dans la limite des dispositions impératives de la loi de la résidence conjugale, les membres de l'union conjugale informelle pourront toutefois soumettre les effets de leur union à une autre loi par le biais d'un contrat de concubinage. Enfin, les questions relatives à la vocation successorale et à l'indemnisation du concubin survivant ainsi que celles relatives à l'établissement de la filiation, à l'autorité parentale et aux obligations alimentaires à l'égard des enfants resteront soumises à des rattachements spécifiques. Le champ d'application matériel de la loi de la résidence conjugale ayant été déterminé, il convient désormais d'analyser les problèmes pratiques que son application serait susceptible de soulever.



## SECTION II : L'APPLICATION DE LA LOI DE LA RESIDENCE CONJUGALE

**646.** L'analyse de la mise en œuvre de la règle de conflit applicable aux unions conjugales informelles suppose d'aborder les problèmes que son application serait susceptible de soulever. Tout d'abord, du fait de son caractère factuel et mouvant, le rattachement à la loi de la résidence conjugale pourrait soulever quelques difficultés lorsque les membres du couple ont vécu dans différents pays. Convendrait-il, dans une telle hypothèse, de soumettre les conditions de reconnaissance juridique et les effets légaux de l'union conjugale informelle à la loi du pays de l'ancienne ou de la nouvelle résidence conjugale ? La mise en œuvre de la règle de conflit proposée est donc susceptible de poser un problème de conflit mobile qu'il conviendra de résoudre.

**647.** Une fois déterminée, l'application de la loi de la résidence conjugale pourrait être problématique si les conséquences concrètes de la mise en œuvre de ses dispositions venaient à entrer en contradiction avec les valeurs fondamentales du for. Il conviendrait alors d'encadrer le mécanisme de l'ordre public international afin d'assurer un juste équilibre entre la protection des intérêts privés et étatiques en la matière<sup>1077</sup>.

**648.** La mise en œuvre de la règle de conflit proposée pourrait également soulever la question du renvoi. Appartient-il en effet au juge saisi d'appliquer la loi de la résidence conjugale dans ses seules dispositions matérielles ou doit-il également prendre en considération ses dispositions conflictuelles ? Cette seconde démarche semble plus respectueuse de la coordination des ordres juridiques nationaux en ce qu'elle évite d'appliquer une loi qui ne se reconnaît pas elle-même compétente. Son admission présenterait toutefois de nombreux inconvénients et ne serait pas compatible avec le principe de proximité poursuivi par la règle de conflit proposée. Le renvoi devra donc être exclu et la loi de la résidence conjugale ne sera appliquée que dans ses dispositions matérielles.

---

<sup>1077</sup> Le mécanisme des lois de police ne sera pas ici abordé. En effet, aucune loi de police n'existe pour le concubinage en droit international privé français. La Cour de cassation a ainsi confirmé l'inapplicabilité des règles du régime primaire impératif des époux aux concubins. V. notamment Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991 (n°88-19.400) et 28 novembre 2006 (n°04-15.480) sur l'absence d'obligation de contribuer aux charges du concubin et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2004 (n°02-16.291) sur l'absence de solidarité ménagère en concubinage.

**649.** Enfin, l'application de la loi de la résidence conjugale, dont la fixation est laissée à la discrétion des parties, pourrait être perturbée par la manipulation frauduleuse du point de rattachement. Autrement dit, l'application de la loi de la résidence conjugale pourrait être mise en échec si elle résultait d'une fraude ayant permis aux membres de l'union informelle d'établir leur résidence conjugale dans un pays dont la législation, plus libérale, leur permettrait de jouir de droits qui ne leurs sont pas reconnus dans leur pays actuel. L'hypothèse d'une fraude à la loi en matière d'unions informelles, pour lesquelles les droits et obligations peuvent être contractuellement définis, nous paraît toutefois relever du cas d'école. Dès lors, eu égard à la détermination objective de la loi de la résidence conjugale et à la résolution proposée du conflit mobile, le mécanisme de la fraude à la loi devrait également être exclu de la mise en œuvre de notre proposition.

**650.** La mise en œuvre de la règle de conflit de lois proposée comme applicable aux unions conjugales informelles suppose donc d'encadrer les mécanismes perturbateurs que constituent le conflit mobile et le déclenchement de l'ordre public international (*I*) pour mieux exclure les mécanismes de la fraude à la loi et du renvoi (*II*).

### **I. L'encadrement du conflit mobile et de l'ordre public international**

**651.** Le conflit mobile et l'ordre public international sont les deux mécanismes perturbateurs susceptibles de remettre en question l'application de la loi de la résidence conjugale dans le cadre de notre proposition. Il convient alors d'envisager une solution au conflit mobile afin de déterminer quelle loi aura vocation à régir les unions conjugales informelles en cas de déplacement des membres de l'union dans différents pays (*A*). Il sera également nécessaire d'encadrer le déclenchement de l'exception d'ordre public international afin de garantir un juste équilibre entre la protection des intérêts étatiques et celle des intérêts privés en la matière (*B*).

## A. La résolution du conflit mobile

**652.** Le conflit mobile « naît de la concrétisation successive dans le ressort de plusieurs ordres juridiques du facteur de rattachement »<sup>1078</sup>. Autrement dit, il constitue une immixtion, dans le conflit de lois dans l'espace, d'un conflit de lois dans le temps. Le rattachement à la loi de la résidence conjugale est ainsi susceptible de poser des questions de conflit mobile en cas de déménagement des membres de l'union conjugale informelle. Le juge saisi doit alors choisir entre la loi de l'ancienne et de la nouvelle résidence conjugale.

**653.** La transposition des principes généraux du droit transitoire interne au conflit mobile conduit classiquement à appliquer la loi nouvelle aux faits survenus depuis le changement de statut. La résolution du conflit mobile entraîne alors un morcellement du domaine d'application de chaque loi. Ainsi, par exemple, l'article 3-2 du protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires prévoit qu'en cas de changement de résidence habituelle du créancier d'aliments, la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est intervenu. Dans ses travaux sur le concubinage<sup>1079</sup>, Alain Devers a proposé de faire une application successive des lois en présence de sorte que la loi ancienne serait applicable à la question de l'état de cohabitant hors mariage jusqu'au jour du changement de l'élément de rattachement et la loi nouvelle s'appliquerait à compter de ce changement. L'application de la loi de la nouvelle résidence n'étant pas rétroactive, elle ne remettrait pas en question un état qui serait acquis sous l'empire de la loi ancienne. Cette solution a été consacrée par la Cour de cassation à propos d'un mariage polygamique. Dans l'arrêt *Chemouni*<sup>1080</sup>, les juges ont en effet estimé que la qualité d'époux – qui résultait d'un mariage valablement contracté à l'étranger d'après la loi tunisienne de la nationalité commune à l'époque du mariage – « définitivement acquise » ne pouvait être remise en cause par la loi française du domicile commun, nouvellement applicable, depuis la naturalisation du mari, aux effets du mariage. La Cour de

---

<sup>1078</sup> BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 486 n°418. Sur le conflit mobile, v. notamment ANCEL (B.), « Conflits de lois dans le temps », *Rep droit international*, Dalloz ; RIGAUX (F.), « Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI*, vol. 117, 1966, p. 329s, SOULEAU-BERTRAND (M.), *Le conflit mobile*, Dalloz, Nouvelles bibliothèque des thèses, 2005 ; COURBE (P.), « Divorce et conflit mobile », in *Mélanges dédiées à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 69s.

<sup>1079</sup> V. DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004 et « La loi applicable au régime patrimonial des partenariats enregistrés », in *La séparation des couples internationaux, Droit et patrimoine*, n° 181, mai 2009.

<sup>1080</sup> Cass. civ. 19 février 1963, *Chemouni* ; note PONSARD (A.), *JDI*, 1963, p. 986s. ; note HOLLEAUX (D.), *RCDIP*, 1963, p. 559s.

cassation tint donc la validité du mariage polygamique pour acquise selon la loi applicable au moment de la formalisation de celui-ci tout en laissant la loi française nouvellement applicable régir la créance alimentaire de l'épouse.

**654.** Cependant, la résolution du conflit mobile par morcellement de la loi applicable dans le temps ne nous semble pas pertinente en matière d'unions conjugales informelles. En effet, l'union produit les effets prévus par la loi de la résidence conjugale à condition qu'elle en respecte les conditions de reconnaissance juridique. Ces deux questions, qui se posent en même temps – généralement au stade de la rupture de l'union – ne peuvent donc être analysées à l'aune de deux lois différentes. Autrement dit, on ne peut, contrairement aux unions conjugales formelles, distinguer la loi applicable à l'acquisition de la qualité de concubin et celle applicable aux effets du concubinage. C'est parce que la relation litigieuse est reconnue comme un concubinage par la loi de la résidence conjugale qu'elle peut développer les effets que prévoit cette loi. La résolution du conflit mobile devrait donc aboutir à la désignation d'une loi unique.

**655.** La détermination d'une loi unique en cas de conflit mobile peut se faire par l'ajout d'une précision temporelle dans la règle de conflit. Ainsi lorsque l'article 311-14 du Code civil prévoit comme loi applicable à la filiation celle de la nationalité de la mère au jour de la naissance de l'enfant, le législateur a entendu résoudre le conflit mobile en ne prenant en considération que la loi nationale de la mère au jour de la naissance, quand bien même celle-ci aurait-elle changé depuis. Or, comme le relève justement Alain Devers, « en ce qui concerne la cohabitation hors-mariage, la relation se prête mal à une pétrification du rapport de droit. En effet, la cohabitation hors-mariage naissant du maintien suffisamment prolongé de la relation, il paraît délicat de fixer un moment de référence auquel déterminer la loi applicable »<sup>1081</sup>. La détermination d'un moment fixe auquel la loi de la résidence conjugale devrait être prise en considération pour résoudre le conflit mobile en la matière ne peut donc être retenue.

**656.** La résolution du conflit mobile doit donc plus largement prendre en considération les finalités et les fondements de la règle de conflit de lois proposée. Dans le

---

<sup>1081</sup> DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004, p. 178, n°280.

cadre de notre proposition, le rattachement des unions conjugales informelles à la loi de la résidence conjugale est guidé par le principe de proximité. La prise en considération de ce principe incite donc à préférer la loi de l'actuelle résidence conjugale à celle de l'ancienne résidence. En effet, le maintien forcé de la loi initialement applicable n'est pas compatible avec l'objectif de proximité, « l'actualisation du rattachement s'impose afin d'en conserver la valeur localisatrice »<sup>1082</sup>. Toutefois, l'application de la loi de la nouvelle résidence conjugale pourrait entrer en contradiction avec le principe de prévisibilité de la loi applicable également poursuivi par la règle de conflit lorsque les membres de l'union informelle n'ont établi leur nouvelle résidence conjugale dans un autre pays que depuis un court temps ou de manière temporaire.

**657.** Dans le cadre de notre proposition, le conflit mobile pourrait alors être résolu en imposant un délai à partir duquel la loi de la nouvelle résidence conjugale devrait être prise en considération. L'absence d'écoulement de ce délai permettrait aux membres de l'union informelle de rester soumis à la loi de leur ancienne résidence conjugale en cas de déménagement temporaire à l'étranger, et, partant, de respecter le principe de prévisibilité de la loi applicable. A l'inverse, l'écoulement de ce délai leur permettrait d'être soumis à la loi de leur nouvelle résidence conjugale, et, partant, de respecter le principe de proximité de la loi applicable. La détermination de ce délai à l'aune de celui établi quant à la résidence habituelle des membres du couple pour fonder la compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale ne semble pas pertinente. En effet, une modification de la loi de la résidence conjugale après l'écoulement d'un délai d'une année seulement ne permettrait pas aux membres du couple de conserver la loi de leur ancienne résidence conjugale comme applicable à leur union en cas de déplacement professionnel temporaire à l'étranger. L'on pourrait alors s'inspirer de la logique retenue par l'article 8§2 du règlement Rome I selon lequel l'application de la loi du lieu d'exécution habituelle du travail n'est pas affectée par un simple détachement temporaire. Or, le règlement européen 987/2009 fixant les modalités d'application du règlement 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, précise que la durée maximale du détachement temporaire est de deux ans. Dès lors, afin que l'application de la loi du lieu de réalisation de la vie conjugale ne soit pas affectée par un détachement temporaire des concubins à l'étranger, il pourrait être proposé de retenir

---

<sup>1082</sup> V. en ce sens BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p.491, n°424.

un délai de deux ans à compter duquel la loi de la nouvelle résidence conjugale sera prise en compte. Autrement dit, la loi applicable aux unions informelles serait la loi de la nouvelle résidence conjugale à condition que celle-ci soit établie depuis une durée supérieure à deux ans ou, à défaut, la loi de l'ancienne résidence conjugale.

**658.** Lorsqu'elle est établie depuis plus de deux ans, la loi de la nouvelle résidence conjugale déterminera donc les effets de l'union informelle, à condition qu'elle en remplisse ses conditions de reconnaissance juridique. L'examen de ces conditions, et notamment de la durée imposée par certaines législations à l'union informelle pour s'assurer de sa stabilité, pourra bien évidemment prendre en compte la vie commune qui s'est développée à l'étranger. Dès lors, si la loi de la nouvelle résidence conjugale impose, par exemple, une durée de vie commune que le couple ne remplit pas, celle-ci ne pourra produire ses effets. Aucun statut juridique n'ayant été acquis par l'intervention d'une autorité de l'ordre juridique de l'ancienne résidence conjugale, les membres de l'union informelle ne bénéficient pas d'un droit à la reconnaissance de leur union, ni des effets hypothétiques qui lui sont attachés par la loi de leur ancienne résidence conjugale. Précisons toutefois que lorsque les membres de l'union informelle ont déterminé contractuellement les effets de leur relation, ceux-ci pourront se développer dans les limites fixées par la loi de la nouvelle résidence conjugale. Le délai de deux ans imposé à l'application de la loi de la nouvelle résidence conjugale laisse donc aux membres de l'union informelle le temps de conclure un contrat de cohabitation qu'ils pourraient faire régir par la loi de leur ancienne résidence conjugale, ou encore, leur laisser le temps de formaliser leur union.

**659.** La résolution proposée du conflit mobile permettrait donc de ne prendre en compte la loi de la nouvelle résidence conjugale que lorsque celle-ci est établie depuis un délai supérieur à deux ans afin de permettre aux membres de l'union informelle de rester soumis à la loi de leur ancienne résidence conjugale en cas de déménagement ou de déplacement temporaire à l'étranger. Mais qu'il s'agisse de la loi de l'ancienne ou de la nouvelle résidence conjugale, celle-ci ne pourra pas produire ses effets si ces derniers sont manifestement incompatibles avec l'ordre public international du for.

## **B. L'admission conditionnée de l'ordre public international**

**660.** Il se peut que les effets prévus par la loi de la résidence conjugale à l'union informelle litigieuse soient incompatibles avec les valeurs fondamentales du for ou avec ses dispositions impératives. Notons toutefois que ces risques de conflit seront moindres concernant les unions informelles, pour lesquelles l'Etat ne fixe qu'un large cadre juridique dans lequel les individus peuvent moduler leur relation, qu'en matière d'unions formelles, pour lesquelles l'Etat protège ses intérêts au travers de l'élaboration du statut conjugal auquel les membres du couple acceptent d'adhérer. Mais, si cette hypothèse venait à se présenter, il faudrait alors encadrer le mécanisme de l'ordre public international de sorte que son déclenchement puisse permettre au for de protéger ses intérêts et les valeurs qu'il considère comme fondamentales. Il ne faudrait pas pour autant que son déclenchement ne soit trop attentatoire aux intérêts privés des membres du couple et à l'objectif, non pas de continuité du statut conjugal puisque statut il n'y a, mais de prévisibilité de la loi applicable. Pour ce faire, à l'instar de la solution retenue pour les unions conjugales formelles, le déclenchement de l'ordre public international, qui devrait ici être beaucoup plus rare eu égard à l'attitude libérale des Etats face à ces unions de fait, devrait être soumis à un double test de proximité et de proportionnalité.

**661.** D'une part, l'ordre public international du juge saisi ne devrait pouvoir s'opposer aux effets prévus par la loi de la résidence conjugale à l'union conjugale informelle litigieuse que lorsque les membres du couple présentent une proximité certaine avec l'ordre juridique du juge saisi. L'analyse de cette proximité viserait ainsi à s'assurer que seuls les effets qui ont vocation à se développer dans l'ordre juridique du for puissent être évincés. Dès lors, si l'application des dispositions de la loi de la résidence conjugale contraires, dans leur principe, aux valeurs fondamentales du for ne développent pas, dans l'ordre juridique du for, d'effets incompatibles à ses valeurs fondamentales, le mécanisme de l'ordre public international ne devrait pouvoir se déclencher. Ainsi, le simple fait, pour certaines législations, de réprouber *a priori* une union conjugale informelle, tel qu'un concubinage homosexuel, ne devrait pas, en tant que tel, faire échec à l'application de la loi de la résidence conjugale normalement applicable.

**662.** D'autre part, le déclenchement de ce mécanisme devrait être soumis à une appréciation concrète de l'atteinte causée par l'application de la loi de la résidence conjugale aux valeurs fondamentales du for ainsi que de l'atteinte causée par le déclenchement de son ordre public international aux droits des intéressés. Précisons à ce titre que la Cour européenne des droits de l'Homme accepte que les Etats parties ne reconnaissent pas aux membres d'une union informelle un droit exclusivement réservé aux unions formelles<sup>1083</sup>. Au contraire, elle considère que la différence de traitement entre les droits dont les concubins disposent et ceux dont disposent les conjoints ne saurait être considérée comme une violation de la convention au motif que le mariage confère un statut et des droits particuliers à ceux qui s'y engagent. Elle procède ainsi à une hiérarchisation des couples par le critère de l'officialisation de l'union et par le privilège du mariage. Les Etats pourraient donc ne pas reconnaître un droit prévu par la loi de la résidence conjugale en opposant leur ordre public international si ce droit est exclusivement réservé, par la loi du for, aux membres d'une union formelle et à condition que son application concrète vienne heurter ses valeurs fondamentales.

**663.** L'application de la loi de la résidence conjugale aux unions informelles serait donc susceptible de soulever des questions de conflit mobile dont la résolution proposée nous semble en permettre une mise en œuvre facilitée. Elle est également susceptible de heurter les valeurs fondamentales du for et l'admission conditionnée du mécanisme de l'ordre public international permet alors d'assurer une juste protection des intérêts en présence. La mise en œuvre de la règle de conflit de lois applicable aux couples informels suppose désormais d'exclure les mécanismes perturbateurs que constituent le renvoi et la fraude à la loi.

## **II. L'exclusion du renvoi et de la fraude à la loi**

**664.** La mise en œuvre de la loi de la résidence conjugale aux unions informelles suppose, dans le cadre de notre proposition, de ne prendre en compte que ses dispositions matérielles et, partant, d'exclure le mécanisme du renvoi (A). En outre, la détermination objective de la loi de la résidence conjugale et la résolution proposée du conflit mobile que la

---

<sup>1083</sup> V. notamment les affaires *Burden et Burden c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2008 (n° 13378/05), *Van der Heijden c/ Pays-Bas*, 3 avril 2012 (n° 42857/05) et *Serife Yigit c/ Turquie*, 2 novembre 2010 (n° 3976/05).



mise en œuvre de cette règle de conflit serait susceptible de soulever incitent également à exclure le mécanisme de la fraude à la loi (**B**).

### A. L'exclusion du renvoi

**665.** La mise en œuvre de la règle de conflit de lois applicable aux unions informelles est susceptible de soulever la question du renvoi lorsque l'ordre juridique de la résidence conjugale prévoit également une règle de conflit donnant compétence à la loi d'un autre ordre juridique. Il convient alors de savoir si la loi applicable par l'autorité saisie est celle désignée par la règle de conflit proposée ou par la règle de conflit étrangère. Précisons d'emblée que cette situation sera, en pratique, assez rare puisque seul un très faible nombre de législations nationales ont instauré une règle de conflit de lois applicable aux unions informelles. La question du renvoi ne se posera donc que dans les hypothèses dans lesquelles l'ordre de la résidence conjugale a prévu une règle de conflit qui, assortie d'un rattachement différent, donnerait compétence à une autre loi que celle de l'ordre juridique de la résidence conjugale.

**666.** Le mécanisme du renvoi, aussi sophistiqué que controversé, a fait couler beaucoup d'encre<sup>1084</sup> et nous partageons l'avis selon lequel « aucune raison logique n'impose ou n'exclut le renvoi »<sup>1085</sup>. Il convient donc d'en avoir une utilisation pragmatique et de conditionner son admission au regard des objectifs poursuivis par la règle de conflit. Dans le cadre de notre proposition, un renvoi *in concreto* a été accepté quant à la loi de l'autorité applicable aux unions conjugales formelles en ce qu'il permettrait d'assurer l'objectif de continuité concrète du statut conjugal acquis par les intéressés<sup>1086</sup>. Il a en revanche été refusé concernant la loi de la nationalité commune ou de la résidence conjugale choisie comme

---

<sup>1084</sup> Sur la question, v. notamment notamment COURBE (P.), « Retour sur le renvoi », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 241s. ; LEQUETTE (Y.), « Renvoi », *Rep. droit international*, Dalloz, 1998 ; HUGHES (D. A.), « The Insolubility of Renvoi and its Consequences », *Journal of Private International Law*, 2010, vol. 6, p. 195s. ; FRANCESCAKIS (P.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958 ; DAVI (A.), « Le renvoi en droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 352, 2010 ; AGOSTINI (E.), « Le mécanisme du renvoi », *RCDIP*, 2013, p. 545s. ; KASSIR (W.-J.), « Le renvoi en droit international privé – technique de dialogue entre les cultures juridiques », *RCADI*, 2016, vol. 377 ; ROMANO (G.-P.), *Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Genève, Schulthess, 2014.

<sup>1085</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, n°342, p. 248.

<sup>1086</sup> Sur l'admission d'un renvoi *in concreto* quant à la loi de l'autorité, cf. *infra*. n°547s.

applicable aux effets de l'union conjugale formelle afin de ne pas heurter les principes d'autonomie de la volonté et de proximité de la loi applicable. L'objectif ici poursuivi par la règle de conflit de lois proposée comme applicable aux unions informelles est également la proximité et la prévisibilité de la loi désignée avec les membres du couple. Or, il convient classiquement de refuser de faire jouer le renvoi quand la règle de conflit est fondée sur une recherche de proximité. En outre, la règle proposée a vocation à s'inscrire dans un instrument international. Dès lors, à l'instar de la solution retenue par la majorité des récentes conventions de La Haye et des règlements européens, l'objectif d'harmonisation des règles de conflit de lois poursuivi par cet instrument international incite également à ne pas retenir le renvoi.

**667.** Admettre le renvoi reviendrait à imposer à l'autorité requise de se prononcer sur les effets d'une union conjugale informelle de consulter les dispositions de droit international privé de la loi de la résidence conjugale afin de déterminer la loi qui devrait être applicable. Le renvoi serait donc abstrait, en ce sens qu'il se contenterait de prendre en compte les règles de conflit de lois de l'Etat de la résidence conjugale, et non pas concret, en ce sens qu'il n'aurait pas pour objectif d'appliquer la loi concrètement appliquée au rapport de droit pour en assurer la continuité. Dès lors, en plus d'imposer un lourd travail au juge, l'admission du renvoi risquerait de surprendre les prévisions légitimes des parties quant à la loi applicable. Nous partageons donc l'avis d'Alain Devers selon lequel « quelle que soit l'hypothèse étudiée, il paraît préférable d'exclure le mécanisme du renvoi dans le jeu de la règle de conflit, s'agissant de la formation, des effets et de la dissolution de la cohabitation hors mariage »<sup>1087</sup>.

**668.** Si la mise en œuvre de la loi applicable aux unions formelles suppose dès lors d'exclure le mécanisme du renvoi, elle permet également d'exclure celui de la fraude à la loi, facilitant ainsi l'application des règles proposées.

---

<sup>1087</sup> DEVERS (A.), *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 232, n°372 et note de bas de page n°62.

## B. L'exclusion de la fraude à la loi

**669.** La fraude à la loi consiste « à modifier volontairement un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente »<sup>1088</sup>, à rendre artificiellement applicable une autre loi que celle qui avait vocation à s'appliquer. La fraude à la loi reviendrait donc, pour les membres de l'union informelle, à établir artificiellement leur résidence conjugale sur le territoire de l'ordre juridique dont ils souhaiteraient voir la loi s'appliquer à leur union. Si le rattachement à la loi de la résidence – parce qu'il dépend de la volonté des parties de s'établir à l'endroit de leur choix – favorise les cas de fraude<sup>1089</sup>, il nous semble toutefois que l'hypothèse d'une fraude à la loi en matière d'unions informelles relève en réalité du cas d'école. L'intérêt d'une manipulation frauduleuse du rattachement à la loi de la résidence conjugale est en effet grandement réduit par la possibilité offerte aux membres de l'union de choisir cette loi comme applicable à leur contrat de concubinage et, partant, à certains effets de leur union. Elle ne serait finalement utile que pour les effets personnels de l'union, sur lesquels l'on ne peut contracter. Mais il serait alors certainement plus judicieux pour les membres du couple d'officialiser leur union, lorsque cela est possible, afin de rendre compétente la loi de l'autorité saisie de la création de leur union.

**670.** Du reste, il nous semble que tant le contrôle opéré par le juge dans la détermination objective de la résidence conjugale que les précisions temporelles proposées pour la résolution du conflit mobile qu'elle pourrait soulever limiteraient grandement ces manœuvres frauduleuses. Il appartiendrait, d'une part, au juge requis de se prononcer, à titre préalable ou principal, sur les conditions de reconnaissance juridique et les effets d'une union conjugale informelle de déterminer dans quel ordre juridique s'est développée la vie conjugale. Il devrait donc vérifier, au regard des éléments à sa disposition, que la loi de la résidence conjugale alléguée comme applicable par les membres du couple correspond bien à la loi de l'ordre juridique dans lequel la vie conjugale se développe. Ainsi, par exemple, le fait pour les membres d'un couple franco-italien de posséder une maison secondaire commune en

---

<sup>1088</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mai 1983, *Lafargue* ; note ANCEL (B.), *RCDIP*, 1985 p. 346. Sur la question de la fraude, v. notamment DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), « Fraude à la loi », *Rep. droit international*, Dalloz, 1998 ; CLAVEL (S.), « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP*, 2010-2012, Pedone, 2013, p. 255s. ; HAUSER (J.), « Détournements, abus ou fraudes » in *Les détournements en droit de la famille*, colloque du CERFAP, Université Montesquieu Bordeaux IV, *Droit et patrimoine*, déc. 2011, p. 36s ; CORNUT (E.), *Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006 et « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, p 27s.

<sup>1089</sup> Contrairement au rattachement à la loi nationale ou à la loi du domicile, dont le changement est plus difficile.

Italie alors que leur vie conjugale se déroule majoritairement en France, où ils ont fixé leur domicile principal et où leurs enfants sont scolarisés, invitera le juge à retenir la loi française comme applicable à leur union et non la loi italienne, quand bien même celle-ci serait invoquée par les parties.

**671.** D'autre part, et conformément à la solution proposée au conflit mobile, la loi de la résidence conjugale ne peut être appliquée que si cette dernière est établie depuis au moins deux ans, délai avant lequel l'union ne peut se prévaloir d'aucune stabilité et continuité. Dès lors, si les membres du couple souhaitent voir leur union échapper aux dispositions de la loi de la résidence conjugale normalement applicable en installant leur résidence dans un autre ordre juridique, il leur appartiendrait d'y rester plus de deux ans afin que cette loi puisse être prise en compte par le juge requis. L'encadrement du conflit mobile réduit donc grandement les risques de fraude.

**672.** Dès lors, le contrôle opéré par le juge dans la détermination objective de la résidence conjugale et les précisions temporelles proposées pour la résolution du conflit mobile nous invitent, en raison de son inutilité, à ne pas retenir le mécanisme de la fraude à la loi dans la mise en œuvre de la loi applicable aux unions conjugales informelles.



## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**673.** L'analyse de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois proposée pour régir les unions conjugales informelles nous a permis de déterminer clairement le champ d'application de la loi de la résidence conjugale et de répondre aux problèmes pratiques que son application pourrait soulever.

**674.** Au terme de notre étude, la loi de la résidence conjugale serait applicable aux conditions de reconnaissance juridique ainsi qu'aux effets attachés par celle-ci à l'union conjugale informelle qu'elle régit. Il appartiendrait donc au juge saisi, à titre préalable ou principal, de soumettre l'ensemble des effets de cette union à la loi de la résidence conjugale, à condition que celle-ci en remplisse les conditions de reconnaissance juridique. Les membres de l'union conjugale informelle pourront toutefois librement moduler les effets de leur union par un contrat de concubinage. Ils pourront ainsi les soumettre, par le biais d'une clause d'*electio juris*, à la loi choisie par eux. Les questions relatives à la vocation successorale et à l'indemnisation du concubin survivant ainsi que celles relatives à l'établissement de la filiation, à l'autorité parentale et aux obligations alimentaires à l'égard des enfants resteraient quant à elles soumises à des rattachements spécifiques. Le champ d'application matériel ainsi attribué à la loi de la résidence conjugale lui permettrait d'assurer un traitement juridique cohérent des problèmes soulevés par les unions informelles en les soumettant à la loi qui présente la plus grande proximité avec le couple tout en laissant s'exprimer le principe de l'autonomie de la volonté et la vocation concurrente des règles de conflit par ailleurs applicables au rapport de droit.

**675.** L'application de la loi de la résidence conjugale aux unions informelles nous a également permis de proposer une solution au conflit mobile que la mise en œuvre de cette règle de conflit serait susceptible de soulever en cas de déménagement des couples à l'étranger. La loi de la nouvelle résidence conjugale ne devrait ainsi être prise en compte que lorsqu'elle a été établie depuis plus de deux ans. Par ailleurs, la loi de la résidence conjugale pourrait être évincée par l'ordre public international du juge saisi si son application concrète venait à produire des effets contraires aux valeurs fondamentales du for. L'encadrement proposé des mécanismes perturbateurs que constituent le conflit mobile et l'ordre public international nous a enfin permis de mieux exclure les mécanismes du renvoi et de la fraude à

la loi. Seules les dispositions matérielles de la loi de la résidence conjugale trouveraient à s'appliquer et celles-ci ne pourraient pas être évincées par l'invocation d'une manipulation frauduleuse du point de rattachement.

## CONCLUSION DU TITRE II

676. Il était nécessaire, pour éprouver la solidité de l'adaptation proposée du droit international privé du couple, de savoir si la mise en œuvre pratique de cette proposition théorique parviendrait à assurer l'objectif recherché. Notre ambition était d'adapter la méthode conflictuelle classique à l'aune des objectifs de la méthode de la reconnaissance afin d'assurer la continuité concrète du statut conjugal tout en garantissant un traitement juridique plus cohérent des problèmes soulevés par les unions conjugales en droit international privé. La mise en œuvre des solutions proposées nous a ainsi permis de nous assurer, en analysant les problèmes pratiques que leur application serait susceptible de soulever, de l'efficacité des règles de conflit retenues, c'est-à-dire de leur aptitude réelle à atteindre les objectifs poursuivis par notre proposition.

677. Concernant la mise en œuvre de la règle de conflit de lois proposée pour régir les unions conjugales formelles, le rattachement de leur validité à la loi appliquée par l'autorité compétemment saisie de sa création assure la continuité concrète du statut conjugal. Couplé à des règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale, ce rattachement libéral n'est pas pour autant facteur d'*auctorum shopping*. En effet, seules les autorités de l'ordre juridique dont l'un au moins des membres du couple possède la nationalité ou a établi sa résidence habituelle sur son territoire depuis au moins un an, seront compétentes pour formaliser leur union. Au stade de la création de l'union, ce rattachement permet ainsi aux individus de choisir, de manière limitative, l'autorité compétente et, partant, la loi applicable à leur union. Il permet également à l'autorité compétemment saisie d'appliquer sa propre loi à la constitution du lien conjugal. Au stade de la circulation de l'union, ce rattachement permet à l'union conjugale d'être reconnue en application de la loi qui a présidé à sa création. Seules l'absence d'un consentement éclairé ou d'une réelle intention matrimoniale lors de la création de l'union et la contrariété manifeste et disproportionnée de l'application concrète de la loi de l'autorité aux dispositions fondamentales du for avec lequel les époux entretiennent une proximité certaine pourraient justifier le refus de reconnaissance de cette union.



**678.** Quant aux effets des unions conjugales informelles, l'ouverture d'une option de législation entre les dispositions matérielles de la loi de la résidence conjugale au moment du choix ou celles de la loi de la nationalité commune des membres du couple au moment du choix participe de l'extension du principe de l'autonomie de la volonté en matière conjugale. Par le choix limité des lois à la disposition des membres du couple qu'elle offre, cette règle assure la désignation d'une loi qui présente une proximité certaine et commune avec ces derniers. La mise en œuvre de cette option de législation nous a ainsi permis de retenir une solution libérale quant au moment du choix de loi applicable qui devrait pouvoir être réalisé même après la saisine de la juridiction, par le biais d'un accord procédural. Elle nous a également permis de déterminer des règles de faveur relatives à la validité du choix de loi applicable. Ainsi, la validité matérielle du contrat de choix dépendrait de la loi choisie par les parties alors que sa validité formelle serait, quant à elle, soumise à la loi choisie par les parties ou à la loi du lieu où le contrat a été conclu. Eu égard à l'importance de ses conséquences juridiques, ce choix devrait toutefois être écrit et signé par les membres du couple et précédé de l'avis d'un juriste-conseil qui contresignera le contrat. En l'absence de choix de loi applicable, et à rebours de la tendance actuelle à recourir à des règles de conflit en cascade, c'est à la seule la loi de l'autorité saisie de la création de l'union qu'il appartiendra de régir les effets de l'union. La mise en œuvre de ce rattachement permet ainsi de soumettre les effets de l'union à la loi en vertu de laquelle a été configurée. Partant, ce rattachement garantit l'application d'une loi unique aux règles relatives à la naissance, la vie et l'extinction de l'union conjugale. Nous nous sommes enfin prononcé sur le domaine de la loi applicable qui, pour que soit assuré un traitement juridique cohérent du lien conjugal, régira l'ensemble des effets personnels et patrimoniaux de l'union ainsi que les causes, conditions, effets et conséquences de sa dissolution.

**679.** Concernant la mise en œuvre de la règle de conflit de lois proposée pour régir les unions conjugales informelles, le rattachement des conditions de reconnaissance juridique et de l'ensemble des effets légaux de ces unions à la loi de la résidence conjugale permet de les soumettre à une loi qui entretient une proximité réelle et certaine avec le couple et qui constitue la toile de fond de ces unions. Le large champ d'application matériel attribué à cette règle de conflit lui permet également d'assurer un traitement juridique cohérent des problèmes soulevés par les concubins en droit international privé en les soumettant à une loi unique. Toutefois, afin que soient protégés le principe de l'autonomie de la volonté et les objectifs

poursuivis par les règles de conflit concurrentes, la loi de la résidence conjugale ne régira pas les effets prévus par un contrat de concubinage ni ceux faisant l'objet d'un rattachement plus pertinent. Ainsi, les questions relatives à la vocation successorale et à l'indemnisation du concubin survivant ainsi que celles relatives à l'établissement de la filiation, à l'autorité parentale et aux obligations alimentaires à l'égard des enfants resteront soumises à des règles de conflit spécifiques en droit international privé français.

**680.** La mise en œuvre des règles de conflit proposées nous a également permis d'encadrer les mécanismes perturbateurs qui pourraient venir contrer l'application de la loi normalement désignée. Ainsi un renvoi *in concreto* a été proposé quant à la loi de l'autorité, afin de garantir la continuité concrète du statut conjugal. Le renvoi n'a toutefois pas été retenu quant à la détermination de la loi de la résidence conjugale ou de la nationalité commune choisie par les membres du couple pour régir les effets de leur union, afin de ne pas nuire aux objectifs de proximité et de prévisibilité de la loi applicable. L'objectif de prévisibilité de la loi applicable nous a également conduit à exclure le renvoi en matière d'unions informelles. Quant au conflit mobile, il a été résolu par l'ajout d'une précision temporelle dans la détermination de la loi applicable aux unions conjugales formelles : la loi applicable à leur validité sera celle au jour de leur formalisation alors que celle applicable à leurs effets sera celle au jour de la conclusion du contrat de choix de loi, ou, à défaut, de la saisine de l'autorité requise de se prononcer sur ses effets. Pour les unions informelles, la loi applicable sera celle de leur dernière résidence conjugale à condition que celle-ci ait duré plus de deux ans au jour de la saisine de l'autorité. Le déclenchement de l'ordre public international du for a également été encadré afin de garantir, à l'issue d'un contrôle *in concreto* de proportionnalité et de proximité, une juste protection des intérêts privés et publics en la matière. Enfin, la proposition de règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale, la détermination objective des rattachements retenus et la résolution proposée du conflit mobile rendent superfétatoire le recours au mécanisme de la fraude à la loi tant pour les unions formelles que pour les unions informelles.

**681.** Les réponses apportées aux contraintes révélées par la mise en œuvre pratique des solutions proposées confirment donc l'efficacité des règles retenues.



## CONCLUSION DE LA PARTIE II

**682.** La seconde partie de notre étude avait pour objectif de proposer une adaptation des règles de droit international privé applicables aux couples. Nous souhaitons en effet démontrer qu'une adaptation de la méthode conflictuelle classique à l'aune des objectifs poursuivis par la méthode de la reconnaissance permettrait de proposer un droit international privé du couple respectueux de l'exigence de continuité internationale des situations conjugales et garant d'un traitement juridique cohérent des problèmes rencontrés par les unions conjugales à l'échelle internationale. Il convenait alors de reconstruire le droit international privé du couple, et c'est ce que nous avons entrepris. Nous avons d'abord établi les fondements théoriques de l'adaptation avant d'analyser la mise en œuvre pratique des règles retenues et, partant, leur aptitude à atteindre les objectifs poursuivis.

**683.** Reconstruire le droit international privé du couple supposait tout d'abord de s'interroger sur la création d'une nouvelle catégorie de rattachement capable d'englober les différents modes de conjugalité. Nous avons alors démontré que si l'émergence de la notion juridique de couple en droit interne permet d'appréhender la diversité des formes de conjugalité sous un même vocable, elle ne pouvait toutefois pas conduire à l'instauration d'un véritable droit commun du couple. Dès lors, si une nouvelle catégorie de rattachement fondée sur un concept catégoriel plus large a pu être proposée afin de dépasser la distinction, selon nous injustifiée en droit international privé, entre mariage et partenariats enregistrés, cette catégorie ne pouvait cependant pas se présenter sous une forme totalement unitaire. Au contraire, le respect du pluralisme conjugal propre à chaque Etat suppose d'établir une distinction dualiste et fonctionnelle entre les couples formels – dont l'union a été formalisée par l'intervention d'une autorité en vue d'en déterminer les effets à venir – et les couples informels – dont l'union ne repose pas sur un acte constitutif d'état mais sur une reconnaissance rétrospective de leur vie commune. Fondée sur une analyse renouvelée des différents modes de conjugalité, cette nouvelle catégorie de rattachement permettrait de retrouver une certaine cohérence dans les règles applicables aux couples sans pour autant instaurer de régime commun du couple en droit international privé. Il nous fallait ensuite nous interroger sur la place à accorder à cette nouvelle catégorie de rattachement au sein des catégories existantes. Nous avons démontré qu'elle pourrait intégrer le statut personnel sous la forme d'un statut conjugal, distinct du statut individuel et familial. Ces trois sous-

ensembles répondent en effet à des objectifs différents et la vocation de la loi nationale à régir les problèmes qu'ils soulèvent est alors à géométrie variable et elle n'est, en tout état de cause, que subsidiaire dans le cadre du statut conjugal.

**684.** Il convenait ensuite de déterminer de nouveaux facteurs de rattachement applicables aux couples formel et informel. Nous avons démontré que les lois qui présentent la plus grande vocation à régir les questions juridiques soulevées par les différentes formes de conjugalité sont la loi de l'autorité ayant constituée l'union conjugale et la loi de la résidence conjugale. D'une part, le rattachement à la loi de l'autorité, qui constitue une adaptation de la méthode du conflit de lois par le prisme du conflit d'autorités et de la reconnaissance unilatérale, permet une continuité concrète du lien conjugal et a ainsi vocation à régir les questions relatives à la validité et, dans une certaine mesure, aux effets de celle-ci. D'autre part, le rattachement proximiste à la loi de la résidence conjugale permet de désigner, de manière objective et factuelle, l'ordre juridique dans lequel se déroule et se matérialise la vie commune. Cette loi pourrait ainsi être choisie par les membres du couple pour régir les effets de l'union conjugale, au même titre que la loi nationale commune. La loi de la résidence conjugale est également particulièrement pertinente pour régir les conditions de reconnaissance juridique et les effets des unions informelles pour lesquelles la cohabitation constitue la toile de fond.

**685.** La proposition de nouvelles règles de conflit de lois applicables aux unions conjugales formelles et informelles ne pouvait emporter la conviction que si leur mise en œuvre pratique parvenait à atteindre l'objectif recherché par l'adaptation proposée. Le second titre de cette étude nous a ainsi permis de nous assurer, en analysant les problèmes pratiques que leur application serait susceptible de soulever, de l'efficacité des règles de conflit retenues.

**686.** La mise en œuvre du rattachement de la validité des unions conjugales formelles à la loi appliquée par l'autorité compétemment saisie de sa création confirme son aptitude à assurer une continuité concrète du statut conjugal tout en luttant contre le tourisme conjugal. La proposition de règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale ne permet en effet aux individus qu'un choix limité de

l'autorité constitutive du lien conjugal et, partant, de la loi applicable à leur union dont la validité et les effets seront analysés à l'aune de la loi selon laquelle elle a été constituée. Afin que soient garantis le principe de proximité de la loi applicable et celui de l'autonomie de la volonté, ces effets pourront toutefois être soumis, en lieu et place de la loi de l'autorité objectivement applicable, à la loi de la résidence conjugale ou de la nationalité commune des membres du couple lorsqu'ils en ont convenu ainsi. La mise en œuvre de cette option de législation nous a ainsi permis d'encadrer ses modalités d'application en analysant notamment le moment du choix de la loi applicable ainsi que les conditions relatives à la validité formelle et matérielle du contrat de choix de loi. Il nous fallait enfin préciser le domaine d'application matériel de la loi applicable. A ce titre, la soumission de l'ensemble des effets personnels et patrimoniaux de l'union ainsi que des causes, conditions, effets et conséquences de sa dissolution à la loi proposée permet que soit assuré un traitement juridique cohérent du lien conjugal.

**687.** La mise en œuvre de la loi de la résidence conjugale en matière d'unions conjugales informelles supposait quant à elle de déterminer son champ d'application matériel avant de résoudre les problèmes que son application pourrait entraîner. Nous avons alors démontré que son application aux conditions de reconnaissance juridique et aux effets des unions conjugales informelles permet de soumettre les problèmes rencontrés par les concubins en droit international privé à une loi qui entretient une proximité certaine avec eux. Afin que soient protégés le principe de l'autonomie de la volonté et les objectifs poursuivis par les règles de conflit concurrentes, la loi de la résidence conjugale ne régirait toutefois pas les effets prévus par un contrat de concubinage ni ceux faisant l'objet d'un rattachement plus pertinent. Cette analyse nous a enfin permis de proposer une solution au conflit mobile et un encadrement du mécanisme de l'ordre public international que la mise en œuvre de cette règle de conflit serait susceptible de soulever et ce, afin de mieux exclure les mécanismes du renvoi et de la fraude à la loi.

**688.** L'analyse de la mise en œuvre pratique des règles de conflit retenues a ainsi confirmé l'aptitude de l'adaptation proposée du droit international privé du couple à assurer une continuité concrète des unions conjugales et un traitement juridique plus cohérent des problèmes qu'elles soulèvent. Nous espérons donc qu'elle puisse contribuer à l'évolution

nécessaire des règles de droit international privé actuellement applicables et au renouvellement méthodologique auquel est en proie la matière depuis quelques années.

## CONCLUSION GENERALE

**689.** Notre étude sur « le couple en droit international privé » a eu pour objectif de réfléchir à l'avenir des règles et méthodes de droit international privé applicables aux unions conjugales. Autrement dit, c'est une réflexion juridique sur l'amour conjugal face au franchissement de frontières que nous avons menée. C'est sur la base du double constat du désordre qui caractérise actuellement les règles de conflit de lois et des problèmes de reconnaissance que pose la circulation des nouvelles formes de conjugalité que nous nous sommes demandé s'il était possible de rendre au droit international privé du couple une certaine cohérence tout en assurant aux rapports conjugaux internationaux une réelle stabilité. L'élaboration d'un droit international privé du couple renouvelé nous a conduit à procéder à un double mouvement de déconstruction et de reconstruction de la matière. Au terme de cette étude, il est alors possible de proposer des solutions qui prendront la forme d'un projet d'instrument international.

**690.** Dans un premier temps, l'analyse critique de la méthode conflictuelle classique nous a permis de comprendre les raisons de son inadaptation actuelle. Nous avons ainsi démontré que tant les rattachements prévus par cette méthode que la logique de localisation abstraite du rapport de droit sur laquelle elle repose se heurtent à la diversification des formes de conjugalité et à l'exigence de continuité internationale des unions conjugales. C'était donc vers la méthode de la reconnaissance qu'il était naturel de se tourner tant elle semblait porteuse d'espoirs doctrinaux. Mais ceux-ci nous sont apparus illusoires. En effet, si une partie de la doctrine voit dans cette méthode la réponse aux problèmes que pose la méthode savignienne, l'analyse critique de cette méthode révèle qu'elle n'est pas, par elle-même, une réponse suffisante. Si la méthode de la reconnaissance repose, il est vrai, sur des soubassements théoriques intéressants et sur des objectifs séduisants, son applicabilité demeure aussi incertaine que son effectivité. La déconstruction du droit international privé du couple a ainsi mis en exergue à la fois l'inadaptation de la méthode classique et l'insuffisance de la méthode de la reconnaissance.

**691.** Dans un second temps, nous avons alors cherché à envisager autrement la matière et, partant, à repenser le droit international privé du couple. Ce faisant, nous nous sommes livré à une réflexion quant à une possible adaptation méthodologique. Face aux



nombreuses zones d'ombre qui entourent la méthode de la reconnaissance, c'est à la méthode conflictuelle classique que nous avons souhaité redonner ses lettres de noblesse. Le rattachement à loi de l'autorité, récemment retenu en matière de partenariats enregistrés, a constitué le terreau fertile sur la base duquel s'est développée l'adaptation méthodologique retenue. Tout en conservant la méthode savignienne, nous avons tenté de tenir compte des objectifs de la méthode de la reconnaissance et de recourir au mécanisme du conflit d'autorités. Nous avons en effet estimé que seul le rattachement de la validité de l'union conjugale à la loi du pays de constitution pouvait assurer la continuité internationale du lien conjugal. Or, l'application de cette loi se justifie par l'intervention d'une autorité qui, du fait de l'effet constitutif que lui reconnaît l'ordre juridique auquel elle appartient, vient localiser le lien conjugal. L'application de la loi de l'autorité constitue donc un point de convergence entre la méthode classique et la méthode de la reconnaissance. Elle présente ainsi une nature hybride qui, d'une certaine manière, vient concilier bilatéralisme et unilatéralisme. Raisonner en termes de reconnaissance, mais dans un système conflictuel bilatéral, garantit donc la continuité internationale des unions conjugales. L'équilibre entre bilatéralisme et unilatéralisme est, quant à lui, assuré par la détermination de règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale.

**692.** Mais l'adaptation méthodologique proposée ne visait pas seulement à garantir la continuité du lien conjugal en cas de franchissement de frontières, elle avait également pour objectif d'améliorer la cohérence des règles applicables. Nous avons alors démontré que l'instauration d'un régime commun du couple en droit international privé n'est pas incompatible avec le respect du pluralisme conjugal propre à chaque Etat. Il nécessite simplement de distinguer les couples dont l'union a été formalisée par l'intervention d'une autorité compétente en vue d'officialiser une vie commune à venir et ceux dont l'union, dite informelle, repose uniquement sur une reconnaissance rétrospective d'une vie de couple passée. Dépassant la diversité des modes de conjugalité retenus par les droits internes, le statut conjugal a ainsi pu être reconstruit autour d'une logique commune en prenant en compte cette distinction fonctionnelle irréductible entre les couples formels et informels.

**693.** Conscient que la proposition de nouvelles règles de conflit de lois ne pouvait emporter la conviction que si la mise en œuvre pratique de ces règles réussissait à atteindre les objectifs de continuité et de cohérence recherchés, nous avons souhaité confronter notre adaptation méthodologique aux problèmes concrets qu'elle pouvait soulever. Les conclusions

auxquelles nous avons abouti nous semblent attester de l'efficacité des règles retenues. Celles-ci seront donc reprises dans le cadre d'un projet d'instrument international que nous proposons de réaliser en guise de conclusion de notre étude. Notre travail s'est en effet inscrit dans une vision résolument universaliste et les règles que nous proposons ont vocation à être transposées dans d'autres ordres juridiques nationaux que celui que nous devons prendre comme référence. Afin d'éviter que les réponses ne divergent en fonction du juge saisi, la résolution des litiges internationaux en matière conjugale nécessiterait donc, à nos yeux, l'adoption d'un instrument international. Cette proposition permettrait ainsi d'harmoniser, à l'échelle internationale, les règles applicables aux couples en tenant compte des problèmes posés par la circulation des nouvelles formes de conjugalité. Si l'adoption d'un tel instrument dépend de considérations politiques que le juriste ne peut totalement maîtriser, les propositions que nous avons formulées nous semblent toutefois parvenir à un juste équilibre entre, d'une part, le respect du pluralisme conjugal propre à chaque Etat et, d'autre part, l'exigence de continuité internationale des unions conjugales et le traitement juridique cohérent des problèmes soulevés dans l'ordre international.

**694.** Il est alors nécessaire de s'interroger sur la nature de cet instrument juridique. Celui-ci pourrait tout d'abord inspirer l'adoption d'une résolution de l'Institut de droit international. Si ces résolutions sont parfois suivies par les Etats, elles n'en demeurent pas moins des instruments de *soft-law*. Autrement dit, elles n'ont aucun effet contraignant et l'effectivité des règles proposées dépendrait donc du bon vouloir des Etats. Afin que cet instrument international bénéficie d'une force juridique contraignante, ce projet pourrait avec davantage de profit inspirer les membres de la Conférence de La Haye de droit international privé dans l'adoption d'une convention ouverte à la signature de l'ensemble des Etats de la société internationale. Cette voie présenterait l'avantage indéniable de consacrer des solutions communes à l'échelle internationale. Mais, au regard du faible nombre de ratifications dont ont bénéficié les différentes conventions adoptées par cette organisation intergouvernementale, il est toutefois peu probable que l'ensemble des pays de la société internationale parviennent à s'accorder sur des règles communes dans un domaine aussi délicat. Une troisième voie pourrait alors être celle de l'adoption d'un règlement européen. En effet, les objectifs de continuité concrète du statut conjugal et de respect du pluralisme conjugal assignés à l'adaptation proposée sont portés par l'Union européenne. Celle-ci

poursuit en effet un double objectif d'unité du statut conjugal et de diversité des statuts conjugaux<sup>1090</sup>. Afin de parachever l'instauration d'un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice en matière conjugale, la Commission européenne pourrait ainsi s'inspirer d'un tel projet en vue de l'adoption d'un règlement européen. L'interprétation et le contrôle de la mise en œuvre des dispositions de ce règlement par la Cour de Justice de l'Union européenne permettraient alors d'assurer son application uniforme sur le territoire européen. En l'absence de consensus entre les vingt-huit Etats membres, le recours à une procédure de coopération renforcée, déjà utilisée en matière de divorce ou d'effets patrimoniaux des mariages et des partenariats enregistrés, pourrait également, par le principe d'application universelle des règles proposées, participer à l'universalisation du droit international privé du couple. Nous sommes conscients que l'adoption d'un tel instrument international poserait la question de son articulation avec les autres instruments internationaux en vigueur. Des clauses de déconnexion devraient donc être prévues afin d'éviter des conflits avec les textes supranationaux.

**695.** Il convient donc désormais de conclure ce travail en formulant, dans le cadre d'un projet de règlement européen, les solutions de l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple auxquelles nous sommes parvenu.

---

<sup>1090</sup> V. RASS-MASSON (L.), *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, thèse Paris I, 2015, spéc. p. 359s.

# **PROJET DE REGLEMENT EUROPEEN RELATIF A LA LOI APPLICABLE ET AUX AUTORITES COMPETENTES EN MATIERE CONJUGALE**

Ce projet de règlement européen vise la réglementation internationale des problèmes juridiques soulevés par la mobilité internationale croissante des couples. Il a pour objectif d'assurer la continuité des unions conjugales et d'instaurer un traitement juridique cohérent de leurs effets. Il propose ainsi des règles de conflit de lois applicables à la validité ou aux conditions de reconnaissance juridique et aux effets des unions conjugales formelles et informelles ainsi que des règles de compétence internationale des autorités habilitées à enregistrer une union conjugale.

## **CHAPITRE I : CHAMP D'APPLICATION**

### **Article 1. Champ d'application matériel**

1. Le présent règlement s'applique aux questions relatives à la validité matérielle et formelle des unions conjugales et à l'ensemble de leurs effets, qu'ils soient de nature patrimoniale ou extrapatrimoniale, à l'égard des membres du couple. Il s'applique également aux causes, conditions, effets et conséquences de la dissolution du lien conjugal à l'égard des membres du couple.
2. Sont exclues du champ d'application de ce règlement les questions relatives à la capacité juridique et à la vocation successorale des membres du couple, aux rapports pécuniaires autres que ceux entre les membres du couple, tels que les obligations alimentaires à l'égard des enfants, à la responsabilité parentale et à la filiation.

### **Article 2. Caractère universel**

Ce règlement a un caractère universel. La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un Etat membre.

## **CHAPITRE II : DEFINITIONS**

### **Article 3. Unions conjugales formelles**

Aux fins de ce règlement, on entend par « unions conjugales formelles », les unions ne pouvant être constituées sans l'intervention d'une autorité compétente. Les Etats membres sont invités à communiquer une liste des unions prévues par leur législation et considérées, selon cette définition, comme des unions conjugales formelles.

### **Article 4. Unions conjugales informelles**

Aux fins de ce règlement, on entend par « unions conjugales informelles », les unions qui reposent sur une reconnaissance rétrospective d'une vie de couple passée. Les Etats membres sont invités à communiquer une liste des unions prévues par leur législation et considérées, selon cette définition, comme des unions conjugales informelles.

### **Article 5. Autorité**

Aux fins de ce règlement, on entend par « autorité », les organes, instances ou institutions de toute nature – publique, diplomatique, consulaire, juridictionnelle ou encore religieuse – habilités, selon la loi de l'Etat auquel ils appartiennent, à enregistrer une union conjugale. Les Etats membres sont invités à communiquer une liste des organes qui, selon leur législation, sont habilités à enregistrer une union conjugale.

### **Article 6. Résidence conjugale**

Aux fins de ce règlement, on entend par « résidence conjugale », le lieu où la vie conjugale se matérialise et se déroule effectivement, où se développent les attaches affectives et matérielles du couple et où s'exécutent les obligations découlant de leur communauté de vie.

## **CHAPITRE III : COMPETENCE DES AUTORITES HABILITEES A CONSTITUER UNE UNION CONJUGALE**

### **Article 7. Compétence internationale**

1. Une autorité est internationalement compétente pour constituer une union conjugale dès lors que :
  - l'un au moins des membres du couple possède la nationalité de l'Etat dont elle dépend, ou
  - l'un au moins des membres du couple a établi sa résidence habituelle depuis au moins un an au jour de la saisine de l'autorité sur le territoire de l'Etat dont elle dépend.
2. L'autorité requise de se prononcer, à titre principal ou préalable, sur la validité d'une union conjugale formelle vérifie d'office la compétence internationale de l'autorité ayant enregistré l'union. Elle n'est pas tenue de reconnaître une union formalisée par une autorité non internationalement compétente. Cette union est alors considérée comme informelle.

### **Article 8. Compétence interne**

1. La compétence territoriale et matérielle interne de l'autorité ayant constitué l'union conjugale est déterminée selon les règles de l'Etat dont elle dépend.
2. A la demande des parties, l'autorité requise de se prononcer, à titre principal ou préalable, sur la validité d'une union conjugale formelle peut vérifier que cette compétence est établie. Elle est présumée établie jusqu'à preuve du contraire. La sanction applicable à l'absence de compétence interne est déterminée par les règles de l'Etat dont dépend l'autorité ayant constitué l'union conjugale.
3. Les Etats membres sont invités à communiquer une liste précisant les critères de compétence territoriale et matérielle internes des autorités habilitées, selon leur législation, à enregistrer une union conjugale.

## **Article 9. Obligation d'information**

1. L'autorité saisie de la création de l'union conjugale formelle est tenue d'informer les membres du couple des lois qu'ils peuvent choisir pour régir les effets de leur union ainsi que de la loi applicable en l'absence de choix.
2. Cette obligation d'information est remplie par la délivrance de la fiche explicative de la loi applicable aux effets des unions conjugales formelles annexée à ce règlement.

## **CHAPITRE IV : LOI APPLICABLE AUX UNIONS CONJUGALES FORMELLES**

### ***SECTION I : VALIDITE***

#### **Article 10. Loi applicable à la validité de l'union**

1. La loi applicable à la validité matérielle et formelle des unions conjugales formelles, que cette question soit posée à titre préalable ou principal, est la loi appliquée par l'autorité ayant constitué l'union conjugale.
2. Lorsque l'autorité saisie de la création de l'union a appliqué une autre loi que celle de l'Etat dont elle dépend, celle-ci est tenue de préciser la loi appliquée dans l'acte constitutif de l'union conjugale. En l'absence de précision, cette autorité est présumée avoir constitué l'union conjugale en application de la loi de l'Etat dont elle dépend.

#### **Article 11. Motifs de non-reconnaissance de l'union**

1. Aucun Etat membre n'est tenu de reconnaître la validité d'une union conjugale formelle à laquelle les membres du couple n'ont pas pleinement consenti. L'absence d'un consentement libre et éclairé ou d'intention matrimoniale lors de la constitution de l'union constitue un motif de non-reconnaissance.
2. Aucun Etat membre n'est tenu de reconnaître la validité d'une union si l'application concrète de la loi selon laquelle l'union conjugale a été formalisée constitue une contrariété manifeste et disproportionnée avec ses valeurs fondamentales et à condition que les membres du couple présentent des liens plus étroits avec cet Etat qu'avec celui dans lequel l'union a été constituée.
3. Le simple fait de ne pas connaître l'union conjugale litigieuse ne peut constituer un motif de non-reconnaissance.

## ***SECTION II : EFFETS***

### **Article 12. Choix de la loi applicable aux effets de l'union**

1. Les membres du couple peuvent choisir comme loi applicable aux effets de leur union :
  - les dispositions matérielles de la loi de la résidence conjugale au moment de la conclusion de la convention, ou
  - les dispositions matérielles de la loi de la nationalité commune des membres du couple au moment de la conclusion de la convention.
2. Lorsque les membres du couple possèdent plusieurs nationalités, le choix de la loi nationale commune est valide même si cette nationalité ne correspond pas à celle de l'Etat du juge saisi ou si elle n'est pas la plus effective.

### **Article 13. Validité formelle de la convention de choix de la loi applicable**

1. La convention de choix de la loi applicable doit être rédigée par écrit, datée et signée par les membres du couple. Elle est valable en la forme si elle répond aux exigences de la loi désignée comme applicable en vertu de l'article 13 ou aux exigences de la loi du lieu où la convention a été conclue.
2. La convention de choix de loi applicable doit être contresignée par un juriste tenu de conseiller les membres du couple quant aux conséquences juridiques dudit choix. A ce titre, les Etats membres sont invités à communiquer une liste des catégories de personnes qualifiées, dans leur Etat, pour conseiller les membres du couple.

### **Article 14. Validité matérielle de la convention de choix de la loi applicable**

La validité matérielle de la convention de choix de la loi applicable est soumise à la loi qui serait applicable en vertu de l'article 12 si cette convention était valable.

### **Article 15. Moment du choix de la loi applicable**

1. La convention de choix de la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, même en cours d'instance.



2. Toute modification de la loi applicable doit être expresse et respecter les mêmes conditions que celles applicables au choix de loi initial. Sauf accord contraire des membres du couple, le changement de loi applicable n'a d'effet que pour l'avenir. Le changement rétroactif de la loi applicable ne peut porter atteinte aux droits des tiers.

#### **Article 16. Loi applicable aux effets de l'union à défaut de choix**

A défaut de choix, la loi applicable est la loi de l'Etat selon laquelle l'union conjugale a été constituée.

#### **Article 17. Unité de la loi applicable aux effets de l'union**

La loi applicable aux effets des unions conjugales formelles, qu'elle résulte ou non du choix des parties, s'applique à l'ensemble des effets qui entrent dans le champ d'application de cette convention. Aucun dépeçage de la loi applicable n'est autorisé.

### **CHAPITRE V : LOI APPLICABLE AUX UNIONS CONJUGALES INFORMELLES**

#### **Article 18. Détermination de la loi applicable**

Les conditions de reconnaissance juridique ainsi que l'ensemble des effets d'une union conjugale informelle qui entrent dans le champ d'application de ce règlement sont soumis à la loi de l'Etat de la résidence conjugale, que ces questions soient posées à titre préalable ou à titre principal.

#### **Article 19. Recours aux conventions de concubinage**

1. Sans préjudice de l'article 18, les membres d'une union conjugale informelle peuvent librement et à tout moment moduler les effets patrimoniaux de leur union par le biais d'une convention de concubinage.
2. Sauf accord contraire des membres du couple, la modification de la convention de concubinage n'a d'effet que pour l'avenir. La modification rétroactive ne peut porter atteinte aux droits des tiers.

## **Article 20. Validité des conventions de concubinage**

1. La validité matérielle de la convention est soumise à la loi choisie par les membres du couple. A défaut de choix, elle est soumise à la loi de l'Etat de la résidence conjugale.
2. Le choix de la loi applicable vaut pour l'ensemble des effets couverts par la convention de concubinage.
3. Cette convention doit faire l'objet d'un acte écrit, daté et signé par les membres du couple. Elle est valide en la forme si elle répond aux exigences :
  - de la loi choisie par les parties, ou
  - de la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a été conclue, ou
  - de la loi de la résidence conjugale.

## **Article 21. Conflit mobile**

En cas de changement de résidence des membres du couple, la loi applicable à leur union est celle de l'Etat de la nouvelle résidence conjugale à condition que celle-ci soit établie depuis une durée supérieure à deux ans. A défaut, la loi applicable est celle de leur ancienne résidence conjugale.

## **CHAPITRE VI : DISPOSITIONS COMMUNES**

### **Article 22. Ordre public international**

L'application d'une disposition de la loi désignée ne peut être écartée que si ses effets sont manifestement contraires à l'ordre public international du for dans lequel ils ont vocation à se réaliser.

### **Article 23. Renvoi de compétence juridictionnelle**

Avec l'accord des membres du couple, l'autorité requise peut décliner sa compétence si elle considère que les autorités de l'Etat de la loi désignée par le présent règlement sont mieux placées pour trancher le litige et que ces dernières se reconnaissent compétentes.



## **ANNEXE : FICHE EXPLICATIVE RELATIVE AU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE AUX EFFETS DES UNIONS CONJUGALES FORMELLES**

Si vous êtes en couple, que votre union a été officialisée par l'intervention d'une autorité (que ce soit un officier public, un juge, un notaire ou encore une autorité religieuse) et que vous présentez des attaches avec différents pays, alors vous pouvez choisir quelle loi régira les effets de votre union.

### ▪ *Pourquoi choisir ?*

Choisir la loi applicable aux effets de votre union signifie choisir indirectement, et sous certaines conditions, les conséquences juridiques qui découleront de votre statut conjugal. Le fait d'être en couple entraîne en effet des répercussions sur vos rapports patrimoniaux et personnels. La dissolution potentielle de votre union devra également respecter certaines modalités et aura des conséquences sur vos droits et obligations respectifs. Sachez que si vous présentez des attaches avec différents pays, parce que vous avez par exemple une nationalité étrangère ou une résidence à l'étranger, ou que vous avez vécu dans différents pays, il faudra savoir la loi de quel pays s'appliquera aux effets et à la dissolution potentielle de votre union. Ce document vous permet de savoir comment choisir, vous-même, la loi que vous souhaitez voir s'appliquer aux effets de votre union et, ainsi, vous mettre d'accord dès maintenant sur les conséquences juridiques de votre engagement.

### ▪ *Quoi choisir ?*

Vous pouvez choisir comme loi applicable aux effets de votre union :

- Soit, la loi du pays de votre résidence conjugale, c'est-à-dire du pays dans lequel se déroule votre vie de couple au moment du choix.

- Soit, la loi du pays de votre nationalité commune si vous en avez une au moment du choix.

Une fois choisie, cette loi s'appliquera à l'ensemble des effets personnels et patrimoniaux de votre union ainsi qu'aux causes et effets de la dissolution potentielle de votre union. Vous pouvez modifier votre choix à tout moment.

- ***Comment choisir ?***

Pour choisir la loi applicable aux effets de votre union, il vous suffit de faire un contrat en deux exemplaires, signé et daté par chacun d'entre vous. Un conseiller juridique devra vous guider dans ce choix et contresigner ce document.

La clause de choix de loi de votre contrat pourrait être ainsi rédigée : « Nous soussignés, *Nom et prénom de l'un des membres du couple*, et, *Nom et prénom de l'autre membre du couple*, en couple depuis l'officialisation de notre union par – *Nature, lieu et date de l'autorité saisie de la formalisation de l'union* – en application de la loi – *désignation de la loi appliquée par l'autorité saisie*, souhaitons soumettre les effets de notre union à la loi – *désignation de la loi* – de notre résidence conjugale *ou* de notre nationalité commune.

- ***Et si on ne choisit pas ?***

Si vous décidez de ne pas choisir la loi applicable aux effets de votre union, ils seront régis par la loi appliquée par l'autorité devant laquelle vous avez formalisé votre union.

# BIBLIOGRAPHIE

## **I. OUVRAGES, THESES ET MONOGRAPHIES**

### **AGOSTINI (E.)**

*L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Bordeaux, 1975.

### **ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.)**

*Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2006.

### **ANTOKOLSKAIA (M.)**

*Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Intersentia, 2007.

### **AT (M.-L.)**

*La séparation du couple en droit international privé français*, ANRT, 2009.

### **ATTAL (M.) et BAUCHY (J.)**

*Code de droit international privé français*, Bruylant, 3<sup>ème</sup> éd., 2015.

### **AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.)**

*Droit international privé*, Economica, 7<sup>ème</sup> éd., 2013.

### **BARRIERE-BROUSSE (I.) et DOUCHY-OUDOT (M.)**

*Les contentieux familiaux. Droit interne, international et européen*, LGDJ, Les intégrales, 2<sup>ème</sup> éd., 2016.

### **BARTIN (E.)**

*Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, t. I et II, Domat-Monchrestien, 1930-1932.

*Etudes de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq, 1899.

### **BATIFFOL (H.)**

*Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, réed. Dalloz, 2002.

*Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1959.

*Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976.

### **BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.)**

*Traité de droit international privé*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 1993.

### **BENABENT (A.)**

*Droit de la famille*, LGDJ, Domat, 3<sup>ème</sup> éd., 2014.

**BERGE (J.-S.)**

*L'application du droit national, international et européen. Approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, Dalloz, 2013.

**BERGE (J.-S.) et NIBOYET (M.-L.)**

*Réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003.

**BILYACHENKO (A.)**

*La circulation internationale des situations juridiques*, thèse, La Rochelle, 2016.

**BODEN (D.)**

*L'ordre public : limite et condition de la tolérance – Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse, Paris I, 2002.

**BOELE-WOELKI (K.) et FUCHS (A.)**

*Legal recognition of same-sex couples in Europe*, Intersentia, 2003.

**BOGDAN (M.)**

*Private International Law as Component of the Law of the Forum*, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

**BONIFAY (E.)**

*Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé – Contribution à l'édification d'un Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice*, thèse, Aix Marseille, 2015.

**BOUCHAREB CASSAR (H.)**

*Conséquences des ruptures conjugales entre Nord et Sud de la Méditerranée*, L'Harmattan, 2012.

**BOURDELOIS (B.)**

*Mariage polygamique et droit positif français*, Joly, 1993.

**BOUYAHIA (S.)**

*La proximité en droit international privé de la famille*, L'Harmattan, 2015.

**BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.)**

*Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6<sup>ème</sup> éd., 2016.

*Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, Domat, 7<sup>ème</sup> éd., 2015.

**BUCHER (A.)**

*Le couple en droit international privé*, LGDJ, 2004.

**BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.)**

*Droit international privé*, t. I et II, Thémis Droit, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014.

**CACHARD (O.)**

*Droit international privé*, Larcier, 5<sup>ème</sup> éd., 2016.

**CADET (F.)**

*L'ordre public en droit international de la famille. Etude comparée (France / Espagne)*, L'Harmattan, 2005.

**CALLE (P.)**

*L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004.

**CARBONNIER (J.)**

*Sociologie juridique*, PUF, 1978.

*Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> éd., 2001.

*Droit civil : Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, t. 1, PUF, Quadrige, 2004.

*Essai sur les lois*, Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., 2005.

**CARLIER (J.-Y.)**

*Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992.

**CHAMPEIL-DESPLATS (V.)**

*Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2014.

**CORNU (G)**

*Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11<sup>ème</sup> éd., 2016.

*Linguistique juridique*, LGDJ, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., 2005.

**CORNUT (E.)**

*Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006.

**COURBE (P.) et GOUTTENOIRE (A.)**

*Droit de la famille*, Sirey, 6<sup>ème</sup> éd., 2013.

**CURRY-SUMMER (I.)**

*All's well that ends registered? The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships in Europe*, Intersentia, European Family Law, 2005, p. 347.

**DE BOYSSON (B.)**

*Mariage et conjugalité - Essai sur la singularité matrimoniale*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2012.

**DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et al.**

*Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales : actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1993*, LGDJ, 1994.

**DEVERS (A.)**

*Le concubinage en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2004.



**DUMONTET (D.)**

*La considération de la famille dans le droit international privé français d'aujourd'hui*, thèse, Bordeaux, 2003.

**EL HUSSEINI (R.)**

*Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2002.

**FAUVARQUE-COSSON (B.)**

*Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996.

**FELLOUS (G.)**

*Les droits de l'Homme : une universalité menacée*, La documentation française, 2010.

**FRANCESKAKIS (P.)**

*La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1958.

**FULCHIRON (H.)**

*Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, Dalloz, 2009.

**FULCHIRON (H.) et BIDAUD-GARON (C.)**

*Vers un statut européen de la famille ?*, Dalloz, 2014.

**FULCHIRON (H.) et MALAURIE (P.)**

*Droit de la famille*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2016.

*Droit civil : la famille*, Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2011.

**GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.) et NIBOYET (M.-L.)**

*Droit international privé*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015.

*Droit international privé*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2011.

**GANNAGE (L.)**

*La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé (étude de droit international privé de la famille)*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2001.

**GANNAGE (P.)**

*Le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires*, Bruylant et Presses de l'Université Saint Joseph, 2001.

**GAUTIER (P.-Y.)**

*L'union libre en droit international privé, étude de droit positif et prospectif*, thèse, Paris I, 1986.

**GENIN-MERIC (R.)**

*La maxime locus regit actum : nature et fondement*, LGDJ, 1976.

**GILLES-GAVARD (A.-M.)**

*Le couple en droit social*, Economica, 1997.

**GUILLAUME (J.)**

*L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2011.

**GUTMANN (D.)**

*Droit international privé*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2009.

*Le sentiment d'identité*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000.

**HALPERIN (J.-L.)**

*Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999.

**HAUSER (J.) et RENCHON (J.-L.)**

*Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droit belge et en français*, Larcier, 2012.

**HEYMANN (J.)**

*Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, 2010.

**HO-DAC (M.)**

*La loi du pays d'origine : analyse d'un concept communautaire sous l'angle du droit international privé*, Bruylant, 2012.

**HUNTER-HENIN (M.)**

*Pour une redéfinition du statut personnel*, PUAM, 2004.

**JEANMART (N.)**

*Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, 2<sup>ème</sup> éd., Larcier, 1986.

**JAULT-SESEKE (F.),**

*Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996.

**JOBARD BACHELLIER (M. N.)**

*L'apparence en droit international privé : Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1984.

**JOUBERT (N.)**

*La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Littec, 2008.

**KESSLER (G.)**

*Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2005.

**KRENC (F.) et PUECHAVY (M.)**

*Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Anthemis, 2008.

**LABBEE (X.)**

*Le droit commun du couple*, Presses universitaires du Septentrion, 2<sup>ème</sup> éd., 2012.

*Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Presses universitaires du Septentrion, 1996.

**LABORDE (J.-P.)**

*La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, thèse, Bordeaux I, 1981.

**LAGARDE (P.)**

*Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1959.

*La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pedone, 2013.

**LAMARCHE (M.)**

*Les degrés du mariage*, PUAM, 1999.

**LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.)**

*Précis de droit international privé*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 1962.

**LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.)**

*Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2010.

**MARCHADIER (F.)**

*Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Bruylant, 2007.

**MARGUENAUD (J.-P.)**

*La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2012.

**MARGUENAUD (J.-P.) et DUBOS (O.)**

*Sexe, sexualité et droits européens, enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Pedone, 2007.

**MAYER (P.)**

*La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973.

**MAYER (P.) et HEUZE (V.)**

*Droit international privé*, LGDJ, Domat, 11<sup>ème</sup> éd., 2014.

**McGLYNN (C.)**

*Families and the European Union – Law, Politics and Pluralism*, Law in Context, Cambridge University Press, 2006.

**MEIER-OEHLKE (A.)**

*La nationalité comme critère de rattachement en droit international privé français et allemand*, thèse, Paris X, 2001.

**MELLONE (M.)**

*Le droit international privé communautaire en matière matrimoniale*, thèse, Strasbourg, 2010.

**MEULDERS-KLEIN (M-T.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), HAUSER (J.)**

*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.

**MURAT (P.)**

*Droit de la famille*, Dalloz, 2016.

**NAJM (M.-C.)**

*Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisation*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 49, 2005.

**NIBOYET (F.)**

*L'ordre public matrimonial*, LGDJ, 2008.

**NIBOYET (J.-P.)**

*Traité de droit international privé français*, 8 tomes, Sirey, 1938-1950.

*Cours de droit international privé*, Sirey, 1946.

**OREJUDO PRIETO (P.)**

*La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.

**PAMBOUKIS (C.)**

*L'acte public étranger en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1993.

**PATAUT (E.)**

*La nationalité en déclin*, Odile Jacob, 2014.

*Principe de souveraineté et conflits de juridictions : étude de droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999.

**PANET (A.)**

*Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne – Contribution à l'étude de la méthode de la reconnaissance mutuelle*, thèse, Lyon III, 2014.

**PARISOT (V.)**

*Les conflits internes de lois*, Bibliothèque de l'IRJS, vol. 340, 2013

**PATOCCHI (P.)**

*Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, thèse, Genève, 1985.

**PILLET (A.)**

*De l'ordre public en droit international privé*, thèse, Grenoble, 1890.

**PULJAK (M. P.)**

*Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, 2003.

**RALSER (E.)**

*La célébration du mariage en droit international privé*, thèse, Paris II, 1988.

**RASS-MASSON (L.)**

*Les fondements du droit international privé européen de la famille*, thèse, Paris I, 2015.

**REMY (B.)**

*Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 79, 2008.

**REVILLARD (M.)**

*Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 8<sup>ème</sup> éd., 2014.

**RICHEZ-PONS (A.)**

*La résidence habituelle en droit international privé (conflits de juridictions, conflits de lois)*, thèse, Lyon III, 2004.

**ROLAND (R.-M.)**

*Le couple et l'artifice, Droit des néo-conjugalités : mariages fictifs, concubinages, PACS*, L'Hermès, 2000.

**ROMANO (G.-P.)**

*Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Genève, Schulthess, 2014.

**ROMANO (S.)**

*L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, rééd., 2002.

**ROUBIER (P.)**

*Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd., 2005.

**RUBELLIN-DEVICHI (J.)**

*Les concubinages, approche socio-juridique*, éditions du CNRS, 1986.

*Mariage et famille en question, l'évolution contemporaine du droit français*, éditions du CNRS, t. 1, 1978.

**SAGOT-DUVAUROUX (J.)**

*Aspects fonctionnels de l'universalisation. Etude de droit international privé*, ANRT, 2008.

**SALAME (G.)**

*Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne*, PUAM, 2006.

**SANA-CHAILLE DE NERE (S.)**

*Droit international privé : Etats membres de l'Union européenne et Etats tiers. Actes du colloque organisé le 13 novembre 2008 par le CRDEI*, Litec, 2009.

**SAVIGNY (F.-C.)**

*Traité de droit romain*, t. VIII, trad. GUENOUX (C.), Firmin-Didot, 1860.

**SINGLY DE (F.)**

*Le soi, le couple et la famille*, Nathan, coll. « Essais et recherches », 1996.

**SORGJERD (C.)**

*Reconstructing Marriage : The Legal Status of Relationships in a Changing Society*, Intersentia, European Family Law, vol. 31, 2012.

**SOULEAU-BERTRAND (M.)**

*Le conflit mobile*, Dalloz, Nouvelles bibliothèque des thèses, 2005.

**SUDRE (F.)**

*Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 12<sup>ème</sup> éd., 2015.

*Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Anthemis, 2009.

*Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Anthemis, 2002.

**SUDRE (F.), et al.**

*Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Themis Droit, 7<sup>ème</sup> éd., 2015.

**TERRE (F.) et FENOUILLET (D.)**

*Droit civil : La famille*, Précis Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2011.

**TRIKI (S.)**

*La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, Paris I, 2013.

**VIGNAL (T.)**

*Droit international privé*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 2014.

**ZAHER (K.)**

*Conflit de civilisations et droit international privé*, thèse, Paris I, 2007.

## **II. COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE**

### **ARMINJON (P.)**

« La notion des droits acquis en droit international privé », *RCADI*, vol. 44, 1933.

« L'objet et la méthode du droit international privé », *RCADI*, vol. 21, 1928.

### **AUDINET (E.)**

« Les conflits de lois en matière de mariage et de divorce », *RCADI*, vol. 11, 1926.

### **AUDIT (B.)**

« Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, vol. 305, 2003.

« Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984.

### **BARATTA (R.)**

« La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, vol. 348, 2010.

### **BARTIN (E.)**

« La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois », *RCADI*, vol. 30, 1930.

### **BATIFFOL (H.)**

« Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, vol. 139, 1973.

« Principes de droit international privé », *RCADI*, vol. 97, 1959.

« Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », *RCADI*, vol. 20, 1967.

### **BENATTAR (R.)**

« Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de droit personnel », *RCADI*, vol. 121, 1967.

### **BUCHER (A.)**

« La famille en droit international privé », *RCADI*, vol. 283, 2000.

« L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, vol. 239, 1993.

« La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009.

### **DAVI (A.)**

« Le renvoi en droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 352, 2010.

### **DE MAGALHAES (B.),**

« La doctrine du domicile en droit international privé », *RCADI*, vol. 23, 1928.



**DEPREZ (J.)**

« Droit international privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel) », *RCADI*, vol. 211, 1988.

**GAUDEMET-TALLON (H.)**

« Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, vol. 312, 2005.

« La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, vol. 226, 1991.

**GOLDSTEIN (G.)**

« La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI*, vol. 320, 2006.

**GONZALEZ CAMPOS (J.)**

« Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit », *RCADI*, vol. 287, 2000.

**GUTSWILLER (M.)**

« Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, vol. 29, 1929.

**JAYME (E.)**

« Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation », *RCADI*, vol. 282, 2000.

« Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, vol. 251, 1995.

**KAECKENBEECK (G.)**

« La protection internationale des droits acquis », *RCADI*, vol. 59, 1937.

**KASSIR (W.-J.)**

« Le renvoi en droit international privé – technique de dialogue entre les cultures juridiques », *RCADI*, 2016, vol. 377.

**KEGEL (G.)**

« The crisis of conflict of laws », *RCADI*, vol. 112, 1964.

**KINSCH (P.)**

« Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, vol. 318, 2005.

**KOHLER (C.)**

« L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, vol. 359, 2013.

**LAGARDE (P.)**

« Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986.

**LAGRANGE (E.)**

« L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, vol. 356, 2011.

**LEQUETTE (Y.)**

« Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, vol. 246, 1994.

**LOUIS-LUCAS (P.)**

« Les conflits de nationalités », *RCADI*, vol. 64, 1938.

**MAYER (P.)**

« Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2007.

**MEIJERS (E. M.)**

« L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé », *RCADI*, vol. 49, 1934.

**MEEUSEN (J.)**

« Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *RCADI*, vol. 353, 2011.

**PICONE (P.)**

« Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, vol. 276, 1999.

« La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, vol. 197, 1986.

**PILLET (A.)**

« La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, vol. 8, 1925.

**RIGAUX (F.)**

« Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI*, vol. 117, 1966.

**STRUYCKEN (T.)**

« Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *RCADI*, vol. 232, 1992.

**VALADAO (H.)**

« Développements et intégration du droit international privé, notamment dans les rapports de famille », *RCADI*, vol. 133, 1971.

### **III. ARTICLES, CHRONIQUES ET ENTREES D'ENCYCLOPEDIE**

#### **ADAMS (W.)**

« Same-sex Relationships and Anglo-Canadian Choice of Law : an Argument for Universal Validity », *Annuaire canadien de droit international*, 1996, p. 103s.

#### **AGOSTINI (E.)**

« Le mécanisme du renvoi », *RCDIP*, 2013, p. 545s.

#### **ANCEL (B.)**

ANCEL (B.), « Donation, donation entre époux », *Rep. droit international*, Dalloz, 2005.

« Droit international privé », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 492s.

« Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 1s.

« Qualification », *Rep. droit international*, Dalloz, 1998.

« Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictuel », in *Cursos de derecho internacional de Vittoria Gastiez*, 2005, p. 345s.

#### **ANCEL (B.) et MUIR-WATT (H.)**

« Du statut prohibitif (droit savant et tendances régressives) », in *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 7s.

#### **ANCEL (J.-P.)**

« La libre circulation de la famille en Europe », in *Cycle de droit européen de la Cour de cassation*, *LPA*, 4 octobre 2007, n° 199, p. 4s.

#### **AUDIT (B.)**

« Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 49s.

#### **AYNES (L.)**

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

#### **BALLARINO (T.) et ROMANO (G. P.)**

« Le principe de proximité chez Paul Lagarde », in *Mélange en l'honneur de Paul Lagarde : le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 37s.

#### **BALLARINO (T.) et UBERTAZZI (B.)**

« On Avello and other Judgments : a New Point of Departure in the Conflict of Laws ? », *Yearbook of Private International Law*, 2004, p. 85s.

**BARATTA (R.)**

« Problematic Elements of an Implicit Rule providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC », in *IPRax : praxis des internationalen private – und verfahrensrechts*, 2007, vol. 27, p. 4s.

**BARIATTI (S.)**

« Reconnaissance et droit de l'Union européenne », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 61s.

**BARNICH (L.)**

« Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé », in *Mélanges offerts à Roland de Valkeneer*, Bruylant, 2000, p. 1s.

**BARRIERE BROUSSE (I.)**

« Le droit international privé de la famille à l'heure européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Michel Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 347s.

« Le traité de Lisbonne et le droit international privé », *JDI*, n°1, 2010, doct. 1.

« Mariage – Conditions de forme », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 546-20, 2015.

**BARTIN (E.)**

« De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois », *JDI*, 1897, p. 225s.

**BASEDOW (J.),**

« Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *RCDIP*, 2010, p. 427s.

« Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 55s.

**BATES (F.)**

« Same-sex Marriages, Conflict of Laws and Public Policy – a Modern Commentary », *Liverpool Law Review*, 1999, p. 49s.

**BATIFFOL (H.)**

« Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale », in *Legal essays in honour of Hessel E. Yntema*, Leyde, A.W. Sythoff, 1961.

« La treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *RCDIP*, 1977, p. 467s.

**BEAUDOUIN (C.)**

« La loi française peut-elle contribuer au renversement du consensus européen ? », *AJ Famille*, 2013, p. 366s.

**BEIGNIER (B.)**

« Ordre public et compétence », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 99s.

**BEN HADJ YAHIA (S.)**

« Concubinage », *Rep. droit civil*, Dalloz, 2010.

**BENABENT (A.)**

« L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 30s.

**BENOIT-ROHMER (F.)**

« L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *RTDE*, 2011, p. 145s.

**BERGE (J.-S.)**

« Circulation et application du droit au niveau national, international, européen » in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 21s.

« Droit international privé et approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 59s.

**BERMAN (H.)**

« Is Conflict of Laws Becoming Passe ? An Historical Response », in *Liber amicorum Peter Hay: Balancing of interests*, Verlag Recht und Wirtschaft, 2005, p. 43s.

**BETTIO (N.)**

« Le droit à l'enfant, nouveau droit de l'Homme ? », *RDP*, 2008, p. 473s.

**BIDAUD-GARON (C.)**

« Mariage consulaire... pour tous ? », *JCP G*, n°51, 1<sup>er</sup> janvier 2013, 2311.

« La prise en compte de l'état des personnes créé à l'étranger par le notaire français », *JCP N*, n°22, 29 mai 2015, 1174.

**BOELE-WOELKI (K.)**

« The Legal Recognition of Same-sex Relationships Within the European Union », *Tulsa Law Review*, 2008, p. 1949s.

**BOGDAN (M.)**

« Private International Law Aspects of the Introduction of Same-sex Marriages in Sweden », *Nordic Journal of International Law*, 2009, p. 253s.

« Some Reflections on the Treatment of Dutch Same-Sex Marriages in European and Private International Law », in *Essays in Memory of Peter E. Nygh* :

*Intercontinental Cooperation through Private International Law*, T.M.C. Asser Press, 2004, p. 25s.

« The EC Treaty and the Use of Nationality and Habitual Residence as Connecting Factors in International Family Law », in *International family law for the European Union*, Intersentia, 2007, p. 303s.

**BOICHE (A.)**

« La loi sur le mariage pour tous : Aspects de droit international privé », *AJ Famille*, 2013, p. 362s.

**BOLLEE (S.)**

« L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 307s.

**BOSSERT (G.)**

« Le couple et le mariage homosexuel », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 53s.

**BOULANGER (D.)**

« Reconnaître en France une dissolution du mariage prononcée en Algérie ou au Maroc », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 125s.

**BOURDELOIS (B.)**

« Mariage », *Rep. droit international*, Dalloz, 2011.

« Relations familiales internationales et *profesio juris* », in *Mélanges en l'honneur du Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 137s.

« La famille du XXI<sup>ème</sup> siècle et problématique de conflits de lois », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 77s.

**BOUVERESSE (J.)**

« Le couple et l'individu : la socialisation à l'épreuve de la liberté occidentale », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 39s.

**BRULE-GADIOUX (F.) et LAMOTHE (E.)**

« Le mariage homosexuel en Europe », *Defrénois*, 30 avril 2005, n°8, p. 647s.

**BRUNETTI-PONS (C.)**

« L'émergence d'une notion juridique de couple », *RTD Civ.*, 1999, p. 27s.

**BUCHER (A.)**

« La migration de l'état civil », in *Essays in honour of Hans van Loon: A Commitment to Private International Law*, Intersentia, 2013, p. 101s.

**BUFFELAN-LANORE (Y.)**

« Le mariage du droit canonique au droit contemporain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 113s.

**BUREAU (D.)**

« Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 155s.

**BURGORGUE-LARSEN (L.)**

« Vivan las bodas : quand le mariage homosexuel est saisi par l'internationalisation du dialogue des juges », *Constitutions*, 2010, p. 557s.

**BUSCHBAUM (M.)**

« La reconnaissance des situations juridiques fondées sur les actes d'état civil. Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois », *D.*, 2011, p. 1094.

**BUSCHBAUM (M.) et SIMON (U.)**

« Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenaires enregistrés », *RCDIP*, 2011, p. 801s.

**CALLE (P.)**

« Introduction en droit français d'une règle de conflit propre aux partenariats enregistrés », *Defrénois*, 30 septembre 2009, n° 16, p. 1662s.

« Le notaire, les actes notariés et le droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 75s.

**CANDELA-SORIANO (M.) et CHENEVIÈRE (C.)**

« Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union Européenne et de membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *RTDH*, 2005, p. 923s.

**CANDIDE (L.)**

« Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.*, 4 octobre 2012, n° 278, p. 7s.

**CARBONNIER (J.)**

« Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Etudes offertes à Georges Ripert : Le droit privé français au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 341s.

**CARLIER (J.-Y.)**

« Citoyenneté : la fin du privilège de naissance ? », in *Mélanges François Julien-Lafferrière*, Bruylant, 2011, p. 71s.

« De Schengen à Dublin en passant par Maastricht : nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille », in *Hommage à François Rigaux : Nouveaux itinéraires en droit*, Bruylant, 1993, p. 131s.

**CARRASCOSA GONZALEZ (J.)**

« Règle de conflit et théorie économique », *RCDIP*, 2012, p. 521s.

**CARRUTHERS (J.)**

« Scots Rules of Private International Law concerning Homosexual Couples », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2006, p. 16s.

**CASEY (J.)**

« Quel avenir pour le mariage ? », *Gaz. Pal.*, 15 septembre 2012, n° 259, p. 9s.

**CASTAGNE (S.)**

« Mariage. Pacs. Concubinage. – Analyse comparative », *JCP N*, n°46, 14 novembre 2008, 1325.

**CHALAS (C.)**

« La continuité du traitement des situations juridiques internationales : Vers une rupture méthodologique », in *La notion de continuité, des faits au droit*, L'Harmattan, 2011, p. 90s.

**CHANTELOUP (H.)**

« Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé », *Gaz. Pal.*, 3 octobre 2000, p. 4s.

**CHEVALIER (P.)**

« Les instruments internationaux en matière de litige familiaux transfrontaliers », *Dr Famille*, n°4, avril 2015, p. 20s.

**CLAVEL (S.)**

« La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP*, 2010-2012, Pedone, 2013, p. 255s.

**COMMAILLE (J.)**

« La construction du couple par les individus, la société et le politique. Approche sociologique », in *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, p. 11s.

**CORNELOUP (S.)**

« Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'Homme », *JEDH*, 2013, p. 381s.

**CORNUT (E.)**

« Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, p. 27s.



## **COURBE (P.)**

« Divorce et conflit mobile », in *Mélanges dédiées à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 69s.

« Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ?*, Bruylant, 1996, p. 249s.

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

« L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 227s.

« Retour sur le renvoi », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 241s.

## **D'AVOUT (L.)**

« Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedonne, Paris, 2010, p. 184s.

« La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 15s.

## **DAURIAC (I.) et GAUDEMET (S.)**

« La rupture ou le vrai visage du PACS », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 141s.

## **DECOCQ (A.)**

« De la polygamie en France », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007 p. 269s.

## **DE GROOT (G.-R.)**

« Private International Law Aspects Relating to Homosexual Couples », *Rapports généraux du XVII<sup>ème</sup> Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, 2007, p. 325s.

## **DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**

« Couple et cohabitation », in *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, p. 61s.

« PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD Civ.*, 2001, p. 529s.

« Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249s.

**DELECRAZ (Y.)**

« Union libre, partenariat, mariage : stratégies patrimoniales. Le choix du mode de conjugalité », *Dr. Famille*, n°7, 2013, dossier 19.

**DENEUVILLE (C.)**

« Le partenariat à l'étranger », in *Le pacte civil de solidarité : de la théorie à la pratique*, Droit et patrimoine, n° 81, avril 2000.

**DE VAREILLES-SOMMIERES (P.)**

« Fraude à la loi », *Rep. droit international*, Dalloz, 1998.

**DESPAGNET (F.)**

« Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques », *JDI*, 1898, p. 253s.

**DEVERS (A.)**

« Concubinage », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 546-60., 2011.

« La loi applicable au régime patrimonial des partenariats enregistrés », in *La séparation des couples internationaux*, Droit et patrimoine, 2009, n° 181, p. 77s.

« La loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », in *Droit patrimonial européen de la famille*, LexisNexis, 2013, p. 86s.

**DIONISI-PEYRUSSE (A.)**

« La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 157s.

« La reconnaissance en France des situations familiales créées à l'étranger », *AJ Famille*, 2011, p. 250s.

**DOURIS (M.)**

« Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français de la famille devant le Conseil Constitutionnel », *LPA*, 17 janvier 2011, n°11, p. 4s.

**DUMONT (G.)**

« Le choix de la loi applicable : un paramètre désormais incontournable du bilan patrimonial », *Droit et patrimoine*, 2011, p. 26s.

**DUTOIT (B.)**

« Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant : le choc qui fait chic ? », in *Essays in honour of Hans van Loon : A Commitment to Private International Law*, Intersentia, 2013, p. 143s.

**ELHOUEISS (J.-L.)**

« L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI*, 2003, p. 39s.

**FADLALLAH (I.)**

« Polygamie », *Rep. droit international*, Dalloz, 1998.

« Statut personnel », *Rep. droit international*, Dalloz, 2003.

**FALLON (M.)**

« L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle », in *Liber Fausto Pocar*, Giuffrè Editore, vol. 2, 2009, p. 331s.

« Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé », in *Hommage à François Rigaux : Nouveaux itinéraires en droit*, Bruylant, 1993, p. 187s.

**FAUVARQUE-COSSON (B.)**

« Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, vol. 52, 2000, p. 797s.

« Droit international privé et droit comparé : brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 43s.

« Libertés communautaires et règles de conflit de lois » in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, p. 67s.

**FAVILLI (C.) et LOUREIRO FERREIRA (N.)**

« Different Legal Treatment of Married and Unmarried Couples in the European Union », in *Fundamental rights and private law in the European Union*, Cambridge University Press, vol. 1, 2010, p. 325s.

**FENOUILLET (D.)**

« La contractualisation de la famille ? », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 105s.

**FERRAND (F.)**

« La rupture du mariage en droit comparé – Cas et procédure », *Dr. Famille*, n°4, avril 2015, p. 12s.

**FINLAY (H. A.)**

« The Informal Marriage in Anglo-Australian Law », in *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Butterworths, 1980, p. 167s.

**FONGARO (E.)**

« La dissolution du mariage homosexuel » in *La séparation des couples internationaux*, Droit et patrimoine, n° 181, mai 2009.

« Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé. A propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005 », *JDI*, 2006 p. 477s.

« Le règlement Rome III et les conséquences patrimoniales du divorce », *JCP N*, n°25, 22 juin 2012, 1274.

« Retour sur les effets en France d'une union homosexuelle célébrée à l'étranger », *JCP N*, n°16, 22 avril 2005 p. 794s.

« Vers un droit patrimonial européen de la famille ? », *JCP N*, n° 15, 12 avril 2013, 1079.

**FONGARO (E.) et CHRONE (R.)**

« Divorce international : le règlement Rome III et ses ramifications », *JCP N*, n°17, 26 avril 2013, 1108.

**FONGARO (E.) et SAGOT-DUVAUROUX (J.)**

« Le détournement et le droit international privé », in *Les détournements en droit des personnes et de la famille*, Droit et patrimoine, n° 209, décembre 2011.

**FORTEAU (M.)**

« L'ordre public transnational ou réellement international : l'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et public », *JDI*, 2011, n° 1, p. 3s.

**FOYER (J.)**

« Diversité des droits et méthodes de conflits de loi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 57s.

« Lois de police et principe de souveraineté », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 339s.

« Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 285s.

**FRANCK (S.)**

« Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, 2015, p. 49s

**FRANK (R.)**

« Mariage et concubinage, réflexions sur le couple et la famille », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 5s.

**FULCHIRON (H.)**

« Couples, mariage et différence de sexe : une question de discrimination ? », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 29s.

« De l'institution au droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI<sup>ème</sup> siècle », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 395s.

« Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité ? Variations sur le thème de l'évolution contemporaine des rapports entre individus et nationalité, in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 205s.

« Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois*, 15 octobre 2005, n°19, p. 1461s.

« La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 359s.

« La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.*, 2013, p. 100s.

« La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain... », *Dr. Famille*, n° 7, juillet 2013, dossier n°30.

« Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.*, 2006, p. 1253s.

« Le droit international privé de la famille en Europe : unité, diversité, complexité... », *Dr. Famille*, n°4, avril 2015, p. 18s.

« Le mariage à l'heure espagnole », *Dr. Famille*, n° 6, juin 2005.

« 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. 1055s.

« Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000) », *D.*, 2001, p. 1628s.

« Le mariage pour tous ou presque », *D.*, 2013, p. 1969.

« Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP G*, n°23, 3 juin 2013, 658.

« Le mariage pour tous en droit international privé : le législateur français à la peine », *JCP G*, n°49, 3 décembre 2012, 1317.

« Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 125s.

« Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ? », *D.*, 2009, p. 1703s.

« Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », *RIDC*, 2006, p. 409s.

« Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. IXs.

« Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI*, 2000, p. 889s.

« Règle de conflit de lois et lutte contre les mariages forcés. – Qui mal embrasse, trop étroit », *JCP G*, n°6, 9 février 2015, 171.

**FULLI-LEMAIRE (S.)**

« Reconnaissance d'un partenariat enregistré et aspects internationaux de sa dissolution », *RCDIP*, 2012, p. 90s.

**GALLMEISTER (I.)**

« Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public international », *D.*, 2015, p. 464s.

**GANNAGE (L.)**

« A propos de l'absolutisme des droits fondamentaux », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 265s.

« Droit fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2014, t. 57, p. 229s.

« L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP*, 2006-2008, Pedone, 2009, p. 204s.

« L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP G*, n°12, 23 mars 2015, 318.

**GANNAGE (P.)**

« Droit intercommunautaire et droit international privé », *JDI*, 1983, p. 479s.

« La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *RCDIP*, 1992, p. 425s.

« Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires », in *Mélanges en hommage à François Terre : L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 431s.

« Vers un ordre public personnel dans le droit international privé de la famille (solutions françaises et proche-orientales) », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 209s.

**GAUDEMET (S.)**

« L'intérêt de la famille, élément d'un ordre public familial », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 53s.

**GAUDEMET-TALLON (H.),**

« De l'abus de droit en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 383s.

« De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne », in *Estudos em Homenagem a Professora Doutora Isabel de Magalhaes Callaço*, Coimbra, 2002, vol. 1, p. 159s.

« De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 303s.

« De quelques souhaits pour une meilleure cohérence des règles de conflits de lois », in *Pacis artes : obra homenaje al profesor Gonzales Campos*, Edifer, 2005, p. 1593s.

« Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé ? », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, p. 147s.

« Individualisme et mondialisation : aspect de droit international privé de la famille », in *Essays in honour of Hans van Loon : A Commitment to Private International Law*, Intersentia, 2013, p. 181s.

« Nationalité, statut personnel et droits de l'Homme », in *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier European Law Publishers, 2004, vol. 1, p. 205s.

#### **GAUTIER (P.-Y.)**

« Les couples internationaux de concubins », *RCDIP*, 1991, p. 525s.

« Union libre », *Rep. droit international*, Dalloz, 1998.

#### **GAUTRON (J.-C.)**

« La citoyenneté européenne. Essai de démythification », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 149s.

#### **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. 1756s.

#### **GOLDMAN (B.)**

« La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois », in *Mélanges René Cassin*, Pédone, t.2, 1969, p. 449s.

#### **GONZALEZ CAMPOS (J.)**

« La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-droit international privé », in *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier European Law Publishers, 2004, vol. 1, p. 263s.

#### **GORAND (A.)**

« La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de personnes de même sexe », *LPA*, 4 juillet 2013, n°133, p. 24s.

**GOTHOT (P.)**

« Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP*, 1971, p. 415s.

« Simples réflexions à propos de la saga des conflits de lois », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 343s.

**GOUTTENOIRE (A.)**

« L'accès des couples homosexuel au mariage et à l'adoption : première étape », *Hebdo édition privée, Lexbase*, 15 novembre 2012, n° 505.

« La fraude plus forte que l'intérêt supérieur de l'enfant », *Hebdo édition privée, Lexbase*, 3 octobre 2013, n° 542.

« Le mariage entre alliés validé par le temps... », *Hebdo édition privée, Lexbase*, 9 janvier 2014, n° 553.

**GRANDSIRE (O.)**

« L'érosion de la volonté matrimoniale » in *Mélanges Alfred Rieg : Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Bruylant, 2000, p. 391s.

**GRANET-LAMBRECHTS (F.)**

« Concubinages, partenariats enregistrés et mariages entre homosexuels en Europe », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 375s.

« Les législations européennes relatives à l'enregistrement des couples hors mariage », *Dr. Famille*, janvier 2005, p. 12s.

**GRANET-LAMBRECHTS (F.) et HILT (P.)**

« Les incidences sur l'état civil des époux de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *AJ famille*, 2013, p. 336s.

**GRUBER (U. P.)**

« Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand », *RCDIP*, 2013, p. 65s.

**GUIHO (P.) et REVILLARD (M.)**

« Les concubinages en droit international privé », in *Les concubinages, approche socio-juridique*, éditions du CNRS, 1986, t. 2, p. 211s.

**GUILLAUD-BATAILLE (S.)**

« Droit international privé : mariage et divorce, les enjeux internationaux », *JCP N*, n°18, 2 mai 2014, 1180.

**GUILLAUME (J.)**

« Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix ? », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 295s.



**HALPERIN (J.-L.)**

« Le recul de l'école historique du droit ou le déclin de la méthode savignicienne », *Droit et philosophie*, Annuaire de l'institut Michel Villey, 2009, vol. 1, p. 114s.

**HAMMJE (P.)**

« L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 347s.

« L'ordre public de rattachement », *TCFDIP*, 2006-2009, Pedone, 2009, p. 152s.

« La Cour européenne des droits de l'Homme et la coopération transfrontière », *Journal européen des droits de l'Homme*, 2013, p. 403s.

« Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP*, 2011, p. 291s.

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

« Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil », *RCDIP*, 2009, p. 488s.

**HARTLEY (T. C.)**

« The Integration Theory v. Acquired Rights. The Way Forward for Matrimonial Property Choice of Law in the EC », in *Liber Fausto Pocar*, Giuffrè Editore, vol. 2, 2009, p. 467s.

**HAUSER (J.)**

« Amour et liberté : la devise contemporaine du couple ? », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2014, t. 57, p. 73s.

« Couple et différence de sexe » in *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, p.95s.

« Détournements, abus ou fraudes » in *Les détournements en droit de la famille*, Droit et patrimoine, décembre 2011, p. 36s.

« Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *Mélanges en hommage à François Terré : L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 441s.

« Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par préterition et procrastination », *Dr. Famille*, janvier 2013, dossier n°7.

« Le PACS est-il est contrat consensuel ou solennel ? », *Defrénois*, 2001, n°11, art 37362, p. 673s.

« Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe – Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP G*, n°44-45, 29 octobre 2012, 1185.

**HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.)**

« Ordre public et bonnes mœurs », *Rep. droit civil*, Dalloz, 2015.

**HENAFF (G.)**

« La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ.*, 1996, p. 553s.

**HERNU (R.)**

« Droit communautaire et droits nationaux des nouvelles formes de conjugalité », in *Du Pacs au nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, p. 155s.

**HEYMANN (J.)**

« Libre circulation des personnes, citoyenneté européenne et situations purement internes », *RCDIP*, 2012, p. 352s.

« The Relationship Between EU Law and Private International Law Revisited : of Diagonal Conflicts and the Means to Resolve Them », *Yearbook of Private International Law*, 2011, vol. 13, p. 557s.

**HUET (A.)**

« La séparation des concubins en droit international privé », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 537s.

**HUGHES (D. A.)**

« The Insolubility of Renvoi and its Consequences », *Journal of Private International Law*, 2010, vol. 6, p. 195s.

**IDOT (L.)**

« L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *LPA*, 12 décembre 2002, n° 248, p. 27s.

**JAULT-SESEKE (F.)**

« Mariage et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 311s.

**JESSURUN D'OLIVEIRA (H. U.)**

« Le partenariat enregistré et le droit international privé », *TCFDIP*, 2000-2002, Pedone, 2003, p. 80s.

**JOUBERT (N.) et MOREL (B.)**

« Les partenariats enregistrés en droit international privé depuis la loi du 12 mai 2009 », *JCP N*, n° 41, 9 Octobre 2009, 1285.

**JUELS (V.)**

« La loi applicable aux couples non mariés », in *Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la 17<sup>ème</sup> session*, 1993, t.1, p. 112s.

**KADDOUS (C.)**

« Le droit communautaire et les partenaires de même sexe », *La pratique du droit de la famille*, 2004, n°3, p. 598s.

**KENNEDY (D.)**

« Savigny's Family/Patrimonial Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classic Legal Thought », *The American Journal of Comparative Law*, 2010, vol. 58, p. 811s.

**KERCHKHOVE (E.)**

« Le droit international privé du couple », *LPA*, 20 décembre 2007, n° 254, p. 41s.

**KESSEDJIAN (C.)**

« Le droit international privé et l'intégration juridique européenne », in *Intercontinental cooperation through private international law : Essays in memory of Peter E. Nygh*, T.M.C. Asser Press, 2004, p. 187s.

« Les effets pervers du caractère savant du droit international privé », in *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 379s.

**KESSLER (G.)**

« La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. Famille*, n° 7, juillet 2005, étude n°16.

« Partenariat enregistré », *Rep. droit international*, Dalloz, 2012.

« Reconnaissance des partenariats enregistrés : les enseignements de la loi du 23 juin 2006 », *AJ Famille*, 2007, p. 23s.

**KAIRALLAH (G.)**

« Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage de couples de même sexe », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 495s.

« Les partenariats organisés en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », *RCDIP*, 2000, p. 317s.

**KINSCH (P.)**

« Choice-of-law and the prohibition of discrimination under the ECHR », *Nederlands internationaal privaatrecht*, vol. 29, 2011, p. 13s.

« La sauvegarde de certaines politiques législatives : cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 447s.

« L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 43s.

**KRAMER (L.)**

« Same-Sex Marriage, Conflict of Laws and the Unconstitutional Public Policy Exception », *Yale Law Journal*, 1997, p. 1965s.

**LABBEE (X.)**

« Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP G*, n°37, 10 septembre 2012, 977.

« Reconstruire la famille : le droit commun du couple », *LPA*, 20 décembre 2007, n° 254, p. 4s.

**LABORDE (J.-P.)**

« Quelques brèves observations sur les dispositions de droit international privé de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe », *Bulletin du CERFAP*, n°15, novembre 2013.

« Retour sur la pluralité du point de rattachement en droit international privé français des personnes et de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 207s.

**LABRUSSE (C.)**

« La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *TCFDIP*, 1975-1977, Pedone, 1978, p. 111s.

**LAFARGUE (R.)**

« Le droit au mépris de l'Etat : l'exemple du pluralisme familial comme art de se jouer de la norme étatique », in *Jean Carbonnier : L'homme et l'œuvre*, Presses Universitaires de Paris-Ouest, 2011, p. 341s.

**LAGARDE (P.)**

« Destinées de l'arrêt Rivière », *JDI*, 1971, p. 243s.

« Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 68, 2004, p. 225s.

« La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », in *Hommage à François Rigau : Nouveaux itinéraires en droit*, Bruylant, 1993, p. 263s.

« La reconnaissance : mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 481s.

« Nationalité et droit international privé », *Annales de droit de Louvain*, 2003, p. 205s.

« Ordre public », *Rep. droit international*, Dalloz, 2009.

« Vers une approche fonctionnelle des conflits positifs de nationalités », *RCDIP*, 1988, p. 29s.

**LAGARDE (P.) et GOTHOT (P.)**

« Conflits de lois (principes généraux) », *Rep. droit international*, Dalloz, 2006.

### **LAMARCHE (M.)**

« Deux femmes, un homme et une femme, deux hommes : quel(s) mariage(s) pour le troisième millénaire ? », *Lamy droit civil*, octobre 2004, p. 33s.

« Droit au mariage », in *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008, p. 681s.

« L'administration fiscale et le mariage homosexuel valablement célébré à l'étranger », *Dr. Famille*, n° 10, octobre 2008, alerte 79.

« Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 227s.

### **LAMARCHE (M.) et LEMOULAND (J.-J.)**

« Mariage », *Rep. droit civil*, Dalloz, 2014.

### **LARDEUX (G.)**

« Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.*, 2011, p. 1835s.

### **LEDUC (A.), RABY (M.) et SCOTT (V.)**

« Le mariage polygame et le droit international privé québécois dans une perspective de droit comparé », *Revue québécoise de droit international*, 2008, p.164s.

### **LEHMANN (M.)**

« Recognition as a Substitute for Conflicts of Laws ? », in *General Principles of European Private International Law*, Kluwer Law International, 2016, p. 15s.

### **LEMOULAND (J.-J.)**

« L'émergence d'un droit commun des couples », in *Mariage-conjugalité. Parenté-Parentalité*, Dalloz, 2009, p. 33s.

« Le couple en droit civil », *Dr. Famille*, 2003, chron. 22.

« Vers un droit commun de la formation des couples ? », *LPA*, 20 décembre 2007, n° 254, p. 13s.

### **LEQUETTE (Y.)**

« De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn : L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1994, p. 245s.

« Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *TCFDIP*, 1982-1984, Pedone, 1985, p. 163s.

« La nationalité française dévaluée », in *Mélanges en hommage à François Terré : L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 349s.

« Le renvoi de qualification », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 249s.

« Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 53s.

« Renvoi », *Rep. droit international*, Dalloz, 1998.

**LEVINET (M.)**

« La liberté matrimoniale au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *RTDH*, 2004, p. 889s.

**LIBCHABER (R.)**

« L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 65s.

« La notion de mariage civil », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz : Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 325s.

**LOUIS-LUCAS (P.)**

« Existe-t-il une compétence générale du droit français dans le règlement du conflit de lois ? », *RCDIP*, 1959, p. 405s.

**LOUSSOUARN (Y.)**

« La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP*, 1980-1981, Pedone, 1982, p. 43s.

**MALAURIE (P.)**

« Couple, procréation et parenté », in *La notion juridique de couple*, dir. BRUNETTI-PONS (C.), Economica, 1998, p. 17s.

« Le mariage à la française », *LPA*, 29 juin 2009, n°128.

« Le mariage pour tous et la "décrétinomanie" contemporaine », *LPA*, 2013, 5 avril 2013, n°11.

**MANCINI (P.-S.)**

« De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI*, 1874, p. 221s.

**MARCHADIER (F.)**

« La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.*, 2007, p. 2700s.

« La suppression de l'exequatur affaiblit-elle la protection des droits fondamentaux dans l'espace judiciaire européen ? », *JEDH*, 2013/3, p. 348s.

**MARGUENAUD (J.-P.)**

« Du pacte civil de solidarité aux nouvelles conjugalités : une modalisation supra-étatique des relations extra-matrimoniales par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Du Pacs au nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, p. 147s.

**MATTERA (A.)**

« La reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », *RDUE*, 2009/3, p. 398s.

**MAYER (P.)**

« La Convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères », *RCDIP*, 1991, p. 651s.

« Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : Le droit international privé – esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 547s.

**McELEAVY (P.)**

« La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de *Common Law* », *TCFDIP*, 2008-2010, Pedone, 2009, p. 127s.

**MELCHER (M.)**

« (Mutual) Recognition of Registered Relationships via EU Private International Law », *Journal of Private International Law*, vol. 9, n°1, p. 149s.

**MEULDERS-KLEIN (M-T.)**

« Egalité et non discrimination en droit de la famille. Le rôle des juges », *RTDH*, 2003, p. 1186s.

**MIGNOT (M.)**

« Effets en France d'un mariage homosexuel célébré dans un pays de l'Union européenne », *JCP G*, n° 48, 30 novembre 2005, 652.

« Le partenariat enregistré en droit international privé », *RIDC*, 2001, p. 601s.

**MUIR WATT (H.)**

« Fundamental Rights and Recognition in Private International Law », *JEDH*, 2013/3, p. 411s.

« Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé », *Archives de Philosophie du Droit*, 2001, n° 45, p. 271s.

« L'expérience américaine », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, p. 145s.

« Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *RCDIP*, 1986, p. 425s.

**MUIR WATT (H.) et GOLDSTEIN (G.)**

« La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI*, 2010, doct. 12.

**MURAT (P.)**

« Droit de se marier et de fonder une famille », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, commentaire article par article*, Bruylant, 2005, p. 153s.

**NAJM (M.-C.)**

« Religion et droit international privé de la famille dans les pays du Proche-Orient », in *Droit et Religion*, Bruylant, 2003, p. 433s.

**NICOD (M.)**

« Un droit venu d'ailleurs : la loi étrangère désignée par la règle de conflit », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz : Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 417s.

**NOURISSAT (C.)**

« De quelques rattachements en droit international privé communautaire », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer : Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 731s.

**NYGH (P.)**

« The Hague Marriage Convention : a Sleeping Beauty ? », in *Liber amicorum Georges Droz : On the progressive unification of private international law*, Kluwer Law International, 1996, p. 253s.

**OUEDRAOGO (R.)**

« L'égalité des couples est-elle une composante des droits fondamentaux ? Réflexion critique à partir des droits français et québécois », *RIDC*, 2015, n°3, p. 323s.

**PATAUT (E.)**

« Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2006-2009, Pedone, 2010, p. 70s.

**PAMBOUKIS (C.)**

« La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 515s.

« Acte public étranger », *Rep. droit international*, Dalloz, 1998.

**PANET (A.)**

« Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *Dr. Famille*, n° 7, Juillet 2013, dossier 29.

« Une méthode de reconnaissance européenne ? », in *Vers un statut européen de la famille ?*, Dalloz, 2014, p. 239s.

**PEROZ (H.)**

« La loi applicable aux partenariats enregistrés », *JDI*, 2010, doct. 6, p. 399s.

« Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux », *JCP N*, n°29, 22 juillet 2016, 1241.



**PERTEGAS (M.)**

« Beyond Nationality and Habitual Residence : Other Connecting Factors in European Private International Law in Family Matters », in *International Family Law for the European Union*, Intersentia, 2007, p. 319s.

**PHILIPPE (C.)**

« Vers un droit commun des effets du contrat de couple », *LPA*, 20 décembre 2007, n° 254, p. 18s.

**PICCHIO FORLATI (L.)**

« Critères de rattachement et règles d'application à l'heure de la protection des droits de l'Homme en Europe », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 907s.

**PLATON (S.)**

« Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci », *RTDE*, 2012, p. 23s.

**POCAR (F.)**

« Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n°2201/2003 en ce qui concerne la compétence et loi applicable au divorce », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, p. 245s.

**POILLOT-PERUZZETTO (S.)**

« Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 581s.

« Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP*, 2002/2004, Pedone, 2005, p. 97s.

**PONTHOREAU (M.-C.)**

« Du droit au mariage des couples homosexuels. Droits étrangers, droit de l'Union européenne et droit européen », *Constitutions*, 2010, n°4, p. 531s.

**POUSSON-PETIT (J.)**

« Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 563s.

**QUINONES ESCAMEZ (A.)**

« Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples », *RCDIP*, 2007, p. 357s.

**RABEL (E.)**

« Le problème de la qualification », *RCDIP*, 1933, p. 1s.

**RADICATI DI BROZOLO (L. G.)**

« L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP*, 1993, p. 401s.

**RENCHON (J.-L.)**

« Mariage, cohabitation légale et union libre » in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein.*, Bruylant, 1998, p. 549s.

**REVILLARD (M.)**

« Divorce des couples internationaux : choix de la loi applicable », *Deffrénois*, 15 mars 2011, n°5, p. 445s.

« L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales : regards sur les récents instruments internationaux », *Essays in honour of Hans van Loon : A Commitment to Private International Law*, Intersentia, 2013, p. 487s.

« Le Pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique de droit international privé », *Deffrénois*, 30 mars 2005, n°6, p. 461s.

« Le pacte civil de solidarité en droit international privé », *Deffrénois*, 30 mars 2000, n° 6, p. 337s.

« Les travaux de la commission internationale de l'état civil en lien avec la pratique de l'état civil », *Deffrénois*, 30 septembre 2009, n° 16, p. 1675s.

« Les unions hors mariage. Regards sur la pratique de droit international privé », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 588s.

« Propositions de règlements communautaires sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats », *LPA*, 6 juillet 2011, n° 13, p. 3s.

**RODIERE (P.)**

« Libre circulation et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de Justice », *RTDE*, 2006, p. 163s.

**ROEHRIG (J.-C.),**

« La famille du troisième millénaire », in *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi : Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 311s.

**ROMAN (D.)**

« Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : études de droit français et de droit comparé », *D.*, 2005, p. 1508s.

**ROMANO (G. P.)**

« La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457s.

« Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 185s.

« Non-marital unions in european law », *Revue de droit comparé*, 2008, p. 27s.

#### **ROSSOLILLO (G.)**

« Personal Identity at a Crossroad Between Private International Law, International Protection of Human Rights and EU Law », *Yearbook of Private International Law*, 2009, vol. 11, p. 143s.

#### **RUDE-ANTOINE (E.)**

« La prise en considération et la reconnaissance du statut personnel des étrangers par l'ordre juridique français », in *Les statuts personnels en droit comparé : évolutions récentes et implications pratiques*, Peters, 2009, p. 175s.

#### **SANA-CHAILLE DE NERE (S.)**

« La *kafala* et le droit international privé : besoin de qualification », *Dr. Famille*, n° 1, janvier 2009, dossier 7.

« Les questions préalables » in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, 2015, p. 123s.

#### **SCHWEIZER (P.) et KNOEPFLERET (F.)**

« Règles de conflit et justice matérielle en droit de la famille », in *Problèmes de droit de la famille*, Recueil de travaux publié par la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de l'Université de Neuchâtel, 1987, p. 93s.

#### **SERAGLINI (C.)**

« Les nouvelles formes de conjugalité : nouveau « jouet » pour la doctrine de droit international privé ? », in *Du Pacs au nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, p. 115s.

#### **SHAKARGY (S.)**

« Marriage by the State or Married to the State ? On Choice of Law in Marriage and Divorce », *Journal of Private International Law*, 2013/3, vol. n°9, p. 499s.

#### **SILBERMAN (L.)**

« Same-sex Marriage : Refining the Conflict of Laws Analysis », *University of Pennsylvania Law Review*, 2005, p. 2195s.

#### **SINAY-CYTERMANN (A.)**

« Les tendances actuelles de l'ordre public international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 635s.

#### **SINDRES (D.)**

« Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, n° 3, 2012, doct. 10.

**SONNENBERGER (H. J.)**

« Introduction générale à la réforme du droit international de la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *RCDIP*, 1987, p. 1s.

**STORK (M.)**

« Les contrats de concubinage », *LPA*, 16 mai 1988, p. 75s.

**VAN HOEK (A. H.)**

« Managing Legal Diversity : New Challenges for Private International Law », *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2012, p. 362s.

**VASSILAKAKIS (E.)**

« Aspects de droit international privé des couples homosexuels en Grèce », *Revue hellénique de droit international*, 2006, p. 145s.

**VIGNAL (T.)**

« Ordre public et reconnaissance », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe : Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 522s.

**WARDLE (L.)**

« Who Decides ? The Federal Architecture of Defense of Marriage Act and Comparative Marriage Recognition », *California Western International Law Journal*, 2011, p. 143s.

**WAUTELET (P.)**

« Dissolution d'un mariage entre personnes de même sexe : le for de nécessité comme réponse à l'impossibilité de divorcer ? », *Revue belge bilingue de droit international privé*, 2013/4, p. 79s.

« Les couples de personnes de même sexe en droit belge, sous l'angle particulier du droit international privé », in *The Belgium reports at the Congress of Utrecht of the International Academy of Comparative Law*, Bruylant 2006, p. 301s.

#### **IV. JURISPRUDENCE**

##### **A. DE LA COUR DE CASSATION**

**Cour de Paris, 13 juin 1814, *Busqueta* ; *GADIP*, n°1.**

**Cass. civ., 10 août 1819, *Sommaripa*.**

**Cass. civ., 28 février 1860, *Bulkley* ; *GADIP*, n°4.**

**Cass. civ., 7 août 1883, *Affaire des mariages de Montrouge*.**

**Cass. civ., 9 mai 1900, *Prince de Wrède* ; *GADIP*, n°10.**

**Cass. civ., 6 juillet 1922, *Ferrari* ; *GADIP*, n°12.**

**Cass. civ., 7 mars 1938, *De Marchi della Costa* ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1938, p. 472s. ; *GADIP*, n° 16.**

**Cass. civ., 22 mars 1944, *Chemins de fer portugais* ; note NIBOYET (J.-P.), *RCDIP*, 1946, p. 107s.**

**Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour* ; *GADIP*, n°19 ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1949, p. 89s. ; note LAGARDE (P.), *D.*, 1948, p. 357s.**

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 avril 1953, *Rivière* ; *GADIP*, n° 26 ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1953, p. 412 ; note PLAISANT (M.), *JCP*, 1953, II. 7863.**

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1955, *Caraslanis* ; *GADIP*, n° 27 ; note BATIFFOL (H.), *JCP* 1955, II. 8928 ; note CHAVRIER (G.), *RCDIP*, 1955, p. 723s.**

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 1955, *Lewandowski* ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1955, p. 320s. ; note GOLDMAN (B.), *JCP*, 1955, II. 8771.**

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 1958, *Chemouni* ; *GADIP*, n° 30 ; note JAMBU-MERLIN (R.), *RCDIP*, 1958, p. 110 ; note PONSARD (A.), *JDI*, 1958, p. 776.**

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mai 1959, *Bisbal* ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1960, p. 62s. ; note SIALELLI (J.-B.), *JDI*, 1960, p. 810s. ; note MALAURIE (Ph.), *D.*, 1960, p.610s. ; note MOTULSKY (H.), *JCP G*, 1960, II. 11733.**

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 octobre 1959, *Pelassa* ; note HOLLEAUX (G.), *D.*, 1960, p. 37s. ; note LEQUETTE (Y.), *RCDIP*, 1960, p. 215s.**

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 1961, *Tarwid* ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1961, p. 547s. ; note GOLDMAN (B.), *JDI*, 1961, p. 734s.**

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 1962, *Scheffel* ; note FRANCESKAKIS (Ph.), *RCDIP*, 1963, p. 387s. ; note HOLLEAUX (G.), *D.*, 1963, p. 109s.**

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 février 1963, *Chemouni* ; note PONSARD (A.), *JDI*, 1963, p. 986s. ; note HOLLEAUX (G.), *RCDIP*, 1963, p. 559s.**

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1964, *Munzer* ; *GADIP*, n°41.**

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 1967, *Yechilzuke*** ; note FOYER (J.), *RCDIP*, 1969, p. 479s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1968, *Kasapyan*** ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1969, p. 59s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 1974, *Martinelli*** ; note NISARD (M), *RCDIP*, 1975, p. 260s. ; note ALEXANDRE (D.), *JDI*, 1976, p. 298s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1979, *Van der Plasshe***, note GAUDEMET-TALLON (H.), *RCDIP*, 1980, p. 91s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 1980, *Benddedouche*** ; *GADIP*, n° 61 ; note BATIFFOL (H.), *RCDIP*, 1980, p. 331s. ; note SIMON-DEPITRE (M.), *JDI*, 1980, p. 327s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1981, *De Pedro*** ; note ALEXANDRE (D.), *JDI*, 1981, p. 812s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mai 1983, *Lafargue*** ; note ANCEL (B.), *RCDIP*, 1985, p. 346s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 1985, *Simitch*** ; note HUET (A.), *JDI*, 1985, p. 460s. ; note AUDIT (B.), *RCDIP*, 1985, p. 369s. ; note MASSIP (J.), *D.*, 1985, p. 469s. ; *GADIP*, n° 70.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 1985 (n°84-11.468)** ; note BRETON (A.), *D.*, 1986, p. 241s. ; note WIEDERKEHR (G.), *JDI*, 1985, p. 1005s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1987, *Cressot***, note LEQUETTE (Y.), *RCDIP*, 1988, p. 540s. ; note HUET (A.), *JDI*, 1988, p. 446s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1988, *Baaziz*** ; note LEQUETTE (Y.), *RCDIP*, 1989, p. 71s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991 (n°88-19.400)**, note MASSIP (J.), *Defrénois*, 1991, art. 35088.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1992 (n°91-11.262)** ; note DEPREZ (J.), *JCP N*, 1994, 99.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mai 1993 (n°91.17-622)** ; note COURBE (P.), *RCDIP*, 1993, p. 684s. ; note LEQUETTE (Y.), *JDI*, 1994, p. 115s. ; note AUDIT (B.). *D.*, 1993, p. 349s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 1997, *Société Mobil North Sea Ltd*** ; note ANCEL (B.), *RCDIP*, 1997, p. 702s ; note AGOSTINI (E.), *D.*, 1998, p. 406s.

**Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 décembre 1997 (n°95-20779)** ; note AUBERT (J.-L.), *D.*, 1998, p. 111s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1999 (n° 97.19-453)** ; note VIGNAL (T.), *JCP G*, 2000, II. 10353 ; note MASSIP (J.), *Defrénois*, 2000, p. 109s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2004 (n°02-16.291)**.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2004 (n° 01-11.549 et 02-11.618)** ; note COURBE (P.), *D.*, 2004, p. 815s. HAMMJE (P.), *RCDIP*, 2004, p. 423s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2005 (n° 05.10-951)** ; note GALLMEISTER (I), *D.*, 2006, p. 12 ; note COURBE (P) et JAULT-SESEKE (F.), *D.*, 2006, p. 1502s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2006 (n°05-17.475)** ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2006, p. 740s. ; note LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Dr. Famille*, 2006, p. 155s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2006 (n° 04.19-134)** ; note COURBE (P.), *D.*, 2008, p. 1507s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2007, *Cornelissen*** ; note ANCEL (B.) et MUIR WATT (H.), *RCDIP*, 2007, p. 420s. ; TRAIN (F.-X.), *JDI*, 2007, p. 1195s. ; D'AVOUT (L.) et BOLLEE (S.), *D.*, 2007, p. 891s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 septembre 2007** (n°06-20-208) ; note BOICHE (A.), *AJ Famille*, 2008, p. 125s ; note COURBE (P.), *D.*, 2008, p. 1507s ; note ANCEL (B.), *RCDIP*, 2007, p. 755s.

**Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 12 mars 2009** (n°08-10.974).

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010** (n° 08-21.740) ; note FULCHIRON (H.), *JCP G*, 2010, II. 1173 ; note HAFTEL (B.), *AJ Famille*, 2010, p. 387s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 septembre 2013** (n° 12-30.138) ; note GALLMEISTER (I.), *D.*, 2013, p. 2382s. ; note FULCHIRON (H.) et BIDAUD-GARON (C.), *D.*, 2013, p. 2349s. ; note HAUSER (H.), *RTD Civ.*, 2013, p. 816s. ; note FABRE-MAGNAN (M.), *D.*, 2013, p. 2384s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014** (n°13-50.005) ; note BOLLEE (S.), *RCDIP*, 2014, p. 619s ; note FULCHIRON (H.) et BIDAUD-GARON (C.), *D.*, 2014, p. 905s. ; note GAUDEMET-TALLON (H.) et JAULT-SESEKE (F.), *D.*, 2014, p. 1059s. ; note CHENEDE (F.), *AJ Famille*, 2014, p. 244s. ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2014, p. 330s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2014** (n°12-28.435 et 13-15.950) ; note LAMBERTE-AUTRAND (M.-C.), *RCDIP*, 2014, p. 604s.

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015** (n° 13-50.059) ; note FULCHIRON (H.), *D.*, 2015, p. 464s ; note LEGRAND (V.), *LPA*, 27 février 2015, n°42, p. 6s ; note GANNAGE (L.), *JCP G*, 2015, 318 ; note HAFTEL (B.), *AJ Famille*, 2015, p. 71s. ; note DEVERS (A.) et FARGE (M.), *Dr. Famille*, n°3, mars 2015, comm. 63 ; comm. SARCELET (J.-D.), *Gaz. Pal.*, 5 février 2015, n°36, p.11s.

**Cass. Ass., 3 juillet 2015** (n°14.21-323 et 15-50.002) ; note FULCHIRON (H.) et BIDAUD-GARON (C.), *D.*, 2015, p. 1819s. ; note GOUTTENOIRE (A.), *JCP G*, 2015, 965 ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2015, p. 581s.

## **B. DES AUTRES JURIDICTIONS JUDICIAIRES**

**CA Rabat, 24 octobre 1950, Machet** ; note FRANCESKAKIS (P.), *RCDIP*, 1952, p. 89s. ; note GOLDMAN (B.), *JDI*, 1951, p. 898s., *GADIP*, n°23.

**CA Paris, 19 mars 1965** ; note LAGARDE (P.), *RCDIP*, 1967, p. 85s. ; note GOLDMAN (B.), *JDI*, 1966, p. 118s.

**TGI Paris, 21 novembre 1983** ; note LAGARDE (P.), *RCDIP*, 1984, p. 628s.

**CA Paris, 3 octobre 1984** ; note SYNVET (H.), *RCDIP*, 1985, p. 526s. ; note GOLDMAN (B.), *JDI*, 1956, p. 156s.

**TGI Paris, 10 novembre 1992** ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 1993, p. 562s.

**CA Paris, 8 décembre 1992** ; note HOCHART (C.), *D.*, 1994, p. 272s.

**TGI Paris, 23 novembre 1993** ; note FOYER (J.), *RCDIP*, 1995 p. 703s.

**CA Chambéry, 22 octobre 2013** (n°13/02258) ; note FULCHIRON (H.), *D.* 2013, p. 2576s. ; BOICHE (A.), *AJ Famille* 2013, p. 720s. ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.* 2014, p. 89s.

## C. DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

**C. Cons., 9 novembre 1999** (n° 99-419-DC) ; note DRAGO (G.), *Droit de la famille*, décembre 1999, p. 46s. ; note MOLFESSIS (N.), *JCP G*, 2000, 210.

**C. Cons., 28 janvier 2011** (n° 2010-92-QPC) ; note DANIS-FATOME (A.), *RTDH*, 2012, p. 143s.

**C. Cons., 17 mai 2013** (n° 2013-669-DC) ; note CHENEDE (F.), *AJ Famille*, 2013, p. 332s.

**C. Cons., 22 mai 2013** (n° 2013-312-QPC) ; note JAULT-SESEKE (F.), *D.*, 2014, p. 445s. ; note LEMOULAND (J.-J.) et VIGNEAU (D.), *D.*, 2014, p. 1342s.

**C. Cons., 29 novembre 2013** (n° 2013-358-QPC) ; note HILT (P.), *AJ Famille*, 2014, p. 60s., note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2014, p. 625s.

**C. Cons., 21 octobre 2015** (n°2015-9-LOM), note HAUSER (J.), *RTD. Civ.*, 2016, p. 86s. ; BINET (J.-R.), *Dr. Fam.*, 2015, n°213.

## D. DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

**Cour EDH, Joanna Shackell c/ Royaume-Uni, 27 avril 2000** (n° 45851/99)

**Cour EDH, Mata Estevez c/ Espagne, 10 mai 2001** (n° 56501/00) ; *GACEDH*, p. 106s.

**Cour EDH, Hussin c/ Belgique, 6 mai 2004** (n° 70807/01).

**Cour EDH, Wagner et J.M.LW. c/ Luxembourg, 28 juin 2007** (n° 76240/01) ; note MARGUENAUD (J.-P.), *RTD Civ.*, 2007, p. 738s. ; note MARCHADIER (F.), *D.*, 2007, p. 2700s. ; *GACEDH*, p. 565s.

**Cour EDH, Mc Donald c/ France, 29 avril 2008** (n° 18648/04) ; note MARGUENAUD (J.-P.), *RTD Civ.*, 2008, p. 646s.

**Cour EDH, Burden et Burden c/ Royaume-Uni, 29 avril 2008** (n° 13378/05) ; note MARGUENAUD (J.-P.), *RTDH*, 2008, p. 513s. ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.* 2008, p. 458s ; *GACEDH*, n°53.

**Cour EDH, Serife Yigit c/ Turquie, 20 janvier 2009** (n°3976/05) ; note GOUTTENOIRE (A.), *JCP*, 2009, I. 115.

**Cour EDH, Munoz Diaz c/ Espagne, 8 décembre 2009** (n° 49151/07) ; *GACEDH*, p. 548s.

**Cour EDH, Green et Farhat c/ Malte, 6 juillet 2010** (n° 38797/07) ; note D'AVOUT (L.), *RCDIP*, 2011, p. 665s.

**Cour EDH, Manenc c/ France, 21 septembre 2010 (n°66686/09)** ; note BURGOGUE-LARSEN (L.), in Actualité de la convention européenne des droits de l'homme, *AJDA*, 2011, p. 889s.

**Cour EDH, Serife Yigit c/ Turquie, 2 novembre 2010 (n° 3976/05)** ; note MARGUENAUD (J.-P.), *RTD Civ.*, 2009, p. 285s.



**Cour EDH, Négrépontis-Giannisis c/ Grèce, 3 mai 2011** (n° 56759/08) ; note KINSCH (P.), *RCDIP*, 2011, p. 817s. ; *GACEDH*, p. 565s.

**Cour EDH, Gas et Dubois c/ France, 15 mars 2012** (n° 25951/07) ; note HERVIEU (N.), in Lettre « Actualité Droits-Libertés » du CREDOF, 16 mars 2012 ; note GOUTTENOIRE (A.) et SUDRE (F.), *JCP G*, 2012, 589.

**Cour EDH, Van der Heijden c/ Pays-Bas, 3 avril 2012** (n° 42857/05) ; note GOUTTENOIRE (A.), *Lexbase*, n°484 ; note CERF-HOLLENDER (A.), *L'essentiel du droit de la famille et des personnes*, Lextenso, 15 mai 2012 n° 5, p.7.

**Cour EDH, Mennesson c/ France, 26 juin 2014** (n° 65192/11), note D'AVOUT (L.), *D.*, 2014, p. 1806s. ; CHENEDE (F.), *D.* 2014, p. 1797s ; note SUDRE (F.), *JCP G*, 2014, 832.

**Cour EDH, Z. H. et R.H. c/ Suisse, 8 décembre 2015** (n°60119/12) ; note LAMARCHE (M.), *Dr. Fam.*, 2016, n°10.

**Cour EDH, Chapin et Charpentier c/ France, 9 juin 2016** (n°40183/07) ; note SUDRE (F.), *JCP G*, 2016, 760.

**Cour EDH, Paradiso c/ Italie, 27 janvier 2015** (n°25358/12) ; note GRANET-LAMBRECHTS (F.), *D.*, 2015, p. 702s. ; note VIGANOTTI (E.), *AJ Famille*, 2015, p. 165s. ; note MARGUENAUD (J.-P.), *RTD Civ.*, 2015, p. 325s.

**Cour EDH, Oliari et autres c/ Italie, 21 juillet 2015** (n°18766/11) ; note FULCHIRON (H.), *D.*, 2015, p. 2160s.

## E. DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

**CJCE, Rewe-Zentral, 20 février 1979** (aff. C-120/78) ; note KOVAR (R.), *JDI*, 1981, p. 106s. ; note BALATE (E.), *Revue de droit commercial belge*, 1988, p. 278s.

**CJCE, Lisa Jacqueline Grant, 17 février 1998** (aff. C-249/96) ; note LEMOULAND (J.-J.), *D.*, 2002, p. 537s ; note LENOIR (P.), *RTDH*, 1999, p. 407s.

**CJCE, Centros, 9 mars 1999** (aff. C-212/97) ; note MENJUCQ (M.), *D.*, 1999, p. 550s. ; LUBY (M.), *JDI*, 2000, p. 484s.

**CJCE, Krombach, 28 mars 2000** (aff. C-7/98) ; note MUIR WATT (H.), *RCDIP*, 2000, p. 481s.

**CJCE, SA Régie Renault, 11 mai 2000** (aff. C-38/98) ; note GAUDEMET-TALLON (H.), *RCDIP*, 2000, p. 497s.

**CJCE, D. et Royaume de Suède, 31 mai 2001** (aff. C-122/99 P et C-125/99 P) ; note NOURISSAT (C.) et DEVERS (A.), *D.*, 2011, p. 3380s.

**CJCE, Überseering, 5 novembre 2002** (aff. C-208/00) ; note LAGARDE (P.), *RCDIP*, 2003, p. 508s. ; DOM (J.-P.), *Revue des sociétés*, 2003, p. 315s.

**CJCE, Inspire Art Ltd, 30 septembre 2003** (aff. C-167/01) ; PATAUT (E.), *D.*, 2004, p. 491s.

**CJCE, Garcia Avello, 2 octobre 2003 (aff. C-148/02)** ; note LAGARDE (P.), *RCDIP*, 2004, p. 192s ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2004, p. 62s.

**CJCE, Tadao Maruko, 1<sup>er</sup> avril 2008 (aff. C-267/06)** ; note WEISSE-MARCHAL (C.), *D.*, 2008, p. 1873s. ; note MULLER (F.) et SCHMITT (M.), *D.*, 2008, p. 3038s. ; note BROUSSY (E.), DONNAT (F.) et LAMBERT (C.), *AJDA*, 2008, p. 871s.

**CJCE, Grunkin Paul, 14 octobre 2008 (aff. C-353/06)** ; note LAGARDE (P.), *RCDIP*, 2009, p. 87s. ; note DEVERS (A.), *JCP G*, 2008, II. 10071 ; note D'AVOUT (L.), *JDI*, 2009, comm. 7.

**CJUE, A, 2 avril 2009 (aff. C-523/07)** ; note GALLANT (E.), *RCDIP*, 2009, p. 791s. ; note JAULT-SESEKE (F.), *D.*, 2010, p. 1593s.

**CJUE, Fürstin von Sayn-Wittgenstein, 22 décembre 2010 (aff. C-208/09)** ; note HAUSER (J.), *RTD Civ.*, 2011, p. 98s. ; note PATAUT (E.), *RTDE*, 2011, p. 571s. ; note HEYMANN (J.), *JDI*, 2011, p. 639s.

**CJUE, Zambrano, 8 mars 2011 (aff. C-34/09)** ; note PICOD (F.), *JCP G*, 2011, 543. ; note CORNELOUP (S.), *D.*, 2011, p. 1325s.

**CJUE, Shirley McCarthy, 5 mai 2011 (aff. C-434/09)** ; note BENLOLO-CARABOT (M.), *Revue des affaires européennes*, 2011, p.443s. ; note PICOD (F.), *JCP G*, 2011, 986 ; note RIGAUX (A.), *Europe*, 2011, n°7, p. 15s.

**CJUE, Jürgen Römer, 10 mai 2011 (aff. C-147/08)** ; note DRIGUEZ (L.), *Europe*, 2011, comm. n°7, p. 33s. ; CAVALLINI (J.), *JCP S*, 2011, 26.

**CJUE, Murat Dereci, 15 novembre 2011 (aff. C-256/11)** ; note RIGAUX (A.), *JCP G*, 2012, 16 ; note Carlier (J.-Y.), *JDE*, 2014, n°207, p. 105s.

## F. DES JURIDICTIONS ETRANGERES

**Court of Probate and Divorce (UK), 20 mars 1866, Hyde c/ Hyde and Woodmansee, L. R., P. D. 130.**

**Cour de cassation du Liban, 11 juin 1932, Gazette des tribunaux libanais et syrien, 7<sup>ème</sup> année, p. 216, Rep. mixte, II. 854.**

**Cour suprême des Etats-Unis, 12 juin 1967, Loving v. Virginia, 388 US 1 (1967).**

**Cour Suprême du Canada, 20 décembre 1990, Morguard Investment Ltd v. De Savoye, 3RCS, 1077.**

**Cour d'appel de Beyrouth, 13 décembre 1993, Al-Adl, 1994, p. 964.**

**Cour suprême d'Hawaï, 5 mai 1993, Baehr v. Miike, 852 P.2d 44, 74 Haw. 530 (1993).**

**Cour suprême des Etats-Unis, 26 juin 2013, United States v. Windsor, n°12-307, 570 US (2013).**

**Cour suprême des Etats-Unis, 26 juin 2013, Hollingsworth v. Perry, n°12-144, 570 US (2013).**

**Cour suprême des Etats-Unis, 26 juin 2015, *Obergefell et al. c/ Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, n° 14-556, 576 US (2015).**

# INDEX ALPHABETIQUE

*Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes*

## -A-

Accord procédural : **579-581**  
Acte public : **233**  
Acte juridique : **387, 391, 411, 609-610**  
Acte quasi-public : **72, 75, 232, 243, 385, 430**  
Adoption : **182**  
Age matrimonial : **297, 300, 371, 551, 622**  
Apparence : **243, 244**  
Autonomie de la volonté : **27, 62, 118, 128, 274, 424, 486, 635**  
Autorités diplomatiques et consulaires : **74, 86, 445, 507, 510, 525**

## -C-

Capacité juridique : **65, 76, 175, 321**  
Changement de loi applicable : **578**  
Citoyenneté européenne : **327-328, 569.**  
Clause d'exception : **119, 408-409**  
Code civil :

- art. 3 : **54, 56, 57, 64**
- art. 17 : **56**
- art. 21 : **572**
- art. 47 : **538**
- art. 74 : **86, 506**
- art. 102 : **117**
- art. 108 : **104**
- art. 143 : **6, 80**
- art. 165 : **86, 506**
- art. 171 : **71-72, 80, 504, 507, 509**
- art. 191 : **544**
- art. 202 : **71, 80-81, 504**
- art. 212s. : **121, 173**
- art. 309 : **107**
- art. 311-14 : **107, 655**
- art. 515s. : **4-5, 89, 92, 96, 125, 510-511, 610**

Cohabitation : **368, 471, 473**  
Compétence internationale des autorités publiques : **77-78, 257-259, 437-440, 501-522, 537, 542.**  
Compétence interne des autorités publique : **538-541, 544**  
Conflit d'autorités : **89, 433, 528**  
Conflit de nationalités : **186-187, 569**

Conflit mobile : **548, 566, 652-659**

Conflit de systèmes : **224**

Consentement : **174, 297, 371, 551, 584, 586**

Contrat de mariage : **578, 585-587**

Contrat de concubinage : **632-640**

Conventions internationales :

- Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages : **253, 279, 294-297, 516**
- Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux : **118, 476**
- Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires : **122**
- Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés : **257, 276, 299, 336, 516, 554**
- Convention européenne des droits de l'Homme : **178, 181-184, 188, 192**
- Convention américaine des droits de l'Homme : **304**

Coordination des ordres juridique nationaux : **200-205**

Cristallisation : **230-232, 243-246**

**-D-**

*Defense of Marriage Act* : **309-313**

Divorce : **100-113, 123, 332, 449, 535, 598, 600**

Donation : **599**

Droit au respect de la vie privée et familiale : **181-184, 191-194, 304, 330**

Droit commun du couple : **24, 363, 370-378**

**-E-**

Ecole italienne des statuts : **31, 218**

Effets du mariage : **98-124, 469, 599**

Empêchements à mariage : **65-66, 371, 622**

Espace de Liberté de Sécurité et de Justice : **318, 569, 694**

Etats-Unis : **76, 304, 501**

Exequatur : **182-183, 213, 229**

**-F-**

Fait juridique : **391, 473**

Filiation : **107, 192, 601, 643**

Forme des actes : **72, 445, 584-587, 637**

Fraude à la loi : **253-255, 257-258, 509, 537, 542, 669**

**-G-**

Gestation pour autrui : **192**

**-I-**

Identité personnelle : **194, 401**

Indisponibilité des droits : **60-63, 439, 579**  
Intégration : **402-407, 447, 459**  
Intention matrimoniale : **174, 551**  
Intérêt de l'enfant : **183, 192-193, 406-408, 643**

**-L-**

Liberté matrimoniale : **3, 67, 428, 518-519**  
Libertés européennes de circulation : **181, 186-188, 321-325, 329, 338**  
Lien entre compétence législative et juridictionnelle : **407, 478, 589, 594**  
Localisation : **15, 28, 32, 75, 177-178, 199, 414-416, 559**  
Loi de l'autorité : **26-26, 89-93, 430-452, 524-527, 547-549, 592-593**  
Loi du domicile : **54-56, 202, 402, 456-459**  
Loi du domicile commun : **103-105, 469-470**  
Loi de la résidence conjugale : **453-479, 562-568, 615-630**  
Loi du lieu de célébration : **70-78, 175, 445**  
Loi du lieu de conclusion de l'acte : **584, 637**  
Lois de police : **121, 155, 173, 321, 603**  
Loi du for : **105, 156, 176, 434, 447, 478, 543, 593**  
Loi nationale : **37, 54-69, 174-175, 395, 420, 446**  
Loi nationale commune : **100, 414, 451-452, 469-470, 569-574**

**-M-**

Mariage entre personnes de même sexe : **6, 67, 80-87, 150, 165-171, 307-312, 369, 507**  
Mariage polygamique : **150, 158-163**  
Mariage religieux : **73, 540**  
Mariage informel : **238, 391, 622**  
Méthode de référence à l'ordre juridique compétent : **204, 236, 249, 514**

**-N-**

Nationalité française : **56, 572**  
Nom patronymique : **185-187, 323, 329, 626**  
Non-discrimination : **66, 167, 373**  
Notaire : **232, 385, 511, 539, 586**

**-O-**

Obligation d'information : **577**  
Obligations alimentaires : **122-123, 600-601, 629, 643**  
Office du juge : **529, 537-538**  
Officier de l'état civil : **72, 84, 86, 175, 232, 371, 506-507**  
Opposabilité aux tiers : **578, 638**  
Option de législation : **111, 118, 123, 126, 403, 476, 559-588**  
Ordre public  
- atténué : **158-162**  
- de proximité : **109, 163-164, 408, 553**

- international : **166-170, 297, 300, 552-554, 602, 660-663**
- supranational : **191, 329**

**-P-**

Pacte civil de solidarité : **88-89, 370-372, 411, 510-511**  
 Pension de réversion : **373, 376-377**  
 Possession d'état : **243, 283, 391**  
 Principe de faveur : **235, 295, 407, 584, 601, 637, 643**  
 Principe de proximité : **27, 422, 424, 451, 591, 607, 648, 656**  
 Proportionnalité : **193, 554, 602, 660**  
 Putativité : **551**

**-Q-**

Qualification : **88, 144-154, 490, 620**  
 Question préalable : **620, 641**

**-R-**

Rattachements alternatifs : **407, 584, 637**  
 Reconnaissance mutuelle : **317-325**  
 Régime primaire : **95, 121, 173, 372, 375**  
 Régime matrimonial : **116-120, 123, 129, 225, 599-600**  
 Règle matérielle : **551, 586**  
 Règlements européens
 

- Règlement Aliments : **123, 476, 643**
- Règlement Bruxelles II bis : **279, 458, 461, 478, 521**
- Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : **126-130, 385, 579, 583-585, 591**
- Règlement Régimes matrimoniaux : **119, 121, 127, 478-479, 584, 590-1**
- Règlement Rome I : **88, 636, 657**
- Règlement Rome III : **110-113, 579, 584-5, 590**
- Règlement Succession : **461, 569, 594**

 Renvoi : **91, 435-436, 530, 547, 595-596, 665-667**  
 Renvoi de compétence juridictionnelle : **580, 594**  
 Rétroactivité (non) : **578, 638**

**-S-**

Séparation des concubins : **392, 629**  
 Sociétés : **321**  
 Souveraineté : **56-57, 436, 456, 470, 569**

**-T-**

Théorie des droits acquis : **218-227, 245, 283**  
 Tourisme conjugal : **76, 84, 354, 437, 508, 513, 520**

Unilatéralisme : **16, 33-34, 109, 432, 691**

**-U-**

Vocation successorale : **161, 601, 641**

**-V-**





# TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS .....	5
ABREVIATIONS.....	7
SOMMAIRE .....	11
INTRODUCTION .....	13

<b><u>PREMIERE PARTIE : L'INADAPTATION ACTUELLE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE DU COUPLE</u></b> .....	<b>37</b>
--	-----------

<b>TITRE I : L'INADAPTATION DE LA MÉTHODE CONFLICTUELLE CLASSIQUE APPLIQUÉE AUX COUPLES</b> .....	<b>43</b>
---	-----------

## ***CHAPITRE I : L'INADAPTATION DES RATTACHEMENTS CONFLICTUELS. 45***

SECTION I: L'INADAPTATION DES RATTACHEMENTS RELATIFS A LA FORMATION DES UNIONS CONJUGALES .....	48
---	----

I. L'inadaptation des rattachements relatifs à la formation du mariage .....	49
A. L'inadaptation du rattachement à la loi nationale.....	50
1) L'inadaptation théorique du rattachement à la loi nationale .....	50
a) Nationalité et souveraineté .....	51
b) Nationalité et indisponibilité.....	53
2) L'inadaptation pratique du rattachement à la loi nationale .....	55
B. L'inadaptation du rattachement à la loi du lieu de célébration.....	58
1) Le rattachement inadapté des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration .....	59
2) Le rattachement inadapté des conditions de fond du mariage à la loi du lieu de célébration .....	62

II.	L'inadaptation des rattachements relatifs à la formation des nouveaux statuts conjugaux.....	63
A.	L'inadaptation des rattachements relatifs à la formation des mariages entre personnes de même sexe.....	64
B.	L'inadaptation des rattachements relatifs à la formation des partenariats enregistrés.....	68

SECTION II : L'INADAPTATION DES RATTACHEMENTS RELATIFS AUX EFFETS DES UNIONS CONJUGALES ..... 73

I.	L'inadaptation des rattachements relatifs aux effets du mariage.....	74
A.	La distinction inappropriée de la loi applicable au divorce et aux effets du mariage.....	74
1)	La création de la catégorie des effets du mariage par la détermination de la loi applicable au divorce.....	74
2)	La distinction de la loi applicable au divorce et de celle applicable aux effets du mariage.....	78
B.	La diversification désordonnée des rattachements relatifs aux effets du mariage.....	82
1)	Le cantonnement initial de la catégorie des effets du mariage.....	82
2)	L'effritement progressif de la catégorie des effets du mariage.....	85
II.	L'inadaptation des rattachements relatifs aux effets des partenariats enregistrés.....	88

CONCLUSION DU CHAPITRE I..... 93

**CHAPITRE II : L'INADAPTATION DE LA LOGIQUE CONFLICTUELLE..... 97**

SECTION I : L'INADEQUATION DES MECANISMES CONFLICTUELS A LA DIVERSIFICATION DES FORMES DE CONJUGALITE..... 99

I.	L'absence de fongibilité des unions conjugales.....	99
A.	La nécessaire qualification des unions conjugales.....	100

B.	Le risque de qualification équivoque des unions conjugales.....	103
II.	L'hégémonie du modèle conjugal du for .....	107
A.	L'ordre public conjugal d'éviction .....	108
1)	La réception limitée des modèles conjugaux étrangers.....	109
2)	Le respect imposé des modèles conjugaux du for.....	113
B.	L'ordre public conjugal positif .....	117
	SECTION II : L'INADEQUATION DE L'OBJECTIF CONFLICTUEL A L'EXIGENCE DE CONTINUTE INTERNATIONALE DES UNIONS CONJUGALES.....	122
I.	L'obligation étatique de respect de l'intégrité du statut conjugal.....	123
A.	L'encadrement supranational des règles de conflit de lois .....	123
B.	L'encadrement supranational de l'ordre public international.....	128
II.	L'émergence d'un droit subjectif à la continuité du statut conjugal.....	132
A.	La progressive neutralisation du phénomène de la frontière .....	132
B.	La nécessité d'une coordination concrète des ordres juridiques nationaux.....	135
	CONCLUSION DU CHAPITRE II .....	139
	CONCLUSION DU TITRE I .....	141
	<b>TITRE II : L'INSUFFISANCE DE LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE APPLICABLE AUX COUPLES .....</b>	<b>145</b>
	<b><i>CHAPITRE PRELIMINAIRE : LES ASSISES THEORIQUES DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE.....</i></b>	<b><i>147</i></b>
	SECTION I : L'ECHEC DE LA THEORIE DES DROITS ACQUIS .....	148
	SECTION II : LE RENOUVEAU DE L'UNILATERALISME.....	154

**CHAPITRE I : LE CHAMP D'APPLICATION INCERTAIN DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE ..... 161**

SECTION I: L'APPLICABILITE INCERTAINE DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE ..... 163

- I. Les incertitudes quant à la nature de la situation juridique..... 163
  - A. L'incertaine cristallisation de la situation juridique..... 164
  - B. L'incertaine identité de la méthode de la reconnaissance..... 166
- II. Les incertitudes quant à la proximité de la situation juridique ..... 168
  - A. L'incertaine exigence d'un lien de proximité ..... 168
  - B. L'incertaine détermination d'un lien de proximité ..... 171

SECTION II: LA PORTEE INCERTAINE DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE ..... 173

- I. Les incertitudes quant aux effets de la situation juridique..... 173
  - A. L'insuffisance des thèses radicales ..... 174
  - B. L'insuffisance des thèses modérées ..... 177
- II. Les incertitudes quant à la reconnaissance de situations juridiques concurrentes.. ..... 179
  - A. La formation successive des deux unions conjugales..... 179
  - B. La formation et l'annulation successive d'une union conjugale..... 181

CONCLUSION DU CHAPITRE I..... 183

**CHAPITRE II : L'EFFECTIVITE LIMITEE DE LA METHODE DE LA RECONNAISSANCE ..... 185**

SECTION I: L'EFFECTIVITE ILLUSOIRE DES MECANISMES EXTRA-EUROPEENS DE RECONNAISSANCE DES UNIONS CONJUGALES..... 187

- I. L'absence d'effectivité des mécanismes conventionnels ..... 188
  - A. L'absence de reconnaissance interétatique des mariages ..... 188

B.	L'absence de reconnaissance interétatique des partenariats enregistrés	191
II.	L'absence d'effectivité des mécanismes régionaux et fédéraux américains	193
A.	L'absence de reconnaissance interétatique des unions conjugales.....	193
B.	L'absence de reconnaissance intra-étatique des unions conjugales .....	195
SECTION II : L'EFFECTIVITE LIMITEE DES MECANISMES INTRA-EUROPEENS DE RECONNAISSANCE DES UNIONS CONJUGALES.....		200
I.	Une reconnaissance intra-européenne des unions conjugales envisageable..	200
A.	Le principe de reconnaissance mutuelle .....	201
B.	L'application du principe de reconnaissance mutuelle .....	203
II.	Une reconnaissance intra-européenne des unions conjugales limitée .....	206
A.	Les limites à la reconnaissance intra-européenne des unions conjugales.....	206
B.	Le recours infructueux au droit européen des droits de l'Homme.....	209
CONCLUSION DU CHAPITRE II .....		213
CONCLUSION DU TITRE II.....		215
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....		219
<b><u>SECONDE PARTIE : L'ADAPTATION PROPOSEE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE DU COUPLE</u></b> .....		<b>221</b>
<b>TITRE I : LE CADRE THEORIQUE DE L'ADAPTATION PROPOSEE</b> .....		<b>227</b>
<b><i>CHAPITRE I: LA PROPOSITION D'UNE NOUVELLE CATEGORIE DE RATTACHEMENT</i></b> .....		<b>229</b>
SECTION I: LE COUPLE COMME NOUVELLE CATEGORIE DE RATTACHEMENT .....		231
I.	L'émergence de la notion juridique de couple en droit interne .....	232

A.	L'appréhension de la diversité des formes de conjugalité par la notion de couple.....	232
B.	Les limites au caractère englobant de la notion de couple.....	237
II.	L'utilisation de la notion juridique de couple en droit international privé ....	241
A.	L'utilisation classique de la distinction entre unions conjugales formelles et informelles .....	243
B.	L'utilisation renouvelée de la distinction entre unions conjugales formelles et informelles .....	246
	SECTION II : LE STATUT CONJUGAL COMME SOUS-CATEGORIE DU STATUT PERSONNEL.....	250
I.	La distinction classique entre le statut individuel et le statut familial .....	252
A.	L'adaptation du statut individuel .....	253
B.	L'adaptation du statut familial.....	255
II.	La création possible d'un statut conjugal.....	258
A.	L'insertion du statut conjugal au sein du statut personnel.....	258
B.	La vocation subsidiaire de la loi nationale au sein du statut conjugal ...	261
	CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	265

***CHAPITRE II : LA PROPOSITION DE NOUVEAUX FACTEURS DE RATTACHEMENT..... 267***

	SECTION I : LA VOCATION DE LA LOI DE L'AUTORITE.....	270
I.	La nature de la loi de l'autorité.....	271
A.	La nature hybride du rattachement à la loi de l'autorité .....	272
B.	Les effets salutaires du rattachement à la loi de l'autorité.....	277
II.	Le domaine d'application de la loi de l'autorité .....	280
A.	La validité des unions conjugales formelles .....	280
B.	Les effets des unions conjugales formelles.....	284

SECTION II : LA VOCATION DE LA LOI DE LA RESIDENCE CONJUGALE	286
I. La nature de la loi de la résidence conjugale	286
A. Le rattachement plébiscité à la loi de la résidence habituelle	287
B. Le rattachement proposé à la loi de la résidence conjugale	292
II. Le domaine d'application de la loi de la résidence conjugale	294
A. Le rattachement des unions conjugales informelles à la loi de la résidence conjugale	294
B. Le rattachement des effets des unions conjugales formelles à la loi de la résidence conjugale	298
CONCLUSION DU CHAPITRE II	301
CONCLUSION DU TITRE I	303

**TITRE II : LA MISE EN ŒUVRE PRATIQUE DE L'ADAPTATION PROPOSEE**  
..... 305

***CHAPITRE I : LA LOI APPLICABLE AUX UNIONS CONJUGALES FORMELLES***  
..... 307

SECTION I: LA LOI APPLICABLE A LA VALIDITE DES UNIONS  
CONJUGALES FORMELLES ..... 308

I. La création d'une union conjugale formelle	309
A. La détermination de la compétence internationale de l'autorité saisie	310
1) L'indétermination actuelle de la compétence des autorités en matière conjugale	311
a) La compétence des autorités habilitées à enregistrer un mariage	311
b) La compétence des autorités habilitées à enregistrer un partenariat	314
2) La détermination proposée de la compétence des autorités en matière conjugale	316
B. La loi applicable par l'autorité	322
1) L'application de la loi de l'autorité	322
2) L'application d'une autre la loi que celle de l'autorité	323



II. La réception d'une union conjugale formelle .....	325
A. Le contrôle de la compétence de l'autorité .....	325
1) La nature du contrôle .....	326
2) La sanction du contrôle .....	330
B. L'application de la loi de l'autorité.....	333
1) Le principe de l'application de la loi de l'autorité .....	333
2) Les limites à l'application de la loi de l'autorité.....	335

**SECTION II : LA LOI APPLICABLE AUX EFFETS DES UNIONS CONJUGALES  
FORMELLES .....** 339

I. La désignation de la loi applicable.....	340
A. Le choix de la loi applicable .....	340
1) L'étendue de l'option de législation.....	340
a) Le choix de la loi de la résidence conjugale.....	341
b) Le choix de la loi de la nationalité commune .....	342
2) Les modalités de l'option de législation.....	346
a) Le moment du choix.....	346
b) La validité du choix.....	349
B. La loi applicable à défaut de choix .....	352
II. Le domaine de la loi applicable .....	358
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE I.....</b>	<b>363</b>

***CHAPITRE II : LA LOI APPLICABLE AUX UNIONS CONJUGALES  
INFORMELLES.....*** 365

**SECTION I : L'APPLICABILITE DE LA LOI DE LA RESIDENCE CONJUGALE  
.....** 369

I. La détermination positive du champ d'application de la loi de la résidence conjugale .....	370
A. Les conditions de reconnaissance juridique de l'union conjugale informelle.....	370
B. Les effets légaux de l'union conjugale informelle.....	373

II.	La détermination négative de l'applicabilité la loi de la résidence conjugale	376
A.	Les effets prévus par un contrat de cohabitation .....	376
B.	Les effets soumis à d'autres rattachements.....	381
SECTION II : L'APPLICATION DE LA LOI DE LA RESIDENCE CONJUGALE		
.....		384
I.	L'encadrement du conflit mobile et de l'ordre public international .....	385
A.	La résolution du conflit mobile.....	386
B.	L'admission conditionnée de l'ordre public international .....	390
II.	L'exclusion du renvoi et de la fraude à la loi.....	391
A.	L'exclusion du renvoi .....	392
B.	L'exclusion de la fraude à la loi.....	394
CONCLUSION DU CHAPITRE II .....		397
CONCLUSION DU TITRE II.....		399
CONCLUSION DE LA PARTIE II .....		403
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>		<b>407</b>
PROJET DE REGLEMENT EUROPEEN RELATIF A LA LOI APPLICABLE ET AUX		
AUTORITES COMPETENTES EN MATIERE CONJUGALE.....		411
ANNEXE : FICHE EXPLICATIVE RELATIVE AU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE		
AUX EFFETS DES UNIONS CONJUGALES FORMELLES .....		419
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>		<b>421</b>
I.	OUVRAGES, THESES ET MONOGRAPHIES .....	421
II.	COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA	
	HAYE.....	431
III.	ARTICLES, CHRONIQUES ET ENTREES D'ENCYCLOPEDIE.....	434
IV.	JURISPRUDENCE.....	460

A. DE LA COUR DE CASSATION.....	460
B. DES AUTRES JURIDICTIONS JUDICIAIRES .....	462
C. DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL.....	463
D. DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME .....	463
E. DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE.....	464
F. DES JURIDICTIONS ETRANGERES.....	465

<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>467</b>
--------------------------------	------------

<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>473</b>
---------------------------------	------------

**Titre : Le couple en droit international privé. Contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple**

**Résumé :** L'influence libérale en droit de la famille et l'essor de l'idéologie individualiste ont provoqué un pluralisme des formes de conjugalité et ont considérablement accru la diversité des règles et des méthodes applicables aux couples en droit international privé contemporain. L'analyse *des couples* en droit international privé nous a alors conduit à repenser le droit international privé *du couple*. La déconstruction de la matière met en lumière l'inadaptation actuelle de la méthode conflictuelle classique et l'insuffisance de la méthode de la reconnaissance. En effet, l'actuel droit international privé du couple ne permet pas de garantir la continuité internationale du lien conjugal, pas plus qu'elle ne permet d'assurer un traitement juridique cohérent des problèmes auxquels sont confrontés les couples internationaux. Une réflexion quant à une possible évolution méthodologique de la matière était donc nécessaire. Cette étude vise à démontrer qu'une adaptation de la méthode conflictuelle classique à l'aune des objectifs de la méthode de la reconnaissance et fondée sur un raisonnement en termes de conflit d'autorités est possible. Elle apporterait aux règles de droit international privé du couple une meilleure cohérence tout en assurant aux rapports conjugaux internationaux une réelle stabilité.

**Mots clés :** Couple, mariage, mariage entre personnes de même sexe, partenariats enregistrés, concubinage, méthode de la reconnaissance, conflit de lois, choix de loi, loi de l'autorité, loi de la résidence conjugale, conflit d'autorités, compétence internationale des autorités, proximité, continuité, cohérence.

---

**Title: The Couple in International Private Law. Contribution to the Methodological Evolution of Private International Law of the Couple**

**Abstract:** The liberal influence in Family Law and the rise of individualist ideology have led to a multiplication of conjugal life forms and considerably increased the diversity of laws and methods applicable to couples in International Private Law. To analyse couples under International Private Law leads us to rethink the International Private Law of the Couple. Deconstructing this subject brings to light the current non-adaptation of the classic conflict of laws method and the insufficiency of the recognition approach. In fact, current International Private Law as it pertains to couples neither guarantees the international recognition of the conjugal bond nor ensures a coherent legal treatment of legal problems faced by international couples. It is therefore necessary to examine a possible methodological evolution of the subject. This study aims to demonstrate that it is possible to adapt the classic conflict of laws method by taking into account the objectives of the recognition approach whilst founding it on the *lex auctoritas* rule. This would not only bring better coherence to International Private Law of the Couple but it would also assure a real legal stability for international conjugal relationships.

**Key words:** Couple, marriage, same-sex marriage, civil partnerships, cohabitation, recognition approach, conflict of laws, choice of applicable law, law of authority, law of the conjugal residence, conflicting authority laws, authorities' international jurisdiction, proximity, continuity, coherence.