



HAL
open science

La dissociation de la catégorie obligations alimentaires et des catégories connexes en droit international privé

Alexandra Becheikh

► **To cite this version:**

Alexandra Becheikh. La dissociation de la catégorie obligations alimentaires et des catégories connexes en droit international privé. Droit. Université Paris sciences et lettres; Université de Lausanne. Faculté de droit, 2023. Français. NNT : 2023UPSLD050 . tel-04496064

HAL Id: tel-04496064

<https://theses.hal.science/tel-04496064>

Submitted on 8 Mar 2024

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 DE DOCTORAT

DE L'UNIVERSITÉ PSL

Préparée à l'Université Paris-Dauphine

**La dissociation de la catégorie obligations alimentaires et
des catégories connexes en droit international privé**

Soutenue par

Alexandra BECHEIKH

Le 23 mars 2023

Ecole doctorale n° ED 543

Ecole doctorale SDOSE

Spécialité

Droit

Composition du jury :

Juliette MOREL-MAROGER

Professeur des Universités
Paris Dauphine

Présidente du Jury

Louis PERREAU-SAUSSINE

Professeur des Universités
Paris-Dauphine

Directeur de Thèse

Andrea BONOMI

Professeur
Université de Lausanne

Directeur de Thèse

Estelle GALLANT

Professeur des Universités
Université Toulouse Capitole

Rapporteur

Fabienne JAULT-SESEKE

Professeur des Universités
Université Paris-Saclay

Rapporteur

Sara GODECHOT-PATRIS

Professeur des Universités
Université Paris-Est Créteil

Examineur

**La dissociation de la catégorie obligations alimentaires et
des catégories connexes en droit international privé**

Première partie : Les institutions familiales au fondement de l'obligation alimentaire

Titre 1 : Les fondements de l'obligation alimentaire en droit interne

Chapitre 1 : Les fondements traditionnels de l'obligation alimentaire

Chapitre 2 : Les nouvelles relations de famille fondatrices

Titre 2 : Une étude comparative des institutions familiales

Chapitre 1 : L'approche permissive ou prohibitive des ordres juridiques face à l'admission de relations familiales nouvelles

Chapitre 2 : Les obligations alimentaires en droit comparé

Deuxième partie : Les relations de famille et la circulation des obligations alimentaires

Titre 1 : La nécessité de la soumission de l'obligation alimentaire à une réglementation internationale

Chapitre 1 : Le traitement du contentieux alimentaire par les autorités de l'Union européenne

Chapitre 2 : Le traitement du contentieux alimentaire par la Convention de Lugano et par la Conférence de La Haye

Titre II : La reconnaissance de la relation de famille au fondement de l'obligation alimentaire

Chapitre 1 : L'insuffisance de la méthode conflictuelle

Chapitre 2 : La construction d'une méthode de reconnaissance des situations sous l'empire d'un droit étranger

Remerciements

Avec une sincère et profonde gratitude, je tiens à remercier chaque personne qui a contribué à la conclusion de ce travail de recherches.

Mes remerciements vont en tout premier lieu à mes deux directeurs de thèses, le Professeur Louis PERREAU-SAUSSINE ainsi que le Professeur Andrea BONOMI, pour leur soutien indéfectible, leurs encouragements incessants et leur bienveillance. Outre un esprit brillant, ces professeurs sont également dotés d'une très grande humanité et je leur suis extrêmement reconnaissante de m'avoir permis de mener à son terme ce projet.

Je souhaite également remercier chaleureusement les membres de mon jury, Madame le Professeur Estelle GALLANT, Madame Le Professeur JAULT-SESEKE dont les travaux ont inspiré ce travail. Je tiens également à remercier chaleureusement Madame Le Professeur Juliette MOREL-MAROGER pour ses précieux conseils lors de ma pré-soutenance.

Mes remerciements vont également à Madame Le Professeur Sara GODECHOT-PATRIS qui a accepté, peu de temps avant ma soutenance, de se joindre à mon jury de thèse. Je lui suis très reconnaissante et lui témoigne, par ces quelques lignes, toute ma gratitude.

Je tiens également à remercier Monsieur le Professeur Guillaume KESSLER, que j'ai eu la chance de rencontrer à Lausanne et, avec lequel j'ai pu échanger sur de passionnants sujets.

Je tiens également à remercier toutes les personnes qui m'ont accompagné et encouragé dans cette longue route solitaire : à mes collègues et très chers amis, Alexandre et Alrick, à Karim, qui a toujours su trouver les mots justes pour me motiver, à Corinne et Christina, mes chères collègues avec qui j'ai beaucoup partagé et appris, à Kostas, pour son optimisme à toute épreuve et, enfin à Isabelle, pour sa présence et son soutien dans les derniers instants de mon travail.

Je remercie tous les membres du Centre de droit comparé, international et européenne de l'Université de Lausanne et en particulier Marzia dont l'empathie et la bonne humeur m'ont profondément touchée.

Je tiens également à remercier mon très cher ami Dun Li, aujourd'hui notaire et ancien étudiant du Professeur Louis PERREAU-SAUSINNE qui a été l'instigateur de ce travail. Ce sont ses conseils qui m'ont amené ici et je l'en remercie.

Je remercie également Asma pour la lecture attentive de mon plan et Anne-Sophie pour ses nombreux encouragements.

Je tiens à remercier mes amies, Emilie et Annie, qui m'ont toujours soutenu et, enfin, mes plus intimes remerciements et ma gratitude vont à ma famille : à mes parents, qui m'ont toujours poussé et m'ont toujours soutenu, à mes frères et à ma sœur, qui ont toujours été là pour moi malgré les épreuves, à mes enfants, Théo et Ellia, avec qui je découvre le sens de l'existence et enfin, à Gregory, qui m'a accompagné, soutenu et encouragé sans jamais faillir et qui sera ravi, tout autant que moi, de l'achèvement de ce travail.

INTRODUCTION

*Qui demande aliments a cause favorable*¹

1. Le droit de la famille vise à l'organisation extrapatrimoniale des relations d'individus liés entre eux par un lien de parenté, de filiation, d'alliance ou qui partagent une communauté de vie. La matière permet ainsi de déterminer quel lien familial est susceptible de fonder une obligation alimentaire. Il s'agit là d'une opération essentielle dès lors qu'elle permet d'identifier le créancier d'aliments, d'une part, et son débiteur, d'autre part ainsi que l'étendue de la solidarité intrafamiliale. Domaine sensible aux contours humanitaires, la question des obligations alimentaires est régie, en droit français, par de nombreuses dispositions matérielles lesquelles revêtent, pour un grand nombre d'entre elles, un caractère d'ordre public. La matière est ainsi innervée par d'importants mécanismes de solidarité fondée sur l'entraide et l'engagement moral. La solidarité peut s'exprimer sur le terrain des obligations alimentaires, dans ce cas une personne sera tenue de prendre en charge matériellement une autre personne, sur le terrain des successions ou encore sur celui des régimes matrimoniaux².

2. En droit français, les aliments sont entendus comme « *les choses nécessaires à la vie, qu'en vertu d'un devoir de solidarité familiale, celui qui le peut doit le fournir à son parent ou allié dans le besoin en général sous forme de pension compte tenu des besoins du débiteur et des ressources du créancier* »³.

3. Le Code civil prévoit ainsi une pluralité d'obligations alimentaires : les obligations alimentaires des parents envers leurs enfants⁴, des enfants envers leurs parents⁵, des gendres et belles-filles envers leurs beaux-parents⁶, d'un époux à l'égard de son époux⁷, d'un époux divorcé à l'égard de son ex-époux⁸ ou encore les subsides qu'un homme peut être tenu de verser

¹ G. CORNU, *Droit civil, La Famille*, Montchrestien, 8e éd., 2003, p. 245.

² I. SAYN, Les obligations alimentaires (droit civil et droit de la protection sociale), *Revue française des affaires sociales* 2005, pp.11-33.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 14e édition, 2022.

⁴ Articles 202, 371-2, 373-2-2 du Code civil.

⁵ Articles 205 du Code civil

⁶ Article 206 du Code civil.

⁷ Articles 212 et 214 du Code civil.

⁸ Articles 255 et 270 du Code civil

à l'enfant de la femme avec qui il a eu des relations intimes pendant la période légale de conception⁹.

4. Les obligations alimentaires ne sauraient cependant s'appréhender dans leur seule dimension matérielle. Elles revêtent également une forte dimension affective. Fondée sur des liens de famille, elles reposent sur l'existence d'un lien d'affection entre un parent et son enfant, entre des conjoints, des partenaires ou encore, dans certaines conditions, entre des personnes qui ont décidé de partager ensemble une communauté de vie sans pour autant inscrire cette dernière dans un cadre institutionnel et réglementé.

5. La famille est un groupe social particulier¹⁰ auquel sont affectées plusieurs fonctions. Le Professeur Raymond LE GUIDEDEC avait ainsi mis en évidence trois fonctions pouvant être dévolues à la famille¹¹ : une fonction de socialisation du couple et des enfants, la famille devant alors assurer l'éducation des enfants, une fonction alimentaire, la famille devant fournir à chacun de ses membres les moyens de subvenir à ses besoins, et une fonction héréditaire. Le lien familial donne donc naissance à une solidarité matérielle exprimée par l'obligation faite à une personne d'assurer la subsistance d'un membre de sa famille se trouvant dans le besoin¹².

6. Étudier les obligations alimentaires suppose nécessairement l'étude des liens de famille au fondement même de ces obligations. L'absence de liens de famille se traduit par une absence de solidarité et, partant, l'absence d'obligations alimentaires. Ainsi, une personne, se trouvant dans le besoin, ne pourra attirer en justice un ami proche, l'enfant de son conjoint né d'un premier lit, un ex-compagnon ou encore un collègue de travail aux fins d'obtenir le versement par ce dernier d'une obligation alimentaire.

7. L'obligation alimentaire est donc la conséquence patrimoniale d'un lien de famille.

8. La question des obligations alimentaires est loin d'être une préoccupation nationale. Le phénomène connaît également une dimension internationale en raison notamment de la mobilité

⁹ Article 342 du Code civil.

¹⁰ F. FERRAND, Droit de la famille et obligations alimentaires – Aperçu comparatif, *RIDC*, Vol. 65 N°3, 2013. pp. 637-680.

¹¹ R. LE GUIDEDEC, Regards sur les fonctions économiques de la famille, *in* : Mélanges en l'honneur de Jean HAUSER, Paris 2012, p. 299.

¹² Rapport du Conseil économique et social 2008 L'obligation alimentaire : des formes de solidarité à réinventer, p. II-5.

de plus en plus importante des individus. Dans la très grande majorité des Etats, la loi organise une solidarité matérielle fondée sur l'existence de liens familiaux et fait notamment peser sur le parent, l'époux ou encore le partenaire une obligation alimentaire.

9. Si le créancier d'aliments peut être vite confronté à des difficultés et des épreuves en cas d'impayés, ces dernières semblent insurmontables dès lors que le litige alimentaire implique plusieurs ordres juridiques. En effet, lorsque le créancier et le débiteur ne résident pas sur le même territoire, l'obtention ou encore le recouvrement d'une pension alimentaire non acquittée peut s'avérer extrêmement délicat.

10. Dans une situation matérielle précaire, le créancier d'aliments peut donc, lorsque le débiteur est domicilié dans un État étranger, être confronté à certains obstacles tenant notamment à la divergence des législations matérielles nationales. Les frontières peuvent constituer de redoutables obstacles à surmonter lorsqu'il s'agit d'obtenir ou encore de recouvrer, à l'étranger, des pensions alimentaires¹³. La frontière, qui ne saurait remettre en question l'existence d'un statut personnel, ne pourrait, également priver le créancier du bénéfice de la pension alimentaire que doit lui verser le débiteur. A titre d'exemple, prenons le cas de parents désireux d'avoir un enfant mais ne pouvant pas pour des raisons physiologiques. Ils résident habituellement dans un Etat qui n'admet pas la gestation pour autrui et sont également ressortissants de cet Etat. Ils se rendent alors dans un autre Etat qui admet et autorise la gestation pour autrui. De retour dans leur Etat de résidence, la filiation de leur enfant peut être remise en cause. En ce cas, en l'absence de lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant, rien ne pourra fonder le versement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de cet enfant. De même, le franchissement de la frontière pourra remettre en cause le statut d'époux et faire ainsi obstacle à la mise en œuvre de la contribution aux charges du mariage ou d'une obligation alimentaire post-alimentaire.

11. L'Organisation des Nations Unies a été la première institution à s'intéresser à la question du recouvrement transfrontière d'aliments. Dès les années 1950, elle a pris conscience des difficultés que pouvaient constituer une frontière en cas de défaillance d'un débiteur dont la résidence se trouve dans un autre État que celui du créancier. C'est dans ce cadre qu'a été

¹³ Les caisses nationales d'allocations familiales, également compétentes en matière de recouvrement de pensions alimentaires impayées sont également totalement démunies lorsque le débiteur se trouve à l'étranger et renoncent dans ces cas-là à recouvrer.

conclue la Convention des Nations Unies du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger¹⁴. Soulignant tant « *l'urgence de la solution du problème humanitaire qui se pose pour les personnes dans le besoin dont le soutien légal se trouve à l'étranger* » que l'existence de difficultés légales et pratiques liées à la poursuite des actions alimentaires ou à l'exécution des décisions à l'étranger¹⁵, L'Organisation des Nations unies a opté pour une Convention mettant en place des autorités centrales dont la fonction est de faciliter la mise en œuvre d'un contentieux à l'étranger et l'exécution des décisions en matière alimentaire. Entrée en vigueur en France le 24 juillet 1960, cette Convention demeure aujourd'hui applicable dans plus de 60 États.

12. Très tôt, il est apparu nécessaire d'harmoniser les règles en matière alimentaire dans le but de favoriser assez largement l'octroi d'aliments. Il était également nécessaire de conserver, malgré l'implication de plusieurs ordres juridiques, la faveur et la mansuétude avec lesquelles la grande majorité des systèmes nationaux traite le créancier d'aliments¹⁶. Selon les termes de M. MEZGER, dans le domaine des obligations alimentaires, « *l'existence d'une convention signifie non pas seulement une plus grande commodité ou simplicité ou sûreté dans les affaires, mais l'octroi d'un minimum de protection à des êtres humains qui en ont particulièrement besoin parce qu'ils sont sans ressources ou presque* »¹⁷. L'idée de protection du créancier se trouvant dans une situation matérielle extrêmement difficile, qui avait animé l'Organisation des Nations unies lors de l'élaboration de la Convention de 1956, s'est ainsi retrouvée dans le cadre de la conception des instruments de régulation établis ultérieurement.

13. La question des obligations alimentaires a fait l'objet de discussions tant au niveau de la Conférence de La Haye de droit international privé que de l'Union européenne. Longtemps, le contentieux transfrontière en matière alimentaire était caractérisé par une multitude de sources

¹⁴ Décret n°60-1082 du 6 octobre 1960 portant publication de la Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger, signée le 20 juin 1956, JORF du 12 octobre 1960.

¹⁵ Préambule de la Convention.

¹⁶ Ainsi, en France, selon l'article 371-2 du Code civil, les parents doivent contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants. En cas de séparation des parents, cette obligation ne cesse pas et perdure jusqu'à ce que l'enfant soit indépendant financièrement. L'absence d'une limite claire et précise soulève de grandes difficultés pour le débiteur d'aliments particulièrement lorsque la séparation avec le créancier a été conflictuelle et que les rapports sont totalement rompus. Explication. *A contrario*, certains pays ont fixé une limite temporelle au versement de la contribution parentale d'entretien. Ainsi, en Belgique, en Allemagne, en Suède et en Espagne, les enfants peuvent percevoir une contribution jusqu'à leur majorité. En Grèce, en Irlande ou en Pologne, les parents sont tenus de contribuer à l'entretien de leurs enfants jusqu'à ce que ces derniers aient achevé leurs études ce qui ne coïncident pas toujours avec une indépendance financière.

¹⁷ M. MEZGER, op. cit. p. 124.

potentiellement applicables entre lesquelles il n'existait guère d'harmonisation. Cette situation pouvait rendre difficile l'obtention d'une pension alimentaire, son versement et surtout son recouvrement en cas de défaut de paiement. L'objectif des discussions entamées était de parvenir à une harmonisation des règles sur le plan du conflit de lois, du conflit de juridictions et en matière de circulation des décisions rendues par une autorité nationale. Une telle harmonisation devait notamment permettre aux créanciers d'aliments d'agir à l'encontre du débiteur sans se retrouver tributaire de la diversité des systèmes nationaux et devait dès lors garantir la prévisibilité juridique.

14. La Conférence de La Haye a édicté plusieurs instruments dont les premiers concernaient la situation des enfants créanciers d'aliments¹⁸ avant de prendre en compte l'ensemble des créanciers d'aliments¹⁹. C'est ainsi que le 2 octobre 1973, la Conférence de La Haye a élaboré deux nouvelles conventions d'une l'une concerne la loi applicable aux obligations alimentaires²⁰ et l'autre la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires. Enfin, la communauté des Etats membres de la Conférence de La Haye ont entamé, dans les années 2000, de nouvelles discussions afin de mettre au point de nouveaux instruments de régulation en matière alimentaire. C'est ainsi que la Vingt et unième session de la Conférence de la Haye a adopté, le 23 novembre 2007, deux instruments internationaux, la Convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille²¹ ainsi que le Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires²².

¹⁸ Il s'agit de la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants et la Convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants. Sur ces conventions, cf. M. MEZGER, *op. cit.*, pp. 123-149.

¹⁹ Selon P. BELLET, « S'il y avait eu urgence à s'occuper du sort des enfants, plus dignes d'intérêt que tous les autres, les statistiques révélaient que les litiges d'ordre alimentaire entre époux étaient fréquents et la loi devait tenter de transposer à leur égard ce qui avait été fait pour les enfants ; la généralisation des anciennes conventions s'imposait pour des motifs d'ordre social et humanitaire », P. BELLET, *Les nouvelles Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires*, *JDI* 1974, p. 6.

²⁰ Cette convention demeure applicable en Suisse où elle est entrée en vigueur le 1^{er} octobre. La Suisse n'a pas, à ce jour, adhéré au Protocole de La Haye. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 49 LDIP, « *l'obligation alimentaire entre époux est régie par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* ». De la même manière, selon l'article 83 LDIP, « *L'obligation alimentaire entre parents et enfant est régie par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaire* ».

²¹ A. BORRAS/ J. DEGELING/ W. DUNCAN/ P. LORTIE, *Rapport explicatif sur la Convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille*, disponible sur le site de la Conférence de La Haye.

²² A. BONOMI, *Rapport explicatif sur le Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, disponible sur le site de la Conférence de La Haye.

15. L'Union européenne a également participé à l'effort d'harmonisation des règles en matière alimentaire. Ainsi, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 a, dans le domaine des obligations alimentaires, prévu une règle de compétence²³ tout en facilitant le régime de la reconnaissance et de l'exécution des décisions rendues en la matière. Les mêmes règles ont été reprises par la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 conclue entre les Etats membres de la Communauté européenne et ceux de l'Association européenne de libre-échange (AELE). Cette dernière convention, qui a fait l'objet d'une révision le 30 octobre 2007, est applicable entre les États membres de l'Union européenne dans leurs rapports avec la Suisse, la Norvège, et l'Islande. La Convention de Bruxelles de 1968 a ensuite été remplacé par le Règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dont l'article 5.2 consacre une règle de compétence applicable aux obligations alimentaires²⁴. Enfin, le règlement n°805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (règlement TEE) s'applique également aux créances alimentaires. L'objectif de ce règlement est de faciliter le recouvrement international de créances.

16. Le Traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, a marqué le point de départ d'un changement majeur en prenant le parti de créer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est facilitée la libre circulation des personnes. L'article 65 dudit Traité donne ainsi compétence aux autorités de l'Union européenne pour « *favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence* » et pour « *éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les Etats membres* ». Ce fondement, jugé incertain et fragile par une partie de la doctrine²⁵, a cependant justifié le grand

²³ Selon l'article 5.2 de cet instrument, « le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant, en matière d'obligations alimentaires, devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ».

²⁴ En vertu de laquelle, « en matière d'obligation alimentaire, devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une demande accessoire à une action relative à l'état des personnes, devant le tribunal compétent selon la loi du for pour en connaître, sauf si cette compétence est uniquement fondée sur la nationalité d'une des parties ».

²⁵ V. HEUZE, D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois, *JCP* 2008, I, 166 n°4 pour qui, sous l'article 65 CE issu du Traité d'Amsterdam limitait la compétence conférée à l'Union européenne : celle-ci ne pouvait excéder ce qui est « nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur » et devait se limiter aux rapports transfrontières. Voir également, L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit : lettre ouverte au Président de la République, *JCP* 2006, act. 586 ; Observations sur la lettre ouverte au Président de la République intitulée « L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit », *JCP* 2007 act. 18 ; I. BARRIERE-BROUSSE, Le Traité de Lisbonne et le droit international privé, *JDI* n°1, janvier 2010, doctr. 1.

chantier de l'harmonisation entrepris par l'Union européenne. Dans le but d'opérer un rapprochement des différents systèmes nationaux, les autorités de l'Union européenne ont adopté de nombreux instruments applicables sur le territoire de l'ensemble des Etats membres déplaçant ainsi le « *centre de décision* », en matière de droit international privé, « *de La Haye vers Bruxelles* »²⁶.

17. Le Conseil européen, réuni à Tampere (Finlande) les 15 et 16 octobre 1999 avait dès lors approuvé le principe de reconnaissance mutuelle, « *pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union* »²⁷ et demandé aux autorités de l'Union européenne d'adopter un programme de mesures en vue de mettre en œuvre ce principe. Parmi ces mesures, l'harmonisation des règles de conflits de lois avait été envisagée²⁸. Lors de cette réunion, le Conseil européen a invité le Conseil à établir des règles de procédure communes spéciales dans le but de rendre plus aisé et plus rapide le règlement des litiges transfrontières en matière alimentaire.

18. Une telle reconnaissance se traduisait, en pratique, par la réduction voire l'abolition des mesures intermédiaires encore requises dans le but de permettre la reconnaissance et l'exécution d'une décision ou d'un jugement dans l'Etat requis. Conscientes qu'un « *créancier d'aliments devrait être à même d'obtenir facilement, dans un Etat membre, une décision qui sera automatiquement exécutoire dans un autre Etat membre sans aucune autre formalité* », les autorités de l'Union ont achevé, avec l'adoption d'un nouvel instrument communautaire, le chantier engagé à Tampere en 1999.

19. Le 18 juin 2011 est ainsi entré en vigueur le Règlement n°4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (Règlement Aliments). Il s'agit d'un instrument pionnier qui rassemble en son sein des règles de conflit de lois, de conflit de juridictions²⁹ et un mécanisme

²⁶ F. TREMOSA, Règlements européens, l'articulation du Règlement « Régimes matrimoniaux » et des Règlements « Successions », « Divorce », « Obligations alimentaires » et « Bruxelles II Bis », *Dr. Famille* n°12, Décembre 2018, Étude 20.

²⁷ Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la Présidence.

²⁸ Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, C-12, 15 janvier 2001.

²⁹ Par la suite, d'autres instruments communautaires adoptant une structure similaire ont été adoptés. Il en est ainsi du Règlement (UE) N° 650/2012 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, du Règlement européen (UE) 2016/1103 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 coopération entre autorités centrales dont le but est de favoriser le recouvrement des créances alimentaires au sein de l'Union européenne³⁰. Par ailleurs, dans le but de faciliter la circulation des décisions en matière alimentaire, le Règlement Aliments réduit les mesures requises pour permettre la reconnaissance et l'exécution des décisions alimentaires en s'affranchissant de toute procédure d'exequatur et en renforçant le rôle joué par les autorités centrales. Le Règlement a pour ambition de supprimer toute entrave pouvant rendre difficile le recouvrement des pensions alimentaires au sein de l'Union européenne.

20. La proposition de Règlement avait consacré un chapitre entier à la question du conflit de lois³¹. Elle prévoyait d'inclure, dans le Règlement, un article 13 soumettant les obligations alimentaires à la loi du pays dans lequel le créancier a sa résidence habituelle³². La proposition prévoyait également l'application de la loi du for dans le cas où la loi de la résidence habituelle du créancier ne permettait pas au créancier d'obtenir des aliments.

21. De même, la proposition offrait la possibilité aux parties de convenir, sous certaines conditions, de la loi applicable à l'obligation alimentaire³³. Cependant, si le chapitre III a bien été conservé dans la version définitive, il a finalement été réduit à un seul article – l'article 15 – lequel, afin de déterminer la loi applicable aux obligations alimentaires, opère un renvoi aux dispositions du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires auquel l'Union européenne a adhéré le 8 avril 2010³⁴.

22. La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable aux obligations alimentaires a été ratifiée par la France ainsi que par la Suisse. Elle est entrée en vigueur le 1^{er}

de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et du 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.

³⁰ Voir le considérant 10 selon lequel « Afin d'atteindre cet objectif, il est opportun de créer un instrument communautaire en matière d'obligations alimentaires regroupant les dispositions sur les conflits de juridictions, les conflits de lois, la reconnaissance et la force exécutoire, l'exécution, l'aide judiciaire et la coopération entre autorités centrales ».

³¹ Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, COM(2005) 649 final, Bruxelles, 15 décembre 2005, p. 18. Le chapitre III de la proposition de Règlement contenait ainsi neuf articles consacrés à la loi applicable aux obligations alimentaires.

³² Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, COM(2005) 649 final, Bruxelles, 15 décembre 2005, p. 18.

³³ Article 14 de la Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, COM(2005) 649 final, Bruxelles, 15 décembre 2005, p. 19.

³⁴ Décision n° 2009/941 du Conseil du 30 nov. 2009 (JOUE du 16 déc. 2009, L 331/17).

octobre 1977 en France comme en Suisse. Elle s'applique aux actions intentées après son entrée en vigueur. Le Protocole a été ratifié par l'Union européenne et est entré en vigueur dans l'ensemble des Etats membres le 1^{er} août 2013. La question du champ d'application temporel du Règlement Aliments ne soulève guère de difficultés. Entré en vigueur le 18 juin 2011, le Règlement Aliments est applicable aux procédures engagées après cette date³⁵.

23. Sans difficulté, la Convention de La Haye, tout comme le Protocole de La Haye, s'appliquent sur le territoire des Etats contractants. Le Protocole de La Haye n'a pas été ratifié par la Suisse. Il n'y est donc pas applicable. Le Protocole de La Haye est, en revanche, applicable dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne à l'exception du Danemark lequel se fondera sur son propre système de droit international privé pour déterminer la loi applicable aux obligations alimentaires. Les deux instruments consacrent une application universelle de leurs stipulations dès lors que l'article 3 de la Convention et l'article 2 du Protocole précise que la loi désignée par les textes s'applique même s'il s'agit de la loi d'un Etat non contractant.

24. Au sein de l'Union européenne, avant l'entrée en vigueur du Règlement Aliments, la compétence alimentaire était régie par le Règlement Bruxelles I dont l'applicabilité spatiale était conditionnée par l'intégration du litige en cause dans l'espace européen. Une telle intégration repose sur la domiciliation du défendeur sur le territoire de l'un des Etats membres et constituait le critère éminent de l'application du Règlement Bruxelles I³⁶. En conséquence, les règles de compétence prévues par le Règlement Bruxelles I n'étaient applicables que dans le cas où le défendeur avait son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres indépendamment de la localisation du domicile du demandeur. La même approche a été retenue par le Règlement Bruxelles I *bis* qui a succédé au Règlement Bruxelles I. Dans le cadre de l'application de ces deux instruments, les règles de compétence internationale de source interne demeuraient applicables lorsque le défendeur était domicilié sur le territoire d'un Etat tiers³⁷.

³⁵ Article 76 du Règlement Aliments.

³⁶ CJCE, 13 juillet 2000, Group Josi, affaire C-412/98. Dans cet arrêt, la Cour de justice a jugé que les règles de compétence édictées par le titre II de la Convention de Bruxelles « *trouve en principe à s'appliquer dès lors que le défendeur a son domicile ou son siège sur le territoire d'un Etat contractant, même si le demandeur est domicilié dans un pays tiers* », JDI 2002, p. 623, note F. Leclerc.

³⁷ Article 4 du Règlement Bruxelles I en vertu duquel, « Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre, la compétence est, dans chaque Etat membre, réglée par la loi de cet Etat membre, sous réserve de l'application des dispositions des articles 22 et 23 » ; Article 6 du Règlement Bruxelles I bis.

25. Sur la question de son applicabilité dans l'espace, le Règlement Aliments est, à l'instar d'autres règlements européens, applicable sur le territoire de tous les Etats membres de l'Union européenne y compris le Danemark. En revanche, à la différence du Règlement Bruxelles I auquel il succède, le Règlement Aliments confère aux règles de compétence directe qu'il édicte une impérativité qui s'étend aux relations entre les Etats membres et les Etats tiers. L'applicabilité du Règlement Aliments n'est donc pas subordonnée à la résidence habituelle du défendeur sur le territoire d'un État membre. Ce Règlement sera applicable dès lors que l'un des chefs de compétence qu'il édicte est réalisé dans un État membre.

26. L'extension du Règlement Aliment au-delà des frontières européennes est consacrée par le considérant 15 de ce dernier en vertu duquel « *la circonstance qu'un défendeur a sa résidence habituelle dans un État tiers ne devrait plus être de nature à exclure l'application des règles communautaires de compétence, et plus aucun renvoi aux règles de compétence du droit national ne devrait désormais être envisagé* ». Ainsi, le corps de règles prévu par le Règlement Aliments aura vocation à s'appliquer indépendamment du lieu où le défendeur réside³⁸. En conséquence, saisi d'un contentieux à l'encontre d'un défendeur domicilié sur le territoire d'un État tiers, le juge français devra, pour déterminer sa compétence, faire application des règles contenues dans le Règlement. Il ne pourra désormais plus se fonder sur les articles 46³⁹ et 1070⁴⁰ du Code de procédure civile ni même, à titre subsidiaire, sur les articles 14 et 15 du Code civil.

27. Par ailleurs et contrairement au Règlement n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale

³⁸ La question de l'extension du champ d'application des règles de compétence aux personnes domiciliées dans un État tiers s'est également posée dans le cadre de la réforme du Règlement Bruxelles I (voir à cet égard la question 2 du Livre vert de la Commission européenne du 21 avril 2009 sur la révision du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM/2009/0175 final). Le Règlement Bruxelles I bis n'a cependant pas suivi cette approche (considérant 14 et article 6.1 du Règlement Bruxelles I Bis).

³⁹ Selon lequel, « Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur (...) en matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage, la juridiction du lieu où demeure le créancier ».

⁴⁰ En vertu duquel, « Le juge aux affaires familiales territorialement compétent est :

- le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ; si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ; dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure.

En cas de demande conjointe, le juge compétent est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre.

Toutefois, lorsque le litige porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs ».

et en matière de responsabilité parentale dit Règlement Bruxelles II *Bis*⁴¹, le Règlement Aliments ne permet pas au juge saisi de faire application de ses propres règles de droit international privé⁴² pour déterminer sa compétence dans le cas où il ne peut régler cette dernière en vertu des chefs de compétence prévus par ledit Règlement.

28. En revanche, les questions relatives à l'existence du rapport juridique donnant naissance à une obligation alimentaire ne relèvent pas du Règlement Aliments et doivent dès lors être réglées selon les règles de droit international privé en vigueur dans l'État du for⁴³.

29. L'extension des règles de compétences édictées par le Règlement Aliments participe à un effort de simplification et d'unification des règles de droit international privé en matière d'obligations alimentaires. Ainsi, saisi d'un contentieux alimentaire, le juge ne devra alors plus jongler entre les différentes règles susceptibles de s'appliquer en raison de la localisation du domicile du défendeur⁴⁴.

30. Cette extension permet également de faire coïncider la compétence alimentaire avec celle de la désunion. En effet, avant l'entrée en vigueur du Règlement Aliments, certaines difficultés pouvaient se poser dès lors que le juge compétent pour se prononcer sur la désunion du couple ne l'était pas nécessairement, sous l'empire du Règlement Bruxelles I, pour statuer sur les conséquences alimentaires de celle-ci.

31. Prenons ainsi l'exemple d'un homme de nationalité espagnole résidant habituellement en France depuis deux ans. Il saisit les juridictions françaises d'une demande en divorce à l'encontre de son épouse, nationale portugaise domiciliée au Brésil. Dans une telle situation, le juge français est compétent, sur le fondement de l'article 3. 1 a) du Règlement Bruxelles II *Bis*, pour statuer sur le divorce des époux. En revanche, la domiciliation du défendeur sur le territoire d'un État tiers fait obstacle à l'application du Règlement Bruxelles I et les règles de compétence édictées par les articles 46 et 1070 du Code de procédure civile ne permettent pas, dans ce cas

⁴¹ Dont l'article 7 dispose que « *Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4 et 5, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État* ». Le Règlement Bruxelles II ter entré en vigueur le 1^{er} août 2022 prévoit la même possibilité.

⁴² La même approche a été retenue par le Règlement Successions, 2^e éd., 2016, Bruylant, n°22 et p. 181 et s.

⁴³ Article 22 et considérant 25 du Règlement Aliments.

⁴⁴ B. ANCEL / H. MUIR-WATT, *Aliments sans frontières*, *Rev. Crit. DIP*, 2010, n°3, p. 457, n°22.

précis, de fonder la compétence du juge français pour se prononcer sur les questions alimentaires découlant du divorce des époux.

32. La simplification et l'uniformisation des règles se traduisent donc, en pratique, par la limitation drastique de l'intervention des droits étatiques. Ainsi, l'existence, au sein de l'ordre juridique européen, de règles de compétences et de conflit de lois communes et uniformes participerait au rapprochement de ce dernier avec les ordres juridiques nationaux. Cependant, la poursuite d'un tel objectif implique également une uniformisation des concepts sur lesquels reposent les règlements européens et suggère donc un rapprochement idéologique entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux et des principes juridiques communs.

33. Le Règlement Aliments et la Convention de La Haye de 1973 s'appliquent aux obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers un enfant non légitime⁴⁵. Le Protocole de La Haye retient une formulation similaire⁴⁶ sans toutefois limiter son domaine d'application à certaines obligations alimentaires. Son champ d'application demeure plus étendu que celui de la Convention de 1973⁴⁷.

34. Si l'acception de l'obligation alimentaire est acquise depuis bien longtemps en droit interne, elle ne jouit, en droit international privé, d'aucune définition. Ni les instruments conventionnels de La Haye, ni même le Règlement Aliments ne précisent la teneur de cette obligation. En prenant le soin de ne pas définir les relations de famille servant de fondement à l'obligation alimentaire, tant le Protocole de La Haye que le Règlement Aliment ont érigé les obligations alimentaires en catégorie autonome du droit international privé. L'obligation alimentaire se retrouve ainsi affranchie de toute qualification interne et devient totalement indépendante des éléments du statut personnel sur lesquels elle se fonde.

⁴⁵ Par ailleurs, En Suisse, aux termes de l'article 49 LDIP, « L'obligation alimentaire entre époux est régie par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ». De même, selon l'article 83 du même texte, « L'obligation alimentaire entre parents et enfant est régie par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ».

⁴⁶ Article 1^{er} du Protocole de La Haye de 2007.

⁴⁷ A. BONOMI, Rapport explicatif sur le Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, p. 24.

35. Les relations de famille visées par les instruments conventionnels et le Règlement Aliments doivent être entendues dans un sens large⁴⁸. Les règles qui y sont édictées ont donc vocation à s'appliquer aux obligations alimentaires découlant de relations de parenté, qu'elle soit légitime, naturelle⁴⁹ ou encore adoptive. Ces textes s'appliquent également aux obligations alimentaires découlant de relation de mariage. Sont comprises ici les obligations alimentaires entre personnes mariés, séparées de corps ou de fait, en instance de divorce ou divorcées ou encore entre personnes dont le mariage a été annulé. Enfin, entrent dans le champ d'application des instruments conventionnels les obligations alimentaires découlant d'un lien d'alliance. Il peut s'agir, par exemple, de l'obligation alimentaire due par une personne aux enfants de son conjoint⁵⁰ ou encore de l'obligation alimentaire due par un conjoint aux parents de son conjoint.

36. La difficulté qui se pose actuellement est de savoir si les instruments conventionnels de La Haye et le Règlement Aliments sont applicables aux mariages et partenariats entre personnes de même sexe et aux filiations établies dans le cadre d'une gestation pour autrui ou d'une procréation médicalement assistée⁵¹.

37. Le Règlement Aliments ainsi que les instruments conventionnels ne s'appliquent pas aux relations de famille dont découle l'obligation alimentaire. Une telle approche est motivée par des considérations politiques.

38. Le statut personnel est un domaine sensible au sein duquel les spécificités nationales perdurent et sur lequel il n'existe qu'un très faible consensus au sein de la communauté des Etats européens. A titre d'exemple, en 2010⁵², la Cour européenne des droits de l'homme avait

⁴⁸ F. HERZFELDER, Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel : Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973, Paris, 1985, p. 26 ; M. VERWILGHEN, Rapport explicatif sur les Conventions sur les obligations alimentaires (Exécution – Loi applicable), Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, p. 28 ; A. BONOMI, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁹ Pour M. VERWILGHEN, la Convention de La Haye de 1973 a également vocation à s'appliquer aux obligations alimentaires découlant d'une filiation incestueuse, voir *op. cit.*, p. 28.

⁵⁰ Les enfants nés d'un premier lit.

⁵¹ La proposition de Règlement avait opté pour une formule plus restreinte en vertu de laquelle le Règlement entendait s'appliquer « *aux obligations alimentaires découlant des relations de famille ou des relations qui, en vertu de la loi qui leur est applicable, produisent des effets similaires* ». Le législateur européen a finalement opté pour une formulation plus large afin d'embrasser un grand nombre d'obligations alimentaires.

⁵² CEDH 24 juin 2010, n° 30141/04, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, Dr. famille 2010, comm. 143, E. LAGARDE ; JCP N 2011, 29, n°1, obs. A. GOUTTENOIRE ; RTD civ. 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD et p. 765, obs. J. HAUSER ; D. 2011, p. 1042, obs. J.-J. LEMOULAND.

relevé qu'il n'existait pas de consensus européen tant sur la question du mariage entre personne de même sexe⁵³ que sur celle de la reconnaissance juridique des couples de même sexe⁵⁴.

39. La divergence des législations étatiques sur certaines questions comme la gestation pour autrui ou le mariage entre personnes de même sexe fait obstacle à l'élaboration d'un instrument transversal qui prendrait en compte les liens entre le statut personnel d'une part et ses effets d'autre part.

40. L'enjeu juridique cède le pas à l'enjeu politique. Le droit de la famille est un domaine empreint d'une très forte dimension culturelle et nationale. Il constitue le miroir de l'idéologie défendue par une société à un instant donné. Certains Etats sont donc peu enclins à abandonner aux instances communautaires ou européennes le soin de définir des concepts aussi sensibles que le mariage, la filiation, la parenté, l'époux ou encore la famille, pourtant essentiels au bon fonctionnement des règlements européens⁵⁵. A titre d'exemple, alors que le mariage entre personnes de même sexe est autorisé aux Pays-Bas, en Espagne, en France, à Malte ou encore en Allemagne, il ne l'est pas en Italie. En Hongrie, en Pologne ou encore en Roumanie, il est même vigoureusement combattu par les gouvernements en place.

41. De même, en raison de la prohibition de la gestation pour autrui en droit interne, les couples, désireux de devenir parents, se sont déplacés à l'étranger, dans des Etats qui l'admettent, pour

⁵³ CEDH, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, point 58. Récemment, la Cour de Strasbourg a été saisie d'une affaire dans laquelle trois couples de personnes de même sexe de nationalité russe reprochaient à la Russie d'avoir de ne pas leur offrir une reconnaissance officielle de leur union⁵³. En l'espèce, ces trois couples avaient sollicité aux autorités russes le droit de convoler en justes noces et s'étaient vus opposer un refus fondé sur les dispositions de l'article 1^{er}, 3^o du Code de la famille aux termes desquelles « *les règles relatives aux relations familiales reposent sur les principes d'une union conjugale librement consentie entre un homme et une femme* ». Sans entrer dans le détail, quelque peu rétrograde, de l'argumentaire russe pour justifier ce refus, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît la marge de manœuvre dont dispose chaque Etat partie pour choisir « *le mode d'enregistrement le plus approprié pour les unions homosexuelles compte tenu du contexte socioculturel qui lui est propre* ». Elle relève cependant que la Russie a outrepassé cette marge dès lors que le droit interne n'offre aucun cadre juridique apte à protéger les couples homosexuels et rappelle, à cet égard, que la reconnaissance officielle du statut des couples de personnes de même sexe sous une autre forme que le mariage ne heurterait pas la conception traditionnelle du mariage prévalent en Russie : CEDH, 22 novembre 2021, *Fedotova c. Russie*, n°40792/10. Il n'est pas certain que la condamnation de la Russie par la Cour européenne des droits de l'homme soit suffisante pour contraindre la première à modifier sa législation en faveur des couples de personnes de même sexe surtout depuis l'exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe. Sur cette question, voir M. AFROUKH et J.-P. MARGUENAUD, Les conséquences à double tranchant de l'exclusion de la Russie du conseil de l'Europe, *Dalloz Actualités* 30 mars 2022.

⁵⁴ CEDH, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, point 105. En l'absence d'un tel consensus, les Etats européens demeurent donc libres, au regard des articles 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme de n'ouvrir le mariage qu'aux seuls couples de sexe opposé.

⁵⁵ Ainsi, dans l'arrêt *Coman*, la Cour de justice a rappelé que « l'état des personnes, dont relèvent les règles relatives au mariage, est une matière relevant de la compétence des Etats membres, et le droit de l'Union ne porte pas atteinte à cette compétence ». Elle a également rappelé que l'institution du mariage est définie par le droit national, CJUE, 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman*, pt 37 et 45, JDI 2019, doct. 2, note de G. KESSLER.

conclure des conventions de gestation pour autrui. A leur retour, ces couples ont alors sollicité la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, sur les registres français de l'état civil. Cette formalité de transcription, sans être obligatoire, facilite la preuve de l'état civil auprès des administrations dès lors qu'elle permet de disposer d'un acte de l'état civil français. Les parents d'intention s'étaient, en premier lieu, opposé à un refus des autorités françaises.

42. Si le Règlement Aliments comment les instruments conventionnels de La Haye plaident pour une interprétation autonome de la notion d'obligation alimentaire, il demeure, en revanche, silencieux sur l'appréhension d'autres notions pouvant avoir une incidence sur son application. Bien que le Règlement Aliments ne définisse pas les relations familiales fondatrices des obligations alimentaires, il en exige néanmoins l'existence. Une interprétation autonome des notions de famille, de parenté, de filiation, de mariage ou encore d'époux ne semble pas, à l'heure actuelle, une piste envisageable pour l'ensemble des Etats de l'Union européenne.

43. La famille peut se définir comme la somme de relations entre des personnes en couple, unis par les liens du mariage ou non ou en parenté⁵⁶ indépendamment de savoir si cette parenté est fondée sur la biologie ou sur la volonté. Cette dernière définition semble être plus en adéquation avec l'évolution que connaît actuellement le droit de la famille en France comme en Europe. La famille revêt ainsi plusieurs acceptions. Si l'on se fonde sur une acception large de la notion, la famille peut se définir comme un groupe de personnes unies par le mariage ou par une coexistence de fait, ou par des liens de parenté ou affectifs. En revanche, si l'on retient une acception plus restreinte de la notion, la famille est formée par le couple conjugal (uni par les liens du mariage ou non) et par les enfants. Cependant, que l'on retienne l'une ou l'autre de ces acceptions, le caractère légitime de la famille ne semble pas être un élément ni caractéristique ni fondamental.

44. En Europe, le modèle familial s'est construit autour du mariage, terreau légitime et exclusif de la sexualité et de la procréation. Le mariage, préalable à l'avènement d'une famille, était la seule union juridiquement reconnue, les autres formes de communautés de vie, si elles n'étaient pas toujours prohibées ni inconnues demeuraient cependant ignorées par le droit⁵⁷.

⁵⁶ M. DOURIS, La diversité des couples et l'unicité de la parenté : une évolution contenue du droit français de la famille, in L'évolution du concept de famille en Europe depuis trente ans : Étude pluridisciplinaire, sous la direction de P. BOUCAUD, Bruylant, 2009.

⁵⁷ Selon une célèbre formule attribuée à Bonaparte lors des travaux préparatoires du Code civil, « *si les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* ».

45. Ainsi, dans la grande majorité des États européens, le mariage a seul dominé, pendant plus d'un siècle, le modèle familial. Le mariage était l'acte créateur d'une famille d'une part, parce que, les enfants qui en naissaient étaient nécessairement rattachés à leur père et mère et, d'autre part, à l'inverse de toute autre communauté de vie, le mariage créait un lien d'alliance entre deux familles⁵⁸.

46. La conception de la famille et du mariage a connu de profonds bouleversements⁵⁹ et le XXe siècle a été le témoin de mutations extrêmement importantes en droit de la famille non seulement en matière de filiation mais également en matière de relations de couple⁶⁰.

47. Au sein de la grande majorité des ordres juridiques nationaux, la notion de famille est aujourd'hui totalement déconnectée du mariage, ce dernier ne constituant plus le préalable nécessaire à la construction familiale. Les unions non maritales sont juridiquement reconnues, tant par le législateur que par la jurisprudence, la famille reposant désormais aussi bien sur des liens de parenté ou d'alliance que sur des liens affectifs et formels. La famille s'est libérée de son caractère institutionnel : la famille légitime, c'est-à-dire reconnue par la loi, n'est plus seulement celle issue du mariage et prend sous son aile les unions de fait fondées sur des rapports exclusivement affectifs et formels⁶¹.

⁵⁸ Les empêchements à mariage fondés sur un lien d'alliance sont justifiés par une certaine moralité et par la volonté de ne pas perturber les constructions familiales. Selon l'article 161 du Code civil, le lien d'alliance constitue un empêchement à mariage. Sont ainsi prohibées les unions entre tous les alliés dans la même ligne. Sont ainsi prohibées les unions entre le beau-père et sa bru, entre la belle-mère et son gendre et entre le beau-père ou la belle-mère et l'enfant né du premier lit. Cependant, l'avenir de cette prohibition demeure incertain en raison notamment de sa contradiction avec le droit au mariage tel que garanti par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans un arrêt B et L c/ Royaume-Uni (Cour EDH, 13 septembre 2005), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le Royaume-Uni avait, en refusant de célébrer l'union entre un beau-père et sa bru, porté atteinte de manière excessive, à la liberté de se marier des intéressés telle que consacrée par l'article 12 CEDH ; Sur cet arrêt, voir notamment *Dr. Fam.*, Novembre 2005, comm. 234 note M. LAMARCHE et A. GOUTTENOIRE, *D.* 2006, p. 1416, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.

Voir également Cassation, Civ. 1, 4 décembre 2013, n°12-26066, dans lequel la Cour de cassation casse au visa de l'article 8 CEDH, l'arrêt d'appel qui a prononcé la nullité d'un mariage entre un ex-beau-père et son ex-belle-fille au motif que cette annulation revêt, à l'égard de l'épouse, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, a duré plus de vingt ans. Sur cet arrêt, voir notamment, *JCP G* 2014, 93 note M. LAMARCHE, *Dr. Fam.* 2014 comm. 1, J.-R. BINET. Les mêmes empêchements se retrouvent dans le cadre du PACS, voir article 515-2 du Code civil.

⁵⁹ F. ROTHENBACHER, *Social Change in Europe and its Impact on Family Structures*, in : J. EEKELAAR, T. NHLAPO (éd.), *The Changing Family Forms & Family Law*, Oxford 1998, p. 3 ; G. WILLEMS, *Évolution contemporaine du droit de la famille en Europe*, in J. BESSON, et al., *Mes papas ! Mes mamans ! Et moi ? : La place de l'enfant dans les nouvelles parentalités*, 2007, p. 71 ; J. POUSSON-PETIT, *Troisième millénaire : évolution ou révolution du droit des personnes et de la famille dans les pays européens ? Revue Trimestrielle de droit familial*, 2006, p. 741.

⁶⁰ Le taux des naissances hors mariage constitue un très bon indicateur du nombre croissant de couples vivant ensemble sans pour autant être marié. Sur ce point, d'après les données statistiques de l'INSEE consultables depuis le lien suivant : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381394> (dernière consultation le 13 mai 2019).

⁶¹ T. GROUPI/H. DAÏMALLAH, *La nouvelle famille*, *Annuaire international de justice constitutionnelle 2007-2008, Constitution et liberté d'expression - Famille et droits fondamentaux*. pp. 549-565.

48. Les mutations du droit de la famille ne sont pas une caractéristique française mais s'observent également dans un grand nombre d'États européens. Chaque État est libre et souverain dans l'édition des règles et principes régissant les relations familiales sur leur territoire et en la matière, les divergences et spécificités sont particulièrement fortes. Si tous les États connaissent des évolutions en matière de droit de la famille, force est de constater que ces évolutions ne sont pas les mêmes partout et qu'elles mettent en évidence certaines scissions⁶² notamment entre les États qui admettent le mariage entre personne de même sexe⁶³ et ceux qui ne l'admettent pas ou le prohibent ou encore entre les États admettant la gestation pour autrui et les États qui la prohibent.

49. S'agissant de la gestation pour autrui, une grande majorité d'ordres juridiques demeure attachée à une approche biologique de la filiation. En matière de gestation pour autrui, le caractère biologique du lien unissant un parent à son enfant et l'accouchement, dominant largement le système de parenté et constituent le critère déterminant quant à la reconnaissance de celui-ci par l'ordre juridique du for⁶⁴.

62 H. FULCHIRON, Existe-t-il un droit à la libre circulation du statut personnel à travers les frontières ? in H. FULCHIRON, *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris 2019, p. 3.

63 La position des États européens sur la question de la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger est divisée.

64 La force de l'ancrage biologique dans l'établissement de la filiation a été déterminant aussi bien pour la Cour européenne des droits de l'homme que pour les juridictions nationales. La Cour européenne des droits de l'Homme a montré, à de nombreuses reprises, son attachement à la vérité biologique. A cet égard, dans un arrêt en date du 8 novembre 2012, à propos du refus, par les juridictions françaises, de faire droit à une action en recherche de paternité, la Cour européenne des droits de l'homme avait eu, selon ses propres mots, « des difficultés à admettre que les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique » : CEDH, 5^e sect., 8 nov. 2012, Pascaud c/ France, n° 19535/08. De même, dans un arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, la Cour européenne des droits de l'homme avait jugé, en l'absence de lien génétique entre un enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui et ses parents d'intention, que les époux avaient été à l'origine d'une situation illégale à laquelle il convenait de mettre un terme. Il en résulte que, du point de vue de la Cour, les autorités italiennes « ont ménagé un juste équilibre entre les différents en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient » : CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, JurisData n° 2015-000832 ; JCP G 2015, act. 994, obs. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2015, obs. (très critiques) J. MARGUENAUD, B. WALTER ; *Dr. famille* 2015, étude 11. Dans cette espèce, deux époux italiens qui, après vainement tenté de concevoir un enfant, avaient pris contact avec une clinique située en Russie aux fins de recourir aux services d'une mère porteuse. L'épouse avait alors soutenu s'être rendue personnellement dans la clinique russe afin d'y déposer le liquide séminal de son époux.

Une convention de gestation pour autrui avait été conclue par l'intermédiaire d'une société russe. La clinique russe avait attesté que le liquide séminal de l'époux avait été utilisé et que deux embryons avaient été implantés dans l'utérus de la mère porteuse. Après la naissance de l'enfant, ce dernier a été enregistré comme le fils des époux italiens. La naissance fut déclarée au Consulat d'Italie à Moscou. Après leur retour en Italie, l'époux sollicita auprès des autorités la transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil italien.

Ces dernières, informées par le Consulat d'Italie que le certificat de naissance contenait de fausses mentions, ont refusé de procéder à l'enregistrement de celui-ci. Une enquête pénale pour altération d'état civil, usage de faux et violation des règles de l'adoption internationale fut alors ouverte à l'encontre des parents.

Une expertise biologique, réalisée à la demande des juridictions italiennes, révéla que le conjoint n'était pas le père biologique de l'enfant. Les juridictions italiennes ont alors ordonné le placement de l'enfant dans une famille

50. Parallèlement aux mutations qui touchent le droit de la famille tant en France qu'en Europe, la mobilité le désenclavement des frontières et l'aisance avec laquelle les personnes voyagent par-delà les frontières ont largement favorisé leur mobilité internationale. Cette mobilité est également fortement accrue au sein de l'Union européenne avec la construction, par les autorités européennes, et la promotion d'un espace de liberté et de justice au sein duquel la circulation des personnes et avec elles leur statut est grandement favorisée⁶⁵.

51. Un nombre toujours plus croissant de personnes circulent, traversent les frontières et vont s'établir dans un État qui n'est pas leur État d'origine. Prenons le cas, par exemple, d'un couple avec des enfants dont les mutations professionnelles de l'un des époux conduiraient toute la famille à le suivre en Allemagne, puis en Pologne, puis en Suisse et enfin en Bulgarie. L'époux s'établirait ainsi dans chacun de ces pays avec femme et enfants.

52. Cette mobilité accrue n'est pas sans soulever d'importantes difficultés dont la première concerne la circulation des personnes et de leur statuts personnels⁶⁶. La circulation des personnes implique, en premier lieu, de répondre à la question de savoir si leur statut pourra également circuler, c'est-à-dire être reconnu au sein d'ordres juridiques étrangers et y produire des effets.

53. Le franchissement d'une frontière est susceptible de causer une contrariété dans le statut personnel des individus. Ainsi, un père, une mère ou un époux ou encore un enfant peu jouir de cette qualité dans un État donné mais la perdre s'il venait à franchir une frontière et à s'établir au sein d'un ordre juridique plus prohibitif que celui où la relation litigieuse est née.

d'accueil en vue de son adoption. Le refus de transcription du certificat de naissance tout comme le placement de l'enfant ont été confirmés en appel. L'enfant fut coupé de ses parents et une nouvelle identité lui fut attribuée.

⁶⁵ A l'origine, la construction d'un espace européen commun poursuivait un objectif purement économique et ne concernait pas le droit de la famille et des personnes. Dans le cadre du Traité de Rome, lequel a institué la Communauté européenne, seules les relations économiques étaient visées. Alors que le droit des personnes et de la famille relevait de la compétence exclusive des États membres, l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam dont l'article 65 du Traité instituant la Communauté européenne, « *Aux termes de l'article 65 du Traité instituant la Communauté européenne, « Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière (...) visent entre autres à (...) la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale y compris les décisions extrajudiciaires et à favoriser la comptabilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence (...) »* puis du Traité de Lisbonne ont redéfini les contours de la coopération européenne en attribuant notamment aux autorités européennes une compétence d'action en matière familiale.

⁶⁶ Sur cette question, voir l'ouvrage les contributions publiées dans H. FULCHIRON, *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris 2019.

54. Il apparait, en effet, difficilement justifiable que le statut personnel des individus soit fragilisé s'ils venaient à changer de pays. Dès lors qu'un individu acquiert un droit au sein d'un ordre juridique, il devrait pouvoir le conserver sans que la question de son existence ne soit remise en cause par un autre ordre juridique que celui d'origine. Ainsi, un mariage célébré devant l'officier de l'état civil d'un État A ou encore une adoption prononcée par les autorités d'un État B devraient pouvoir être reconnus et produire tous leurs effets dans un État C.

55. Au nom du principe de sécurité juridique, objectif essentiel du droit international privé⁶⁷, les individus doivent pouvoir compter sur la stabilité de leur situation juridique et sur le respect des droits qu'ils ont régulièrement acquis. En se fondant sur leur situation, les individus vont légitimement former des prévisions. Ainsi, deux personnes qui adoptent un enfant penseront légitimement être les parents de ce dernier. De même qu'une fois leur mariage célébré, les époux penseront légitimement avoir cette qualité et penseront également pouvoir jouir des effets attachés à cette qualité.

56. Pour traiter de matières intimement liées au statut personnel, comme les obligations alimentaires, les promoteurs du système conventionnel de La Haye tout comme les autorités européennes ont fait le choix, pour des raisons purement politiques et afin de favoriser une large adhésion des Etats, d'opérer une dissociation entre le statut personnel d'une part et ses conséquences d'autre part. Si cette position peut certes soulever certaines critiques dès lors que la difficulté du statut personnel est traitée au moyen d'une abstention, elle apparait néanmoins opportune dès lors que la matière du statut personnel est empreinte d'une dimension culturelle étatique importante.

57. C'est la raison pour laquelle les questions conflictuelles en matière alimentaire n'étaient « *solubles par une convention internationale* » qu'à la condition d'être détachées des questions concernant les conflits de lois en matière de liens de famille⁶⁸. Désireux de limiter le risque de voir le système conventionnel échouer, les promoteurs des Conventions de La Haye ont donc fait le choix de dissocier les obligations alimentaires des questions de statut personnel sur lesquelles elles sont pourtant fondées⁶⁹. Cette dissociation a donc conduit à l'élaboration de

⁶⁷ P. MAYER/ V. HEUZE, Droit international privé, 12^e ed., Paris 2019, p. 36, n°34.

⁶⁸ E. MEZGER, Les Conventions de La Haye sur la loi applicable et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, Tr. Com. fr. DIP 1958-1959, p. 124.

⁶⁹ Y. LEQUETTE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, R.C.A.D.I. 1994, t. II, p. 101, § 96.

règles de conflit spéciales lesquelles sont indéniablement appelées à coexister avec des règles de conflit, de source nationale, destinées à traiter les questions de statut personnel. Le principal écueil soulevé par le dépeçage des catégories de rattachement de droit international privé est l'articulation entre les règles de conflit traitant des questions relatives au statut personnel et les règles de conflit spéciales traitant des questions alimentaires. En effet, le défendeur, à qui l'on réclame des aliments, pourrait contester, afin d'échapper à une condamnation, l'existence même du lien de famille l'unissant au débiteur contraignant ainsi la juridiction saisie à se prononcer, au préalable, sur cette question.

58. Ainsi que l'écrivait H. BATIFFOL, il est difficilement envisageable de « *condamner un homme à verser une pension à sa femme, tout en affirmant ne pas prendre parti sur le point de savoir si elle est sa femme ou non* »⁷⁰. Toute la question qui se pose ici est de savoir sur quel corps de règles le juge saisi devra se fonder pour apprécier la question liée au statut personnel.

59. Les obligations reposent avant tout sur une relation de famille (Partie I) lesquelles peuvent être amenées, en raison d'une mobilité internationale accrue à circuler au sein de la communauté des États européennes emportant avec elle leurs effets y compris alimentaires (Partie II).

⁷⁰ H. BATIFFOL, La douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Rev. crit. DIP* 1973, p. 243 et spéc. p. 266.

PREMIERE PARTIE

LES INSTITUTIONS FAMILIALES, AU FONDEMENT DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

60. Il est difficile d'étudier la question des obligations, en droit interne, comparé ou encore en droit international privé, sans traiter la question des relations de famille qui sont au fondement de ces obligations lesquelles sont intimement liées aux relations de famille.

61. Les dernières décennies ont été marquées par de fortes évolutions touchant au droit de la famille. Si ces évolutions ont peu touché les obligations alimentaires dans leur teneur, elles ont, en revanche, bouleversé leurs fondements tant en France (Titre I) qu'au sein d'ordres juridique étrangers (Titre II)

TITRE 1

LES FONDEMENTS DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE EN DROIT INTERNE

62. Pour rappel, les aliments sont entendus comme « *les choses nécessaires à la vie, qu'en vertu d'un devoir de solidarité familiale, celui qui le peut doit le fournir à son parent ou allié dans le besoin en général sous forme de pension compte tenu des besoins du débiteur et des ressources du créancier* »⁷¹.

63. Les évolutions du droit de la famille en Europe ont mis en exergue une dichotomie entre d'une part les fondements classiques des obligations alimentaires (Chapitre I), c'est-à-dire ceux admis et reconnus, et des fondements plus contemporains (Chapitre II).

⁷¹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF 14e édition, 2022.

CHAPITRE 1 : LES FONDEMENTS TRADITIONNELS DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

64. Même si le terme laisse transparaître une certaine opposition, les fondements traditionnels de l'obligation alimentaire étaient constitués par le mariage, appréhendé comme l'union entre un homme et une femme (Section 1) et par le lien de filiation indépendant de son caractère légitime, adoptif ou naturel (Section 2).

Section 1. Les liens de famille reposant sur un lien d'alliance

§1. Les liens d'alliance : le mariage

65. A l'origine, le mariage était appréhendé comme l'union entre un homme et une femme (A). L'union matrimoniale met à la charge des époux d'importantes obligations morales qui se traduisent sur le plan patrimonial (B).

A. Le mariage appréhendé comme l'union entre un homme et une femme

66. Pendant de très nombreuses années, le mariage a dominé le modèle de la famille.

67. Rompant définitivement avec les fondements religieux sur lesquels reposait l'institution matrimoniale, la Constitution de 1791 disposait, en son article 7, que « *la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* » et que « *Le Pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes* ». Le sacrement n'est plus : l'acte religieux n'a plus aucun effet civil et l'acte civil n'a aucune valeur religieuse⁷².

⁷² Sur la sécularisation du mariage, voir Y. BRULEY, Mariage et famille sous Napoléon : Le droit entre religion et laïcité, *Napoleonica. La Revue* 2012, n°14, p. 111-126. Voir également, J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, les moeurs et le droit*, Paris, Editions du Cerf, 1987, p. 375 et s.

68. A l'origine donc, le mariage était, appréhendé comme l'union entre deux personnes, de sexe différent, dont le but était de perpétuer l'espèce humaine⁷³. Cette définition avait inspirée celle adoptée par le premier projet de Code civil de CAMBACERES selon lequel le mariage est « *une convention par laquelle l'homme et la femme s'engagent, sous l'autorité de la loi, à vivre ensemble, à nourrir et à élever les enfants qui peuvent naître de leur union* »⁷⁴. Il existait ainsi un lien particulièrement fort, voire indestructible, entre le mariage et la famille : le mariage donnait indiscutablement naissance à la famille.

Pour autant, aucune définition du mariage n'avait été insérée dans le Code civil lors de sa rédaction. Une telle absence témoignait déjà de la difficulté conceptuelle à laquelle pouvaient être confrontés les rédacteurs du Code civil lorsqu'il s'agissait de définir des institutions pourtant connues de tous.

69. A cet égard, dans son ouvrage, *Le démariage*⁷⁵, Irène THERY rapporte une anecdote révélatrice des difficultés rencontrées, avant même l'entrée en vigueur du Code civil, dans la recherche d'une définition de l'institution matrimoniale.

En avril 1792, l'Assemblée législative s'était attelée à la lourde tâche de définir le mariage civil, institution nouvellement créée. De nombreux députés étaient intervenus et avaient proposé des définitions mais tous échouèrent à s'accorder en raison notamment des divergences liées au caractère dissoluble ou non de l'union. C'est dans ce contexte que le député LEQUINIO avait alors proposé une définition minimaliste, certes, mais qui avait l'avantage d'être assez intelligible. Selon sa définition, « *le mariage est un contrat civil qui unit pour vivre ensemble deux personnes de sexe différent* ». Devant une telle évidence, l'Assemblée législative décida d'abandonner toute tentative de définir l'union⁷⁶.

70. Le Code civil de 1804 a ainsi fondé la société issue de la Révolution sur deux piliers : la famille, d'une part, et la propriété, d'autre part. Il a ainsi accordé une protection à la seule

⁷³ P.-A. FENET, *op. cit.*, Tome IX, Discussion au Conseil d'État, 6 octobre 1801, Portalis, p. 255.

⁷⁴ P.-A. FENET, *op. cit.*, Tome I, premier projet de Code civil de Cambacérès, p. 18.

⁷⁵ I. THERY, *Le démariage*, Justice et vie privée, Paris, Odile Jacob 1993, p. 47 ; voir également du même auteur, *Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? Dr. fam.*, n°7-8, Juillet 2013, dossier 17.

⁷⁶ Au XIXe siècle, la question de l'ouverture du mariage aux couples composés de deux personnes de même sexe ne se posait nullement, l'hétérosexualité allait de soi. Par ailleurs, selon une maxime attribuée au Jurisconsulte romain JAVOLENUS au Ier siècle après Jésus-Christ, « *Omnis definitio in iure civili periculosa est : rarum est enim, ut non subverti possit* » (Traduction : Toute définition est périlleuse en droit civil car rare sont les définitions qui ne peuvent être subverties). Sur la question des définitions en droit privé, voir notamment, L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole 2017, spec. p. 46 et s.

famille légitime, fondement du nouvel ordre institutionnel de la France⁷⁷. Le mariage était alors une institution d'ordre public, « *un engagement inviolable, stipulé au profit de l'État, au profit de la société général du genre humain* »⁷⁸.

71. Dans le mariage, J. MALEVILLE, écrivait, en 1801, « *ce n'est pas seulement avec un individu qu'on s'engage ; c'est avec la république que l'on contracte principalement ; c'est pour l'intérêt des enfants qui sont l'objet final de cette union, que l'on prend l'engagement solennel d'une fidélité éternelle et il contre la nature des choses qu'on puisse violer cette promesse pour son seul intérêt* »⁷⁹.

72. Le Code civil de 1804 a ainsi repris l'idée d'un mariage civil, a maintenu le divorce en le soumettant néanmoins à de nombreuses restrictions⁸⁰. Le modèle matrimonial issu du Code civil s'est ensuite propagé dans un grand nombre d'États européens⁸¹.

73. A cette époque, il n'était pas question d'envisager d'ouvrir l'institution aux couples de personnes de même sexe, l'homosexualité étant par ailleurs pénalement réprimée. Ainsi, au sein de la communauté européenne, le modèle matrimonial reposait sur des fondements communs à savoir la différence de sexe et l'engagement et, constituait le seul acte légitime créateur d'une famille.

⁷⁷ La famille consitute alors, selon une expression de Portalis, « *le socle de l'État* », P.-A. FENET, *op. cit.*, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, Portalis, p. 487.

⁷⁸ P.-A. FENET, *op. cit.*, Tome IX, Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage, Corps législatif, 7 mars 1801, Portalis, p. 156.

⁷⁹ J. MALEVILLE, Du divorce et de la séparation de corps, Paris, 1801, p. 20.

⁸⁰ Instauré par la loi du 20 septembre 1792, la possibilité de divorcer librement était le corollaire du caractère relativement libéral du mariage. Le mariage étant un contrat, il pouvait dès lors être rompu librement. A cet égard, selon la loi précitée « *La faculté de divorcer résulte de la liberté individuelle, dont un engagement indissoluble serait la perte* », A. WEILL et F. TERRE, Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités, Paris, 1983, 5^e édition, p. 316. Le Code civil de 1804 avait admis le divorce par consentement mutuel mais l'avait enfermé dans des conditions tellement strictes qu'il était, finalement, rarement utilisé. Sur ces conditions, J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, les moeurs et le droit*, Paris, Editions du Cerf, 1987, p. 401.

⁸¹ Sur l'influence du Code civil de 1804 en Europe voir, R. WALORMONT, Les influences belge et française sur le Code civil néerlandais de 1838, *Revue historique de droit français et étranger* 1955, Vol. 32, p. 412-437 ; M. GRIMALDI, L'exportation du Code civil, *Le Seuil Pouvoirs* 2003, n°107, p.80-96. Ainsi, selon l'article 14 de la Constitution Belge du 7 février 1831, « *le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, sauf les exceptions à établir par la loi, s'il y a lieu* ». Le mariage civil a également été adopté par le Code civil néerlandais de 1838, par certains cantons suisses avant d'être imposé à l'ensemble de la Confédération par le Code civil de 1907. Il s'est également importé en Allemagne. En Hongrie, le mariage civil a été introduit par la loi de 1894 (I. ZAJTAY, Le droit du mariage dans le nouveau Code hongrois de la famille, *RIDC* 1954, Vol. 6, p. 491-503), en Tchécoslovaquie, le mariage civil a été introduit par une loi de 1919, bien que ce dernier demeurât optionnel, Z. SZIRMAI, Le droit du mariage dans les Codes de la famille tchécoslovaque et polonais, *RIDC* 1952, Vol. 4, p. 281-293), en Autriche, c'est une loi de 1938 qui a instauré le mariage civil (K. WOLFP, Le mariage dans le droit autrichien actuel, *RIDC* 1949, Vol. 4, p. 431-436. En revanche, dans les pays du Nord et, notamment dans les îles britanniques, l'évolution s'est faite différemment. Sur ce point, voir A. DITGEN *op. cit.*

74. Le mariage était l'acte créateur d'une famille d'une part, parce que, les enfants qui en naissaient étaient nécessairement rattachés à leur père et mère et, d'autre part, à l'inverse de toute autre communauté de vie, le mariage créait un lien d'alliance entre deux familles⁸². A l'époque de l'entrée en vigueur du Code civil, une famille ne pouvait valablement se construire en dehors du cadre de l'institution matrimoniale. En dehors du droit et du mariage, il ne pouvait y avoir ni de pères, ni de mères, ni de familles.

75. Certes, la procréation hors mariage n'était pas prohibée⁸³ mais les « *filles-mères* » ainsi que leurs enfants étaient socialement et juridiquement réprouvés, incarnant le scandale de la sexualité et de la procréation hors mariage⁸⁴. Napoléon Bonaparte, lui-même, avait affirmé que « *la société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus* »⁸⁵. Regardées « *comme le fléau de la société* »⁸⁶, les actions en recherche de paternité ont été interdites pendant plus d'un siècle⁸⁷, empêchant ainsi ces femmes « *séduites puis délaissées* » d'exercer tout « *recours*

⁸² Les empêchements à mariage fondés sur un lien d'alliance sont justifiés par une certaine moralité et par la volonté de ne pas perturber les constructions familiales. Selon l'article 161 du Code civil, le lien d'alliance constitue un empêchement à mariage. Sont ainsi prohibées les unions entre tous les alliés dans la même ligne. Sont ainsi prohibées les unions entre le beau-père et sa bru, entre la belle-mère et son gendre et entre le beau-père ou la belle-mère et l'enfant né du premier lit. Cependant, l'avenir de cette prohibition demeure incertain en raison notamment de sa contradiction avec le droit au mariage tel que garanti par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans un arrêt B et L c/ Royaume-Uni (Cour EDH, 13 septembre 2005), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le Royaume-Uni avait, en refusant de célébrer l'union entre un beau-père et sa bru, porté atteinte de manière excessive, à la liberté de se marier des intéressés telle que consacrée par l'article 12 CEDH ; Sur cet arrêt, voir notamment *Dr. Fam.*, Novembre 2005, comm. 234 note M. LAMARCHE et A. GOUTTENOIRE, *D.* 2006, p. 1416, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.

Voir également Cassation, Civ. 1, 4 décembre 2013, n°12-26.066, dans lequel la Cour de cassation casse au visa de l'article 8 CEDH, l'arrêt d'appel qui a prononcé la nullité d'un mariage entre un ex-beau-père et son ex-belle-fille au motif que cette annulation revêt, à l'égard de l'épouse, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, a duré plus de vingt ans. Sur cet arrêt, voir notamment, *JCP G* 2014, 93 note M. LAMARCHE, *Dr. Fam.* 2014 comm. 1, J.-R. BINET. Les mêmes empêchements se retrouvent dans le cadre du PACS, voir article 515-2 du Code civil.

⁸³ La consultation de l'Annuaire statistique de la Ville de Paris montre bien que la part des enfants nés hors mariage était relativement importante. Ainsi, en 1880, la ville de Paris a enregistré 42 105 naissances d'enfants légitimes, 2 733 naissances d'enfants naturels reconnus et 12 237 naissances d'enfants naturels non reconnus. Ces données sont consultables dans l'Annuaire statistique de la Ville de Paris, année 1880, p. 111 et s. Cependant, la réprobation sociale était telle qu'elle s'apparentait à une prohibition et pouvait parfois même conduire à de dramatiques conséquences. Dans l'œuvre de J.-P. SARTRE, *Huis clos*, Estelle Rigault, riche mondaine, troisième protagoniste à se retrouver dans la chambre infernale, finit par avouer avoir eu un enfant avec son amant puis d'avoir tué son bébé sous les yeux de son amant (lequel se suicida d'une balle dans la tête, anéanti par la douleur). Cette femme-infanticide avait justifié son geste par la crainte d'un scandale et d'un potentiel divorce. Sur les abandons et les infanticides, voir J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 367.

⁸⁴ A. RIVIERE, *Mères sans mari. Filles-mères et abandon d'enfants (Paris, 1870-1920)*, Genre et Histoire, disponible sous <http://journals.openedition.org/genrehistoire/2292>, dernière consultation le 18 avril 2019.

⁸⁵ P.-A. FENET, *op. cit.*, Tome X, p. 77, discussion sur la section II du Chapitre III intitulée De la Reconnaissance des enfants nés hors mariage.

⁸⁶ Selon une expression du Conseiller d'État BIGOT-PREAMENEU, Exposé des motifs du Titre VII, Livre Ier du Code civil, de la paternité et de la filiation, in P.-A. FENET, *op. cit.*, Tome Ier, Motifs et discours, p. 178.

⁸⁷ Jusqu'à l'entrée en vigueur, le 23 janvier 1913, de la loi du 16 novembre 1912 modifiant l'article 340 du Code civil et autorisant les actions en recherche de paternité.

contre leur séducteur »⁸⁸. Les dispositions légales relatives aux enfants et à la famille ont, elles, été insérées dans un chapitre relatif aux devoirs et respectifs des époux⁸⁹.

76. Dans sa conception traditionnelle, le mariage est ainsi intimement lié à la famille et offre, une assise particulièrement stable sur lequel la famille, et tout particulièrement les enfants, pourront se reposer en toute quiétude. Il présente également l'avantage de donner un statut juridique et personnel total, qui ne se retrouve pas dans les autres modes de conjugalité, et qui confère, dès lors, une sécurité certaine tant aux enfants, qu'aux époux, qu'à certains alliés⁹⁰. La filiation a été le cœur battant⁹¹ de l'institution matrimoniale.

77. En France, seul le couple marié et les enfants légitimes constituaient une famille et pouvaient dès lors bénéficier de la protection de l'État. Garante de l'ordre moral, « *pépinière de l'État* »⁹², la famille légitime était la seule famille reconnue et protégée par la loi. A la question de la reconnaissance des différentes formes de communautés de vie, le Code civil avait répondu par l'ignorance. Sous l'influence de l'Église et des principes égalitaires de la Révolution, le Code civil ne comportait, à son origine, aucune disposition relative au concubinage alors même que cette forme de conjugalité n'était pas inconnue. La seule union reconnue par le Code civil et, partant, par l'ensemble de la société française, était le mariage civil. Si le concubinage n'était juridiquement pas sanctionné, il constituait une violation de la moralité et un trouble à l'ordre social dont les familles légitimes étaient les gardiennes.

⁸⁸ A. RIVIERE, *op. cit.*

⁸⁹ Conformément à l'article 213 du Code civil, « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ». L'article 220 du même Code organise, quant à lui, la solidarité des époux pour toutes les dettes contractées par ces derniers pour l'éducation des enfants et l'entretien du ménage.

⁹⁰ Par exemple, le mariage fait naître une obligation alimentaire entre chacun des époux et les ascendants au premier degré de l'autre. Ainsi, selon l'article 206 du Code civil, « Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés ». L'article 207 prévoit la réciprocité de cette obligation. De même, les époux sont tenus à un certain nombre de devoirs au rang desquels figurent le devoir d'assistance, de secours et de fidélité. En matière successorale, le conjoint survivant bénéficie également de nombreux avantages tels que l'attribution préférentielle ou encore une réserve en l'absence de descendants ou d'ascendants du défunt. La rupture des époux est également organisée par le droit qui prévoit un certain nombre de mécanismes afin de protéger l'ex-époux le plus économiquement fragilisé par la rupture (ex : attribution d'une prestation compensatoire).

⁹¹ Selon J. CARBONNIER, la présomption de paternité constituait le « *cœur du mariage* ».

⁹² P.-A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome I, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, Portalis, p. 498.

B. La solidarité matrimoniale

78. Le mariage fonde une communauté de vie et instaure, entre les époux, une solidarité matérielle caractérisée, le temps de l'union, par une contribution aux charges du mariage (1)⁹³ et, en temps de crise, par un devoir de secours (2)⁹⁴.

1. La contribution aux charges du mariage

79. La Cour de cassation a jugé que « *la contribution aux charges du mariage, distincte par son fondement et par son but de l'obligation alimentaire, comprend non seulement les dépenses indispensables de logement, nourriture, vêtements et transports, mais également les frais d'entretien et d'éducation des enfants communs*⁹⁵ ». Toutefois, la Cour de cassation a également pu juger que « *si la contribution aux charges du mariage est distincte, par son fondement et par son but, de l'obligation alimentaire, elle n'en doit pas moins être regardée comme une dette d'aliments (...)*⁹⁶ ». Enfin, marquant le caractère d'ordre public de la contribution aux charges du mariage, la Haute juridiction a jugé que « *chaque époux est tenu de contribuer aux charges du mariage selon ses facultés même si son conjoint n'est pas dans le besoin* »⁹⁷.

80. La contribution aux charges du mariage repose sur l'idée qu'il existe entre les époux une communauté de vie, une famille qu'il convient d'entretenir. Il s'agit par exemple, pour les époux, de prendre en charge non seulement leurs besoins respectifs mais également ceux de leurs enfants.

2. Le devoir de secours

81. Expression directe de la solidarité existant entre les époux, le devoir de secours peut se définir comme une obligation alimentaire susceptible de s'exécuter chaque fois que l'un des époux se trouve dans le besoin. Marqué par un fort caractère alimentaire, il est conditionné par

⁹³ Conformément aux dispositions de l'article, « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile ».

⁹⁴ Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 212 du Code civil, « *les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* ».

⁹⁵ Cass. Civ. 1, 6 avril 1994, pourvoi n°93-12.976, inédit.

⁹⁶ Cass., Civ. 1, 31 mai 1988, n°86-14019; Cass. Civ. 1, 16 juillet 1986, Bull. Civ. 1986 I, n°208.

⁹⁷ Cass. 1re civ., 24 oct. 1977: Bull. civ. 1977, I, n° 383.

l'état de besoin dans lequel se trouve l'un des époux et, permettra à celui-ci de s'assurer d'un minimum vital.

3. La distinction entre la contribution aux charges du mariage et le devoir de secours

82. Le devoir de secours est l'expression de la solidarité matérielle existant entre les époux et diffère de la contribution aux charges du mariage. Le devoir de secours a vocation à intervenir lorsque l'un des époux se retrouve dans une situation financière précaire. C'est un devoir mis à la charge des époux de manière réciproque mais qui sera mis en œuvre de manière alternative en fonction de l'état de besoin de l'un des époux.

En revanche, la contribution aux charges du mariage est une obligation dont les époux sont mutuellement les débiteurs. Totalement indépendante de l'état de besoin dans lequel pourrait se trouver l'un des époux, la contribution aux charges du mariage a donc un domaine d'application plus large que celui du devoir de secours⁹⁸.

83. En pratique, la contribution aux charges du mariage et le devoir de secours s'exécutent à des moments différents dans la vie des époux. Au cours du mariage, le devoir de secours n'a pas vocation à être mis en œuvre puisque chacun des deux époux contribue, en principe, aux charges du mariage. Cette obligation pèse sur les deux époux et ne constitue pas une obligation de l'un des époux à l'égard de l'autre : chacun des deux époux est tenu de participer aux charges générées par l'entretien du foyer familial. Si l'un d'eux ne satisfait pas à cette obligation, l'autre époux conserve la faculté, aux termes de l'article 214 alinéa 2 du Code civil, de saisir le juge afin de contraindre l'époux défaillant à s'exécuter. Lorsque survient une crise et que la communauté entre les époux est interrompue ou suspendue (au cours de l'instance en divorce par exemple), le devoir de secours se substitue alors à la contribution aux charges du mariage⁹⁹.

C. La solidarité au stade de la désunion du couple

⁹⁸ Ainsi, dans un arrêt en date du 24 octobre 1977, Bull. civ. 1977, I, n° 383, la Première chambre civile a pu juger que « chaque époux est tenu de contribuer aux charges du mariage selon ses facultés même si son conjoint n'est pas dans le besoin ».

⁹⁹ Aux termes de l'article 255, 6° du Code civil, « le juge peut notamment (...) Fixer la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance que l'un des époux devra verser à son conjoint, désigner celui ou ceux des époux qui devront assurer le règlement provisoire de tout ou partie des dettes ».

83. La solidarité matrimoniale persiste en période de crise (1) et peut également survivre après le prononcé du divorce (2).

1. La solidarité au cours de la procédure de divorce

85. Définies aux articles 254 à 256 du Code civil, les mesures provisoires sont, conformément aux dispositions de l'article 254, celles qui sont nécessaires afin d'assurer l'existence des époux et des enfants « *jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée* ». En effet, la procédure de divorce peut durer de nombreux mois voire de nombreuses années et, durant cette période il est nécessaire d'organiser la vie d'époux qui, malgré leur volonté de vivre séparément demeurent néanmoins soumis aux obligations nées du mariage.

Au rang de ces mesures provisoires, figure notamment la pension alimentaire que l'un des époux devra verser à son conjoint¹⁰⁰. Fondée sur le devoir de secours, cette pension alimentaire subsistera donc tant que le mariage ne sera pas dissout et permettra à l'époux qui en bénéficie de maintenir un niveau de vie comparable à celui qui existait avant que la procédure de divorce ne soit engagée.

2. La dissolution du lien matrimonial

86. En principe, le divorce met fin à la solidarité matrimoniale. Chacun des époux retrouve son indépendance matérielle et il leur incombe, dès lors, de subvenir seul à leurs propres besoins. Cette rupture patrimoniale entre les ex-conjoints repose sur le principe du *clean-break* née sous la plume du législateur anglais¹⁰¹. Cette doctrine vise à régler définitivement les prétentions financières respectives des époux au moment du divorce et permet ainsi de rompre de manière nette toute relation patrimoniale, et partant toute dépendance économique, entre eux¹⁰². Elle permet également de prévenir l'émergence de tout conflit financier ultérieur. La collaboration des époux à la satisfaction de leurs besoins prend donc fin au moment du divorce, ces derniers se trouvant affranchis de tous devoirs et engagements réciproques. En rompant définitivement

¹⁰⁰ Conformément aux dispositions de l'article 255 6° du Code civil.

¹⁰¹ Matrimonial Cause Act 1984.

¹⁰² Ainsi, selon Lord SCARMAN, « An object of the modern law is to encourage [the parties] to put the past behind them and to begin a new life which is not overshadowed by the relationship which has broken down », *Minton v. Minton*, [1979] AC 593, 608.

les relations patrimoniales entre les époux, le *clean-break* permettrait également à ces derniers de repartir dans la vie, libérés de toutes obligations alimentaires¹⁰³.

a) La prestation compensatoire

87. Définie à l'article 270 du Code civil, la prestation compensatoire est destinée à compenser « *autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives* » des époux. Inspirée par le système allemand de l'*Ausgleichsleitung* et, introduite dans le paysage juridique français par la loi du 11 juillet 1975, elle a succédé à la pension alimentaire de l'ancien article 301 alinéa 1^{er} du Code civil selon lequel l'époux à qui l'on ne pouvait imputer la responsabilité de la rupture du mariage pouvait prétendre au versement d'une pension alimentaire s'il se trouvait dans le besoin.

88. En dépit du caractère alimentaire de la pension de l'ancien article 301 alinéa 1^{er} du Code civil, l'octroi de cette dernière restait conditionné par l'innocence de l'époux demandeur. En ce sens, elle revêtait un caractère indemnitaire dès lors qu'elle était destinée à réparer le préjudice résultant de la perte du droit de secours et d'assistance auquel l'époux pouvait prétendre pendant la durée du mariage. A cet effet, la jurisprudence exigeait donc que soit démontré le lien entre la faute commise par l'époux et la dissolution du mariage. Un tel caractère indemnitaire présentait l'inconvénient majeur d'alimenter un conflit ardu entre les époux, chacun d'eux tentant de démontrer que la dissolution du lien matrimonial était le fait du comportement fautif de l'autre.

89. La pension alimentaire était qualifiée comme telle par l'ancien article 301 du Code civil donnant ainsi à cette institution une nature ambiguë et incertaine. Le caractère indemnitaire ou alimentaire de la pension répondait à un régime différent et n'emportait pas les mêmes conséquences pour les ex-époux. Dans le cas d'une pension purement indemnitaire, seule la

¹⁰³ Selon le Professeur D. MARTINY, « In recent years, the idea of a 'clean-break' has gained ground. Its aim is to avoid any further financial relationship between the former spouses to the greatest extent possible and to arrange their financial situation in such a manner as to allow each party to start afresh without being bound by the past », D. MARTINY, *Current Developments in the National Law of Maintenance, A comparative Analysis*, *European Journal of Law Reform* 2012, p. 65-84 et spéc. p. 76. Selon le Professeur M.-T. MEULDERS-KLEIN, « le divorce a pour principale raison d'être de dissoudre les liens morts pour pouvoir en créer de nouveaux », M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale*, RIDC, Vol. 41 N°1, Janvier-mars 1989, pp. 7-58. Le *clean-break*, parce qu'il réglerait, en une seule fois et de manière définitive, les prétentions financières des ex-époux leur permettrait de s'engager dans une nouvelle vie, affranchis de toutes obligations alimentaires.

faute commise par l'un des époux et à l'origine de la rupture du mariage pouvait en justifier l'octroi. Admettre le caractère exclusivement indemnitaire de la pension aurait eu pour effet d'octroyer cette dernière à un époux non-fautif certes mais ne se trouvant pas nécessairement dans un état de besoin. Si seul l'époux innocent pouvait prétendre au versement de la pension, cela ne signifiait pas pour autant que ce dernier soit celui des deux époux se trouvant dans une situation financière précaire. Pour pallier cet inconvénient majeur, l'ancien texte a donc subordonné l'octroi de la pension alimentaire aux conditions caractéristiques des créances alimentaires : la pension alimentaire est conditionnée par l'état de besoin de celui qui la réclame.

90. La Cour de cassation avait admis le caractère hybride de la pension alimentaire dans un arrêt en date du 28 juin 1934¹⁰⁴. Dans son principe, la pension alimentaire était justifiée par le comportement fautif de l'un des époux mais était soumise à un régime alimentaire et ne pouvait être obtenue que si l'autre époux se trouvait dans le besoin. Le montant de la pension était ainsi calculé en tenant compte des ressources du créancier et des besoins du débiteur et pouvait être modifié par le juge en cas de changement dans la situation de l'un des ex-époux parfois même des années après le prononcé du divorce. Un tel changement dans les conditions de vie pouvait, des années après, être difficilement rattaché à la dissolution du lien matrimonial. Bien que caractéristique des obligations alimentaires, cette possibilité a néanmoins contribué à augmenter le nombre de demandes de révision dans un contexte post-divorce parfois douloureux et particulièrement conflictuel. Désireux de s'affranchir de tous ces inconvénients, le législateur a entrepris de refonder la pension alimentaire en la remplaçant par une institution complètement nouvelle. La loi du 11 juillet 1975 a donc mis en place une institution nouvelle de caractère indemnitaire la distinguant pour cela de la pension alimentaire de l'ancien article 310 du Code civil.

91. Soucieux de prévenir tout conflit entre les époux, le législateur a pris le soin de dissocier l'octroi de la prestation de la répartition des torts du divorce. C'est ainsi qu'est née la prestation

¹⁰⁴ S. 1934.1.377, note P. ESMEIN. La Cour de cassation a par la suite entériné cette jurisprudence à de maintes reprises. Dans un arrêt en date du 18 juin 1975, la Cour de cassation avait censuré une Cour d'appel qui avait alloué, sur le fondement de l'article 301 al. 1^{er} du Code civil, une pension alimentaire à un épouse en se fondant uniquement sur l'existence ou non de moyens financiers permettant à cette dernière d'assurer son existence. Selon la Cour, la pension litigieuse ne pouvait être octroyée qu'à la condition de démontrer l'existence d'une faute par l'époux à l'origine de la rupture du mariage (Cass., Civ. 2, 18 juin 1975, pourvoi n°74-12.513). De même, la Cour de cassation a jugé que « *la pension allouée en vertu de l'article 301 alinéa 1 du Code civil, bien que constituant la réparation du préjudice causé au conjoint divorcé par la perte du droit de secours auquel il pouvait prétendre durant le mariage, revêt un caractère alimentaire* », Cass., Crim., 26 juillet 1965, pourvoi n°64-91.901, Voir également, Cass., Civ. 2, 25 février 1970, pourvoi n°68-13.398 et Cass. Civ. 2, 14 novembre 1973, pourvoi n°72-13.709.

compensatoire laquelle est destinée à compenser la disparité de niveau de vie créé par la dissolution du lien matrimonial. En principe, la prestation compensatoire ne vient pas sanctionner l'époux fautif et, en ce sens, qu'elle ne vient pas réparer un dommage. Cependant, ainsi que le prescrivait les dispositions de l'ancien article 280-1 du Code civil, « *l'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé n'a droit à aucune prestation compensatoire* ». Ce principe jouissait toutefois d'une exception en vertu de laquelle l'époux fautif pouvait obtenir, sous certaines conditions, « *une indemnité à titre exceptionnel* ».

92. En la matière, les juges du fond disposaient d'un pouvoir souverain d'appréciation¹⁰⁵. En revanche, une fois obtenue, cette indemnité ne pouvait faire l'objet d'aucune révision dès lors qu'elle était fondée sur l'équité¹⁰⁶. La possibilité pour l'un des époux d'échapper au versement d'une éventuelle prestation compensatoire dans le cas où le divorce était prononcé aux torts exclusifs de l'autre a alimenté un important contentieux et a contribué à faire du divorce, moment déjà douloureux dans l'histoire conjugale, un traumatisme. La prestation compensatoire était également dépourvue de caractère alimentaire dès lors qu'elle ne constituait pas le prolongement du devoir de secours et avait pour objectif majeur de mettre fin aux conflits post-divorce en réglant, en une seule fois, au moment du prononcé du divorce, les conséquences pécuniaires de celui-ci.

93. Afin d'éviter tout contentieux post-divorce, la prestation compensatoire était donc versée en une seule fois, sous forme de capital et était révisable dans des cas tout à fait exceptionnels. Dans une société où peu de femmes travaillaient après leur mariage, la prestation compensatoire était avant tout un mécanisme permettant de combler une inégalité de ressources et de niveaux de vie causée tant par l'absence d'activités financières des femmes pendant leur mariage que par le divorce lui-même. Très souvent, en effet, les épouses sacrifiaient une carrière professionnelle afin de se consacrer non seulement à l'éducation des enfants mais également à l'entretien du foyer. Cette situation les rendait donc financièrement vulnérables et dépendantes de leur époux. Cette dépendance financière pendant le mariage conduisait inéluctablement à une inégalité dans les ressources de chacun des époux au moment de la dissolution du lien matrimonial. La prestation compensatoire permettrait donc à l'un des époux de pouvoir bénéficier, après le divorce, du même train que celui dont il bénéficiait pendant le mariage.

¹⁰⁵ Cass. Civ. 2^e, 20 mars 1989, n°87-11619, JCP N 1989, II, p. 488 ; D. 1989, jurispr. p. 582, note MASSIP.

¹⁰⁶ Cass., Civ. 2^e, 26 avril 1990, n°88-10337, RTD Civ. 1991, p. 305, obs. J. HAUSER.

94. Au cours du mariage, chacun des époux contribue en nature aux charges du mariage. En conséquence, les inégalités de ressources ne sont pas évidentes. Toutefois, dans le cas d'une séparation, ces inégalités apparaissent avec une certaine vigueur et sont difficiles à gérer, spécialement pour l'époux qui se trouve dans une situation financière précaire. Finalement, c'est la répartition des rôles de chacun durant la vie commune, les choix de vie opérés en commun, par exemple, une carrière professionnelle mise de côté afin de se consacrer à l'éducation des enfants, pouvant ensuite se révéler préjudiciable au moment divorce, qu'il convient de compenser¹⁰⁷.

95. L'ancien article 272 du Code civil énumérait un certain nombre d'éléments sur lesquels se fonder pour évaluer le montant de la prestation compensatoire. Les éléments ainsi énumérés¹⁰⁸ ne constituent guère des besoins alimentaires et reflètent bien l'idée selon laquelle la prestation compensatoire vient compenser une disparité matérielle existante non seulement au sortir du mariage mais également pendant sa durée.

96. Toutefois, le paiement de la pension alimentaire subsistait en cas de divorce pour rupture de la vie commune : le conjoint qui n'avait pas pris l'initiative de la rupture pouvait toujours obtenir le versement d'une pension alimentaire. De même, la pension alimentaire était maintenue lorsque le lien matrimonial était simplement relâché et non dissous, c'est-à-dire en cas de séparation de corps et au cours de l'instance en divorce. Cette subsistance de la pension alimentaire aux côtés de la prestation compensatoire a conduit à une confusion, par la jurisprudence, des deux mécanismes. C'est ainsi que dans un arrêt en date du 11 juillet 1979, la Cour de cassation a jugé que pour calculer le montant de la pension alimentaire versée sur le fondement de l'article 282 du Code civil, il convenait de se fonder sur les ressources personnelles de l'épouse et ses besoins lesquels ne sauraient se limiter aux seules nécessités matérielles de la vie mais doivent être évalués en tenant compte notamment du niveau social des époux¹⁰⁹. Cette position a été confirmée par la Haute juridiction dans un arrêt rendu le 16

¹⁰⁷ S. DAVID, La fixation de la prestation compensatoire, *AJ Famille* 2007, p. 108.

¹⁰⁸ Selon l'ancien article 272 du Code civil, « Dans la détermination des besoins et des ressources, le juge prend en considération notamment :

L'âge et l'état de santé des époux ;

Le temps déjà consacré ou qu'il leur faudra consacrer à l'éducation des enfants ;

Leurs qualifications professionnelles ;

Leur disponibilité pour de nouveaux emplois ;

Leurs droits existants et prévisibles ;

La perte éventuelle de leurs droits en matière de pensions de réversion ;

Leur patrimoine, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ».

¹⁰⁹ Cass., Civ. 2, 11 juillet 1979, pourvoi n°78-14620.

janvier 1980 à l'occasion duquel la Cour de cassation a jugé que la pension alimentaire versée au titre du devoir de secours conformément à l'ancien article 282 du Code civil, devait être accordée « *en fonction des ressources et des besoins de chacun des époux* »¹¹⁰. Il ressort de ces jurisprudences qu'il existait une réelle confusion entre la pension alimentaire et la prestation compensatoire, les deux mécanismes, différents quant à leur but, semblaient néanmoins obéir aux mêmes conditions d'octroi. La similarité existante entre la pension alimentaire et la prestation compensatoire était également accentuée par l'octroi de la prestation compensatoire sous forme de rente.

97. A l'origine, la prestation compensatoire devait être une somme indemnitaire, forfaitaire et versée en une seule fois sous forme de capital. En pratique cependant, raisonnant en termes alimentaires, les juges ont très vite admis la possibilité de verser la prestation compensatoire sous forme de rente mensuelle¹¹¹. Admettre une telle possibilité témoignait de l'assimilation opérée par la jurisprudence entre cette nouvelle institution et la pension alimentaire et une telle assimilation a alimenté un contentieux post-divorce important auquel le législateur de 1975 avait pourtant souhaité mettre un terme.

98. Organisé sous forme de rente, le versement de la prestation s'inscrivait ainsi dans la durée¹¹² ce qui représentait un inconvénient majeur pour le débiteur qui pouvait voir sa situation matérielle évoluer sans pour autant pouvoir obtenir la révision de la rente à laquelle il avait été condamné au moment du prononcé divorce¹¹³. En effet, malgré l'augmentation des rentes, la Cour de cassation admettait de façon très exceptionnelle la possibilité de réviser la prestation compensatoire.

¹¹⁰ Cass., Civ. 2, 16 janvier 1980, pourvoi n°78-15760, J.C.P. 1981, II, 19487 ; Bull. civ. II, n° 12 et D. 1980, Inf. rap. 438.

¹¹¹ Cass, Civ. 2, 25 juin 1980, pourvoi n°79-10857. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a admis la possibilité, pour les juges du fond d'octroyer une prestation compensatoire sous forme de rente sans même qu'ils n'aient besoin de justifier de l'impossibilité de la constituer sous forme de capital.

¹¹² C'est ainsi que dans les divorces contentieux, conformément aux dispositions de l'ancien article 276-1 du Code civil, la rente pouvait être attribuée pour une durée égale ou inférieure à la vie de l'époux créancier. Seule la mort du créancier constituait donc une limite au versement de la prestation compensatoire.

¹¹³ Conformément aux dispositions de l'article 273 du Code civil, « *La prestation compensatoire a un caractère forfaitaire. Elle ne peut être révisée même en cas de changement imprévu dans les ressources ou les besoins des parties, sauf si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité* ».

99. Dans un tel cas, le caractère exceptionnel de la révision de la rente compensatoire pouvait engendrer de nombreuses injustices et des situations mal vécues¹¹⁴. Alors que la prestation compensatoire, versée sous forme de capital et, en une seule fois, devait apaiser les conflits post-divorce en mettant fin aux relations pécuniaires des anciens époux, les conditions dans lesquelles les juges du fond avaient admis son versement ont eu l'effet inverse.

100. Désireux de mettre un terme définitif aux injustices ainsi constatées, le législateur est de nouveau intervenu par la loi du 30 juin 2000¹¹⁵ et a profondément refondu la prestation compensatoire. Il a réaffirmé le principe d'une prestation indemnitaire et forfaitaire versée en une seule fois sous forme de capital. Dans les cas cependant où cette prestation devait être versée sous forme de rente, le législateur a assoupli les conditions de révision afin d'améliorer le sort du débiteur dans l'hypothèse où ce dernier rencontrait des difficultés financières rendant impossible le versement de la prestation compensatoire. En 2004¹¹⁶, souhaitant pacifier la procédure de divorce et, décourager les époux à recourir au divorce pour faute dans l'espoir d'échapper au versement de la prestation compensatoire, le législateur est intervenu une nouvelle fois et a généralisé la prestation compensatoire à tous les cas de divorce et ce même au profit de l'époux aux torts duquel le divorce est prononcé.

101. Depuis 2004, le ton est ainsi donné.¹¹⁷ Finalement, à la suite de ces différentes réformes, plusieurs types de prestations compensatoires ont émergé. En premier lieu, une prestation de principe, ne pouvant faire l'objet de révision, est fixée par le juge et versée sous forme de capital. Le juge peut néanmoins assouplir les conditions de versement de cette prestation et échelonner ce dernier sur une période ne pouvant cependant excéder huit années. A titre exceptionnel et sous certaines conditions, le juge peut octroyer, par décision judiciaire motivée, au créancier ne pouvant subvenir à ses besoins une rente compensatoire viagère. Contrairement

¹¹⁴ A titre d'exemple, au décès du débiteur, les enfants de ce dernier pouvaient être tenus d'assumer le paiement de la rente. De même, la jurisprudence a admis que la seconde conjointe du débiteur remarié sous le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution au survivant devait continuer de payer la rente à l'ex-épouse : Cass. Civ. 1, 15 octobre 1996, D. 1997, p. 205, note Y. YAMBA, *RTD Civ.* 1997, p. 106, obs. J. HAUSER. On peut également imaginer un ex-époux au chômage néanmoins contraint de verser à son ex-épouse une rente compensatoire alors même que cette dernière travaille et dispose de ressources ou encore un ex-époux hésitant à refaire sa vie en raison du versement de cette rente compensatoire.

¹¹⁵ Loi n°2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, publiée au JORF le 1^{er} juillet 2000.

¹¹⁶ Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce publiée au JORF le 27 mai 2004.

¹¹⁷ J. CASEY, Objectivisation du divorce, que d'injustices sont commises en ton nom ! *Gaz. Pal.*, 5 février 2011, n°36, p. 5, selon lequel « *il faut apaiser, dédramatiser, « objectiviser » le divorce et tarir les haines à la source et forcer les loups à devenir des agneaux...Priver le contentieux de son carburant, limiter les possibilités de discussions, rendre le droit civil automatique (...)* ».

à la prestation compensatoire versée sous forme de capital, la rente viagère compensatoire est susceptible de révision en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties. Enfin, les époux peuvent convenir, dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel d'octroyer à l'un d'eux une prestation compensatoire qui prendra la forme d'un capital, d'une rente viagère ou d'une rente temporaire. Dans un tel cas, la révision de la prestation compensatoire ne pourra se faire que sur le fondement d'une clause conventionnelle.

a) La nature de la prestation compensatoire

102. Établissant un « *lien droit entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, une prestation (...)* »¹¹⁸, la prestation compensatoire est, à ce titre, une obligation.

Jusqu'à la réforme de 2004, la prestation compensatoire a conservé un caractère indemnitaire dès lors que son versement n'était pas admis à l'époux fautif lorsque le divorce lui était imputable¹¹⁹. La jurisprudence a également conféré à la prestation compensatoire un caractère alimentaire¹²⁰ dès lors qu'elle lui a appliqué certains éléments caractéristiques du régime juridique des pensions alimentaires notamment son caractère insaisissable¹²¹. *Quid* de la nature de la prestation compensatoire ? La prestation compensatoire a-t-elle une nature indemnitaire ou alimentaire ¹²² ? Le caractère indemnitaire ou alimentaire de la prestation compensatoire répond, en effet, à un régime différent et n'emporte pas les mêmes conséquences pour les ex-époux. Il ressort des dispositions de l'article 270 du Code civil que l'octroi de la prestation

¹¹⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2013, n°2.

¹¹⁹ Ainsi, conformément aux dispositions de l'ancien article 280-1 al. 1er du Code civil, « *l'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé n'a droit à aucune prestation compensatoire* ». Toutefois, l'article 280-1 al. 2 avait introduit une exception en vertu de laquelle l'époux pouvait néanmoins « *obtenir une indemnité à titre exceptionnel* ».

¹²⁰ Cass. Civ. 2, 27 juin 1985, Bull. civ. II, n°131; D. 1986.230, obs. BENABENT. Selon la deuxième chambre civile, « *si la prestation compensatoire présentait un caractère indemnitaire, elle présentait aussi un caractère alimentaire (...)* ». Cette position jurisprudentielle a été maintenue depuis. Voir notamment, Cass., civ. 2, 9 juillet 1997, pourvoi n°95-21038, D. 1998, p. 544, note G. YAMBA ; Cass., Civ. 2, 2 octobre 1997, pourvoi n°95-19358, Dr. Fam., 1998, n°10, note H. LECUYER ; Cass., Civ. 1, 10 mars 2005, pourvoi n°02-14268, AJ Famille, 2005, p. 143, obs. S. DAVID. Cass. Civ. 2, 27 juin 1985, Bull. civ. II, n°131; D.1986.230, obs. BENABENT. Selon la deuxième chambre civile, « *si la prestation compensatoire présentait un caractère indemnitaire, elle présentait aussi un caractère alimentaire (...)* ». Cette position jurisprudentielle a été maintenue depuis. Voir notamment, Cass., civ. 2, 9 juillet 1997 pourvoi n°95-21038, D. 1998, p. 544, note G. YAMBA ; Cass., Civ. 2, 2 octobre 1997, pourvoi n°95-19358, Dr. Fam., 1998, n°10, note H. LECUYER ; Cass., Civ. 1, 10 mars 2005, pourvoi n°02-14268, AJ Famille, 2005, p. 143, obs. S. DAVID.

compensatoire a pour objet la réparation du préjudice matériel subit par l'un des époux au moment du divorce.

103. Ainsi, fondée sur une idée de responsabilité et non de solidarité matrimoniale, la prestation compensatoire présenterait un caractère indemnitaire. Ce caractère indemnitaire de la prestation compensatoire justifie le fait qu'elle ne puisse faire l'objet de révision. Calculée en tenant compte d'éléments objectifs, elle doit, en effet, être exécutée sous forme forfaitaire ce qui la distingue nettement de la pension alimentaire, versée sous forme de mensualités révisables, indexées et calculées en tenant compte des ressources du créancier et des besoins du débiteur.

104. Cependant, la prestation compensatoire présente également des caractéristiques alimentaires ce qui soulèvent certaines interrogations quant à sa nature. En effet, reprenant les critères alimentaires classiques, l'article 271 du Code civil prescrit au juge de tenir compte des « besoins de l'époux à qui elle est versée » et des « ressources de l'autre » lorsqu'il entend fixer le montant de la prestation compensatoire. Lorsque la prestation compensatoire est exécutée sous forme de rente, le caractère alimentaire apparaît fortement puisque la rente est principalement régie par des règles normalement applicables aux obligations alimentaires.

105. C'est ainsi que conformément à l'article 276-1 du Code civil, la rente est indexée « *comme en matière de pension alimentaire* ». En cas de non-paiement de la rente compensatoire par le débiteur, le créancier dispose des procédures de recouvrement normalement prévues pour les pensions alimentaires¹²³. En revanche, le fondement indemnitaire de la prestation compensatoire prendra alors tout son sens lorsque celle-ci sera versée sous forme de capital. Ne pouvant faire l'objet d'aucune révision, le débiteur pourra seulement obtenir un assouplissement dans son versement. L'institution présenterait donc une nature duale : elle reposerait sur un fondement indemnitaire mais son régime obéirait à des règles normalement applicables en matière alimentaire.

106. Dans un arrêt en date du 27 juin 1985, la Cour de cassation a confirmé la nature duale de la prestation compensatoire¹²⁴. A propos d'un litige relatif au prononcé de la nullité d'une saisie-

¹²⁴ Cass., Civ. 2, 27 juin 1985, pourvoi n° 84-14663, D. 1986.230, note C. PHILIPPE ; RTD Civ. 1987.298, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI. Cette position a par la suite été affirmée à plusieurs reprises par la jurisprudence. Voir également, Cass. Civ. 1, 10 mars 2005, pourvoi n° 02-14268, AJ Famille 2005.143, obs. DAVID, dans lequel la Cour de cassation réaffirme le caractère insaisissable de la prestation compensatoire même exécutée sous forme

arrêt sur des rentes allouées à titre de prestation compensatoire, la Cour de cassation, tout en consacrant le caractère insaisissable desdites rentes, a approuvé les juges du fond d'avoir décidé que « *si la prestation compensatoire présentait un caractère indemnitaire, elle présentait aussi un caractère alimentaire* ». De même, la Cour de cassation a jugé que la prestation compensatoire ne pouvait pas faire l'objet d'une compensation¹²⁵. Cette position a été par la suite confirmée par la Haute juridiction dans des termes parfaitement intelligibles : « *la prestation compensatoire ayant, pour partie, un caractère alimentaire, il s'ensuit, en application de l'article 1293-3 du Code civil, qu'une compensation ne peut être opérée, même par voie judiciaire, entre cette prestation et le versement d'une autre somme, à quelque titre que ce soit* »¹²⁶.

107. L'article 276¹²⁷ du Code civil permet au juge, à titre exceptionnel et sous certaines conditions, de fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère. En principe, la prestation compensatoire repose sur un fondement indemnitaire et, ne constitue pas le prolongement du devoir de secours. Exécutée sous forme de rente viagère cependant, la prestation compensatoire devient marquée par un fort caractère alimentaire. Le versement de la prestation compensatoire sous forme de rente viagère est en effet conditionné par la situation de détresse du créancier. En effet, ainsi que le prescrit l'article 276 du Code civil, la prestation compensatoire peut être versée sous forme de rente viagère « *lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins* ». Une telle rédaction laisse légitimement supposer que la prestation compensatoire organisée sous forme de rente viagère a un caractère alimentaire puisqu'elle est ne peut être accordée que dans le cas où le créancier se trouve dans l'incapacité de subvenir seul à ses besoins. Une telle rente semble être fondée, comme le devoir de secours, sur une idée de solidarité conjugale.

de capital ; Cass. Soc., 8 octobre 2003, pourvoi n°99-21682, dans lequel la Chambre commerciale retenant le caractère alimentaire de la prestation compensatoire juge que cette dernière ne peut, en conséquence, être incluse dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune de son créancier. Par ailleurs, l'article L112-2 du Code des procédures civiles d'exécution établit une liste de biens insaisissables au rang desquels figurent « *les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire* » (article L112-2, 3°). Par ailleurs, peu importe que la prestation compensatoire revête un caractère alimentaire partiel, elle est insaisissable dans son intégralité.

¹²⁵ Voir notamment, Cass. Civ. 2, 9 juillet 1997, pourvoi n° 95-21038, D. 1998.544, note YAMBA ; JCP 1998. II. 10033, note PATAUT, dans lequel la Cour de cassation juge que « *la prestation compensatoire a, pour partie, un caractère alimentaire* ».

¹²⁶ Cass., Civ. 2e, 2 décembre 1998, pourvoi n°97-15.650, Dr. Famille 1999. Comm. 28, note LECUYER. Par ailleurs, peu importe que la prestation compensatoire revête un caractère alimentaire partiel, c'est l'intégralité de cette dernière qui ne peut faire l'objet d'aucune compensation.

¹²⁷ Conformément à cet article, « *A titre exceptionnel, le juge peut, par décision spécialement motivée, lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère. Il prend en considération les éléments d'appréciation prévus à l'article 271* ».

108. Toutefois, l'article 276 du Code civil atténue le caractère alimentaire de la prestation compensatoire sous forme de rente viagère en précisant que le juge « *prend en considération les éléments d'appréciation prévus à l'article 272* ». Ainsi, le juge ne doit-il pas seulement se fonder sur les besoins du créancier pour évaluer le montant de la prestation compensatoire mais il doit également prendre en compte notamment la durée du mariage, le patrimoine estimé et prévisible des époux ou encore leurs situations respectives en matière de pensions de retraite.

Section 2. L'obligation parentale d'entretien

109. Dans son œuvre, *De l'Esprit des lois*, MONTESQUIEU écrivait que « *la loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants* ». Pour ce dernier, nourrir ses enfants « *est une obligation de droit naturel* »¹²⁸. De même, POTHIER écrivait que « *les personnes qui se marient contractent par le mariage une obligation naturelle d'élever les enfants qui naîtront de leur mariage ; de leur fournir les aliments nécessaires et de leur donner une éducation convenable jusqu'à ce qu'ils soient en état de pourvoir par eux-mêmes à leur subsistance* »¹²⁹.

110. S'inspirant de ces mots, l'article 203 du Code civil dispose que « *les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ». A l'origine envisagée dans le seul cadre de la famille légitime, l'obligation parentale d'entretien revêt, depuis les lois de 1972¹³⁰ et 2002¹³¹, un caractère général. Ces dernières ont mis à la charge des parents non mariés une obligation d'entretien de leurs enfants¹³².

111. L'ordonnance du 24 mai 2005¹³³ a définitivement clos le chapitre de l'inégalité des filiations en supprimant non seulement les catégories d'enfant naturel et légitime mais en prônant une totale égalité des filiations tant dans ses effets que dans ses modes d'établissement. Si la présomption de paternité a été conservée tant par la loi du 3 janvier 1972 que par

¹²⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 5e partie, Livre 26, Chapitre 6.

¹²⁹ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Tome second, Paris, 1771.

¹³⁰ Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, publiée au JORF le 5 janvier 1972.

¹³¹ Loi n°2002-405 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, publiée au JORF le 5 mars 2002.

¹³² Le Code civil de 1804 n'avait fait aucune mention des obligations d'entretien dont les parents non mariés étaient tenus à l'égard de leurs enfants communs. Pourtant, dans son *Traité du contrat de mariage*, POTHIER avait évoqué la question par ces mots : « *L'obligation en laquelle sont les père et mère de nourrir leurs enfants comprend même ceux qui sont nés d'unions illicites et de fornications (...)* ».

¹³³ Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF n°156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n°19.

l'ordonnance précitée, elle a été considérablement limitée et ne jouit plus de la même autorité qu'auparavant.

112. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 310¹³⁴ du Code civil, « *tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* ». Conséquence directe de l'établissement de la filiation, l'obligation d'entretien n'est aucunement conditionnée par le statut matrimonial des père et mère. C'est ainsi que, selon l'article 371-2 du même Code, « *chacun des parents doit contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* »¹³⁵.

113. L'obligation parentale d'entretien ne cesse pas de plein droit à la majorité de l'enfant. Elle perdure tant que l'enfant se trouve dans le besoin, par exemple, dans le cas où il poursuivrait des études supérieures. L'obligation d'entretien comprend toutes les dépenses liées aux besoins matériels (nourriture, vêtements, logement etc.), aux dépenses de santé et aux dépenses d'éducation (frais de scolarité, de transport, achats de matériels scolaires etc.). Elle existe peu importe la nature du lien de filiation.

114. L'obligation parentale d'entretien des enfants est fondée, à l'instar de l'obligation alimentaire de l'article 205 du Code civil, sur un lien de parenté. Pour autant, l'obligation parentale d'entretien présente-t-elle un caractère alimentaire ? Dans un arrêt en date du 6 février 1985, la Cour de cassation a jugé que l'obligation d'entretien et d'éducation de l'article 203 du Code civil est distincte de l'obligation alimentaire¹³⁶. L'obligation d'entretien mise à la charge des père et mère serait donc distincte de l'obligation alimentaire tant par son objet que par son but qui sont plus larges.

115. En effet, une telle obligation ne se limite pas à la fourniture d'une subsistance minimale : les parents sont tenus de fournir à leurs enfants tout ce qui est nécessaire à leur vie et à leur

¹³⁴ Numéroté ainsi par l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

¹³⁵ Ces dispositions, lesquelles se trouvent dans le chapitre réservé à l'autorité parentale, sont conformes aux prescriptions de la Convention sur les droits de l'enfant. Aux termes de l'article 27.1, « *Les États parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social* ». Et conformément à l'article 27.2, « *C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant* ».

¹³⁶ Cass., Civ. 2, 6 février 1985, pourvoi n°83-14786.

épanouissement personnel leur permettant ainsi d'accéder sereinement à une autonomie à l'âge adulte. L'obligation d'entretien a néanmoins un caractère alimentaire dès lors qu'elle relève de la nécessité absolue de satisfaire aux besoins fondamentaux de l'enfant et de le faire vivre¹³⁷, en lui fournissant notamment nourriture, vêtements, logement etc. Si l'obligation d'entretien revêt un caractère alimentaire, elle se distingue cependant de l'obligation alimentaire sur différents aspects. A la différence de cette dernière qui revêt un caractère réciproque, l'obligation d'entretien mise à la charge des parents est unilatérale¹³⁸. Contrairement à l'obligation alimentaire dont le montant est fixé en tenant compte des ressources du débiteur et des besoins du créancier, l'obligation d'entretien ne dépend pas des ressources de celui ou ceux qui élèvent l'enfant. Elle est une charge naturelle découlant directement du lien de filiation¹³⁹.

116. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu juger que pour condamner un parent à verser une pension pour l'entretien de son enfant, les juges du fond n'ont pas à rechercher si celui-ci dispose de ressources¹⁴⁰. Toutefois, il convient de nuancer cette différence dès lors que si l'enfant dispose de moyens lui permettant de subvenir à ses besoins, l'obligation parentale d'entretien cesse. La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants est personnelle en ce sens que seuls les père et mère en sont tenus.

En principe, ils ne peuvent y échapper sauf à démontrer qu'ils ne disposent pas des ressources matérielles suffisantes pour subvenir aux besoins de leurs enfants. Les parents unis par les liens du mariage s'acquittent de leurs obligations d'entretien à l'égard de leurs enfants communs par leur contribution aux charges du mariage. En principe, c'est dans un cadre strictement familial et, en nature, que l'obligation d'entretien s'exécute. Toute dépense engagée par l'un des époux visant à l'entretien et à l'éducation des enfants communs oblige l'autre solidairement¹⁴¹.

¹³⁷ Voir en ce sens, Ph. MALAURIE/ H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, 6^e éd., Paris, 2017, n°1781 et s.

¹³⁸ Les enfants peuvent être amenés à verser à leurs parents dans le besoin des aliments conformément aux dispositions de l'article 205 du Code civil mais il s'agira alors d'une obligation alimentaire.

¹³⁹ Selon A. LOYSEL, « *Qui fait l'enfant doit le nourrir* », *Institutes coutumières*, 1607.

¹⁴⁰ Cass., Civ. 2, 6 février 1985, pourvoi n°83-14786. Selon la Cour de cassation, « *En condamnant (...) M. W. à verser à sa femme, une pension pour l'entretien de leur fille au-delà de la majorité de celle-ci si elle poursuivait ses études, la Cour d'appel, qui n'a pas privé sa décision de motifs et qui n'avait pas à rechercher si l'enfant disposait de ressources dont l'existence n'était pas alléguée, n'a fait que condamner le père à remplir son obligation d'entretien et d'éducation tant qu'elle persistera* ».

¹⁴¹ Conformément aux dispositions de l'article 220 du Code civil, « *chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement* ».

117. Conséquence directe de l'établissement d'un lien de filiation, l'obligation d'entretien est d'ordre public¹⁴² et ne peut faire l'objet d'aucun renoncement. La renonciation expresse ou tacite d'un parent à son versement est donc sans effet¹⁴³. En revanche, les modalités d'exécution de cette obligation peuvent faire l'objet d'une convention entre les parents : une telle liberté ne saurait cependant faire obstacle à l'application de règles fondamentales gouvernant l'obligation parentale d'entretien. Ce maintien de l'ordre public en matière alimentaire s'explique avant tout par un souci de protection de l'enfant jugé vulnérable.

118. Les père et mère sont tenus de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants selon les termes et les conditions prévues par l'article 371-2 du Code civil. L'obligation parentale d'entretien ne s'éteint pas avec le divorce ou la séparation des parents.

119. L'obligation alimentaire est fondée sur la solidarité qui doit exister au sein de la famille, lieu où en principe la sécurité matérielle doit être assurée.

120. L'obligation alimentaire est donc fondée sur un lien de famille, en cela, elle revêt un caractère moral particulièrement fort et demeure le mécanisme de solidarité prioritaire, les aides sociales n'étant octroyées qu'à titre subsidiaire en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution de son obligation alimentaire par le débiteur¹⁴⁴. L'obligation alimentaire n'a de limites que celles de la famille.

121. En premier lieu et indépendamment de la nature de l'obligation alimentaire, cette dernière reste subordonnée à l'état de besoin du créancier et est déterminée en fonction des ressources

¹⁴² Cour de cassation, Chambre civile 1, 11 juillet 2006, pourvoi n°04-14.185. Selon la Cour de cassation, « *les aliments étaient accordés en conséquence d'une déclaration judiciaire de paternité dont les effets remontent à la naissance de l'enfant et (...) Mme X. ne pouvait renoncer au droit de réclamer des aliments pour l'entretien de son fils (...)* ».

¹⁴³ Cour de cassation, Chambre civile 1, 15 février 2012, pourvoi n°11-13.883, *Droit de la famille*, n°6, Juin 2012, comm. 100, obs. C. NEIRINCK. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que « *les règles gouvernant l'obligation alimentaire* » sont d'ordre public. Ainsi, « *la renonciation expresse ou tacite d'un parent au versement des arriérés dus au titre de la contribution à l'entretien et à l'éducation de son enfant est sans effet* ».

¹⁴⁴ Voir articles L.523-1 à L.523-3 du Code de la sécurité sociale. Selon le premier de ces textes, tout enfant dont le père ou la mère, ou les père et mère, se soustraient ou se trouvent, s'ils sont considérés comme tels, au regard de conditions fixées par décret, comme étant hors d'état de faire face à leurs obligations d'entretien ou au versement d'une pension alimentaire mise à leur charge par décision de justice ou d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant fixée par les actes ou accords mentionnés au IV, peuvent solliciter une allocation de soutien familial. Plus encore, selon le même article, une allocation de soutien familial différentielle peut être versée aux parents qui en font la demande lorsque la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant fixée par le juge est inférieure au montant de l'allocation de soutien familial. En février 2023, le montant de cette allocation est de 184,10 euros par mois et par enfant à charge ou 245,80 euros par mois ou par enfant à charge si ce dernier a été recueilli et qu'il ne bénéficie d'aucune aide de la part de ses parents.

du débiteur¹⁴⁵. Ce principe reste inchangé depuis l'entrée en vigueur du Code civil¹⁴⁶ lequel prévoit plusieurs types d'obligations alimentaires et détermine la liste des personnes obligées.

122. Le premier article du Code civil qui traite des obligations alimentaires est l'article 203 du Code civil aux termes duquel « *les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ». Cet article figure dans le chapitre consacré aux obligations naissant du mariage et reste inchangé depuis l'entrée en vigueur du Code civil. En 2002, la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a modifié la teneur de l'article 371-2 du Code civil lequel ne figure pas dans le chapitre consacré aux obligations naissant du mariage mais dans celui relatif à l'autorité parentale. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de cet article, « *Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* ».

123. En conséquence, les parents, indépendamment de leur statut matrimonial sont tenus, à l'égard de leur enfant, d'une obligation d'entretien. Eu égard à sa place dans le Code civil, cette obligation alimentaire revêtait une importance toute particulière pour les rédacteurs du Code civil¹⁴⁷. La solidarité ne joue pas dans un seul sens : elle est réciproque. Les enfants doivent ainsi secours à leurs parents.

L'alliance fonde également une solidarité entre les époux mais également entre les beaux-parents et leur gendre ou belle-fille. Les époux sont ainsi tenus à une entraide. Au cours du mariage, ils doivent contribuer aux charges du mariage. En cas de désunion, les époux seront tenus, au cours de la procédure de divorce, à un devoir de secours et, enfin, une fois le divorce prononcé, l'un des époux pourra être tenu de verser à l'autre une prestation compensatoire dont l'objectif est avant tout de compenser une disparité entre les niveaux de vie des époux.

124. Les mutations qu'a connues le droit de la famille sur les dernières décennies ont conduit à élargir un peu plus le cercle traditionnel des obligés

¹⁴⁵ Article 208 du Code civil aux termes duquel : « *Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit* ».

¹⁴⁶ Voir notamment, POTHIER, *Traité du mariage*, Paris 1825, Partie V, Chapitre 1, p. 217.

¹⁴⁷ POTHIER, *Traité du mariage*, Paris 1825, Partie V, Chapitre 1, p. 215, n°384 et suivants.

CHAPITRE 2 : LES NOUVELLES RELATIONS FONDATRICES D'UNE OBLIGATION ALIMENTAIRE

125. Les dernières décennies ont été marquées par l'émergence de nouvelles relations conjugales (Section 1) et de nouveaux modes de parenté (Section 2).

Section 1. L'admission de nouvelles relations conjugales

126. Le mariage entre personnes de même sexe a fait son entrée en droit français en 2013 (§1) tandis que celui offert également aux relations de couple informelles un cadre plus réglementé (§2) à certains égards.

§ 1. Le mariage entre personnes de même sexe

A. Le mariage appréhendé comme un fait social

127. Le Code civil lui-même ne définit pas le mariage, et se limite simplement à déterminer les conditions de sa célébration, ses effets et les causes de sa dissolution. Si le mariage est une institution juridique, sociale et culturelle, il n'en reste pas moins un « *fait social* »¹⁴⁸, reflet des mœurs d'une société à un instant déterminé. Ainsi, le mariage demeure une institution évolutive, embrassant des situations sociales diverses, dont il serait dès lors difficile de donner une définition qui serait indéfiniment valable et pour tous. Le mariage reste en constante évolution. Napoléon BONAPARTE avait lui-même déclaré que « *le mariage prend sa forme des mœurs, des usages, de la religion de chaque peuple. C'est pour cette raison qu'il n'est pas le même partout (...) L'organisation des familles ne dérive donc pas du droit naturel* »¹⁴⁹.

128. Ces quelques mots, s'ils ne doivent pas être sortis de leur contexte, témoignent néanmoins de la dimension évolutive de l'institution matrimoniale : elle est fonction des mœurs, constitue un parfait indicateur de l'idéologie défendue par une société déterminée et en représente même le symbole.

¹⁴⁸ Selon une expression de J. GAUDEMET cité par A. LEBEL, « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », *AJ Famille* 2013, p. 122.

¹⁴⁹ Recueil complet des discours prononcés lors de la discussion du Code civil, Tome II Discussion, p. 160.

Aujourd'hui, à la conception traditionnelle du mariage, s'oppose désormais une conception plus moderne en vertu de laquelle le mariage serait avant tout le « *cadre juridique d'une communauté de vie entre deux personnes qui impose des devoirs et, surtout, ouvre des droits* »¹⁵⁰. Le mariage cesserait alors d'être l'institution du couple et de la famille et se recentrerait sur l'individu lui-même¹⁵¹.

129. Auparavant, s'il était le creuset de la filiation et de la famille légitime, il est aujourd'hui « *l'institution d'un lien de couple* »¹⁵², dissocié de la filiation et choisi librement par des individus désormais guidés par des considérations libertaires et égalitaires. Le mariage n'est plus organisé autour de la filiation mais autour du couple lui-même. La procréation et l'éducation des enfants ne sont plus l'apanage des seuls couples mariés : les naissances hors mariage sont en constante augmentation et, un mariage sans enfants n'en reste pas moins parfaitement valable.

130. Mariage et procréation ont été intimement liés durant de très nombreux siècles, le mariage étant la seule institution offrant, par avance, un statut aux enfants. En se mariant, les (futurs) parents s'engagent à reconnaître tous les enfants nés ou à naître dans le cadre de leur union. En ce sens, le mariage garantit la filiation et organise les conséquences de la procréation¹⁵³. L'introduction du mariage entre personnes de même sexe a soulevé des interrogations importantes notamment sur le terrain anthropologique. En effet, comment permettre à des couples de même sexe de se marier dès lors que leur impossibilité biologique de concevoir ensemble mettra nécessairement à mal les règles relatives à la filiation ?

131. La présomption de paternité pourrait-elle être efficacement maintenue dans le cadre d'un mariage entre deux personnes de même sexe ? L'admission du mariage entre personnes de même sexe conduit à repenser les fondements du droit de la filiation et à admettre une filiation

¹⁵⁰ H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013, p. 100. Voir également du même auteur, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? » in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage – conjugalité parenté – parentalité, thèmes et commentaires*, Paris 2009. Selon H. FULCHIRON, le mariage pourrait se définir comme une « *institution ayant pour but principal la création d'une communauté de vie durable dont les effets sont réglés par la loi* ».

¹⁵¹ H. FULCHIRON, « De l'institution aux droits de l'individu : Réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle, in *Le monde du droit* », *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Economica 2008, p. 395.

¹⁵² Selon une expression d'I. THERY, « Ouverture » ou « redéfinition » du mariage civil ? in *Mariage de même sexe et filiation*, Paris 2013.

¹⁵³ C. NEIRINCK, « Le mariage homosexuel ou l'arbre qui cache la forêt », *Dr. Famille* octobre 2012, n°10.

fondée sur la volonté qui serait, à l'instar de la filiation adoptive, irréversible¹⁵⁴. La question de la définition du mariage et de ses éventuels bénéficiaires a soulevé, continue et continuera de soulever d'importantes controverses.

B. L'admission du mariage entre personnes de même sexe en droit français

132. En 2013, la France est devenue le 9^e État européen à autoriser le mariage entre deux personnes de même sexe¹⁵⁵. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe¹⁵⁶ a ainsi modifié l'article 143 du Code civil lequel dispose désormais que « *le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ». L'ouverture du mariage aux couples de même sexe a été motivée par des considérations égalitaires et par la lutte contre les discriminations dont faisait l'objet la communauté homosexuelle¹⁵⁷.

133. La question de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a soulevé de vifs débats¹⁵⁸, des oppositions parfois virulentes au sein même de la société française et des

¹⁵⁴ A titre d'exemple, la législation du Québec édicte une présomption de maternité en faveur de la partenaire ou de la conjointe de la mère d'un enfant né dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur. *A contrario*, au Luxembourg, l'article 312 du Code civil qui édicte la présomption de paternité est inapplicable dans le cadre d'un mariage entre personnes de même sexe.

¹⁵⁵ Après avoir été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel saisi le 23 avril 2013 par 60 députés et 60 sénateurs conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution. Selon le Conseil constitutionnel, aux termes de l'article 34 C « *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier les textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions (...) que l'article 61 C ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen* ». Sur cette décision voir, *AJ Famille* 2013, p. 13, obs. F. CHENEDE ; *Dr. Famille* 2013, comm. 98, note J.-R. BINET. Pour une critique de la décision, voir J. HAUSER, « Mariage asexué : tout va très bien Madame la Marquise... », *RTD civ.* 2013, p. 579.

¹⁵⁶ L'entrée en vigueur de cette loi a fait couler beaucoup d'encre et a été largement commenté par la doctrine. Voir notamment le dossier « Du Mariage pour tous à la famille homosexuelle », *Dr. Famille* juillet 2013, n°7 et 8, dossier 16.

¹⁵⁷ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 7 novembre 2012 ; Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe – Étude d'impact *in* Dossiers législatifs – Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

¹⁵⁸ Jamais une loi n'avait suscité autant de réactions tant de la part de la société que de la classe politique française. A l'Assemblée nationale, les partis conservateurs de droite ont déposé plus de cinq mille amendements entraînant cent-dix heures de discussion parfois intense. La question a également divisé la société française. De nombreuses manifestations ont été organisées à travers tout le pays afin de défendre une conception traditionnelle voire même rigoriste du mariage. Sous le pseudonyme de Lucie CANDIDE, un collectif de juristes écrivait que « *le mariage homosexuel et l'adoption par personnes de même sexe – réforme de nature à traumatiser l'intimité des structures personnelles et familiales de la population française, et à bouleverser jusque dans ses racines le droit du mariage et de la filiation – ne devrait pas pouvoir résulter simplement de ce que, un beau jour, par l'effet des contingences électorales, un candidat heureux à la présidence de la Ve République a disposé d'une majorité arithmétique dans les deux chambres du Parlement* », L. CANDIDE, Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français, *Gaz. Pal.* 4 octobre 2012, n°278, p.7.

dérapages si nombreux¹⁵⁹ qu'il serait bien téméraire de tenter de les comptabiliser. Pour autant et, malgré l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, les mentalités semblent difficilement se défaire des préjugés et de s'affranchir de la conception traditionnelle du mariage qui, du moins en France et dans de nombreux pays européens, n'est plus. Le mariage accueille désormais en son sein les couples de sexe opposé et de même sexe sans aucune distinction, en principe et, en apparence. La question de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe en France et en Europe, la question de sa reconnaissance et, l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 ont pourtant fait entrer dans le vocabulaire un nouveau terme : le « *mariage homosexuel* ».

134. Le droit français connaît déjà plusieurs types de mariage dont les effets juridiques diffèrent cependant de ceux traditionnellement attachés au mariage. Ainsi, l'article 171 du Code civil permet au Président de la République d'autoriser, pour des motifs graves, la célébration du mariage en cas de décès de l'un des futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement.

135. Ce mariage qualifié de « posthume » n'emporte cependant aucun droit successoral au profit du conjoint survivant et aucun régime matrimonial. De même, les articles 201 et 202 du Code civil prévoient la possibilité de reconnaître les effets d'un mariage déclaré nul. L'annulation de ce mariage n'est pas rétroactive. Ce mariage, qualifié de « putatif », est un mariage mais il se trouve atteint d'une cause de nullité, absolue ou relative, conduisant à son annulation et, empêchant que celui-ci ne produise tous ses effets à l'avenir. En revanche, il demeure valable et produit tous ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. A l'égard des enfants issus de ce mariage, il reste valable même si les deux époux étaient de mauvaise foi.

136. La loi du 17 mai 2013 a-t-elle alors intégré dans le Code civil un nouveau mariage ? L'utilisation du terme « *mariage homosexuel* » suppose que l'institution matrimoniale se

¹⁵⁹ L'hémicycle de l'Assemblée nationale a été le théâtre de nombreuses sorties de route et d'arguments, pour le moins surprenants et sans fondement aucun, de certains membres de la classe politique française. Il a été ainsi soutenu que le « *projet de loi non seulement irresponsable mais funeste organise la décadence de notre société* » (Céleste LETT, membre des Républicains et actuel maire de la ville de Sarreguemines en Moselle) ou encore que le législateur jouait « *avec le feu car ce sont des enfants que vous allez brûler* » (Jacques MYARD, membre de la droite populaire, maire de Maisons-Laffitte). Rappelons également les propos de Philippe COCHET, député du Rhône, selon lequel « *la gauche est en train d'assassiner des enfants* ». L'utilisation de ces mots avait d'ailleurs conduit Claude BARTOLONE, Président de l'Assemblée nationale, à suspendre la séance. Le député avait retiré ses propos tout en affirmant que le projet de loi, s'il entrait en vigueur, aurait pour effet de « *briser la vie des enfants* ».

décomposerait en plusieurs modèles : le mariage, dans sa conception traditionnelle, à destination des couples de sexe opposé et le mariage homosexuel, institution similaire mais dont le régime juridique devrait différer quelque peu en raison de l'identité de sexe des époux. Qualifier le mariage d'*homosexuel* a pour effet de réduire l'union matrimoniale à la seule orientation sexuelle des époux, alimente, malgré la consécration par le droit français du mariage pour tous, les préjugés¹⁶⁰, stigmatise l'union et favorise les discriminations. Parler de mariage *homosexuel* revient à nier l'existence et le principe même de cette institution pour les couples de même sexe.

Peu importe que le Code civil ait été marqué un peu plus encore du sceau égalitaire et qu'il permet désormais aux couples de même sexe de se marier : ce mariage, estampillé *homosexuel* ne saurait, jamais, épouser les traits de son homologue pour s'y confondre définitivement. A cet égard, le Professeur Ph. JESTAZ écrivait que « *le mariage reposant par définition (immémoriale) sur la différence des sexes, une égalité proprement dite ne pourrait se concevoir qu'à condition de changer la définition, ce qui ne paraît pas envisageable dans un avenir prévisible. Et même baptisée du nom de mariage, l'union entre homosexuels serait tout autre chose que le mariage* »¹⁶¹.

137. En consacrant le droit au mariage des couples de même sexe, le législateur n'a pas entendu réformer l'institution du mariage ou en créer une nouvelle. N'existe que le mariage : il n'est ni hétérosexuel, ni homosexuel. Que le mariage entre personnes de même sexe rompe avec la conception traditionnelle est une chose mais il est bien loin d'épouser les traits apocalyptiques qu'on lui assigne volontiers¹⁶². Le mariage est mort, vive le mariage !

¹⁶⁰ Au premier rang de ces préjugés figurent celui, bien ancré dans les mentalités, en vertu duquel un enfant aurait besoin d'un référent paternel et d'un référent maternel pour construire son identité et s'épanouir.

¹⁶¹ Ph. JESTAZ, L'égalité et l'avenir du droit de la famille, in *L'avenir du droit*, Mélanges en l'honneur de F. TERRE, Paris 1999. Plus récemment, voir l'opinion de J. CASEY, pour qui l'ouverture du mariage aux couples de même sexe conduirait à vider de sa substance le mariage : « *si un tel schéma devait voir le jour (...) il deviendra alors évident que le mot même de « mariage » ne sera plus qu'une coquille vide de sens* », J. CASEY, Quel avenir pour le mariage ? *Gaz. Pal.* 2012, n°259, p. 9.

¹⁶² Voir P. MALAURIE, Mariage homosexuel et homoparentalité, *Commentaire* 2006 n°16, p. 993-1000, selon qui, « le mariage est une anthropologie, une vision de l'homme, un modèle social de la sexualité et de la vie sexuelle, de sa maîtrise, de son épanouissement (...) : un engagement pour créer la vie, pour les enfants qui en naîtront, la fondation d'une famille. Si vous retirez de ce modèle son essence, la différence de sexe et la constitution d'une famille, (...) le mariage est mort. Le mariage homosexuel tue le mariage parce qu'il en est la négation ».

La finalité procréative du mariage¹⁶³ a longtemps constitué l'obstacle majeur à l'adoption, par le législateur, du mariage pour tous¹⁶⁴. En effet, dès lors que le mariage était le creuset de la procréation, il était impossible de l'ouvrir à des couples de même sexe, ces derniers se trouvant dans l'impossibilité biologique de concevoir. En matière de filiation, les couples hétérosexuels et les couples homosexuels ne se trouveraient pas dans une situation comparable justifiant ainsi que le mariage, dès lors qu'il poursuit une finalité reproductive, soit exclusivement réservé aux couples de sexe opposé. Ce raisonnement peut-il prospérer ?

138. Admettre que l'impossibilité biologique des couples de même sexe de concevoir ensemble justifie qu'ils reçoivent un traitement différencié reviendrait à admettre d'appliquer le même traitement à tous les couples, de sexe opposé, se trouvant également dans la même situation. En effet, un couple hétérosexuel dans l'incapacité de concevoir (parce que l'un de ses membres serait stérile par exemple) serait placé dans une situation tout à fait semblable à celle des partenaires, (qui, pris individuellement, pourraient tout à fait être aptes). Finalement, ce n'est

¹⁶³ Pendant de très nombreuses années, la jurisprudence sanctionnait par la nullité absolue tout mariage contracté entre deux personnes de même sexe. A l'identité de sexe était assimilée l'absence de sexe ou l'impossibilité d'identifier le sexe. Dans un arrêt en date de 6 avril 1903, la Première Chambre civile avait décidé que « le mariage ne peut être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant l'une au sexe masculin et l'autre au sexe féminin ; qu'ainsi son existence est subordonnée à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable, et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint (...) ». Se fondant sur les paroles de Portalis selon lequel le mariage est « 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 », le Procureur Général Baudoin avait soutenu que le but du mariage était tant « la perpétuité de l'espèce » que l'instauration d'une « communauté indivisible d'existence qui est l'honneur et la moralité de l'union conjugale ». Le mariage ne pouvait ainsi concerner que des personnes de sexe opposé. Selon le Procureur général, même si un mariage entre deux personnes de même sexe devait avoir lieu, tous intéressés pourraient intervenir « et faire disparaître ce qui n'aura jamais été qu'un simulacre de mariage ».

A propos d'une épouse qui refusait de traiter sa stérilité bénigne, la Cour d'appel de Bordeaux avait décidé qu'en refusant de se soigner pendant une longue période, l'épouse avait « manifesté par sa carence prolongée un comportement fautif et injurieux constituant un grief particulièrement sérieux ». La CA de Bordeaux a sanctionné l'épouse et prononcé le divorce, non parce qu'elle était atteinte d'une stérilité, mais parce que celle-ci était curable et que l'épouse n'a pas répondu favorablement à la volonté exprimée par son époux d'avoir des enfants (CA Bordeaux, 7 juin 1994, *JCP N 4* octobre 1996, n°40, p. 1403, comm. J. VASSAUX).

¹⁶⁴ Au mépris de l'opposition notifiée par le Procureur de la République le 27 mai 2004, le maire de la commune de Bègles a, en sa qualité d'officier d'état civil, célébré le mariage entre deux personnes de même sexe et l'a retranscrit sur les registres de l'état civil le 5 juin 2004. Sur le fondement des articles 144, 184 et 190 du Code civil, le Ministère public demande alors l'annulation du mariage. Le Tribunal de Grande instance (*D.* 2004, p. 2965, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Dr. Famille* octobre 2004, comm. M. AZAVANT) puis la Cour d'appel de Bordeaux (*Dr. Famille* Juin 2005, n°6, comm. M. AZAVANT) annulent le mariage litigieux au motif que la différence de sexe est une condition de l'existence même du mariage. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi des époux, confirme la position des juges du fond en décidant que « selon la loi française, le mariage est l'union entre d'un homme et d'une femme » et que ce principe n'est « contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ». La décision de la Cour de cassation ne peut qu'être approuvée dès lors qu'elle ne pouvait se substituer au législateur et consacrer, en droit français, le mariage entre deux personnes de même sexe (*Dr. Famille* 4 avril 2007, comm. M. AZAVANT).

pas tant la question du mariage pour tous qui passionne mais plutôt celle de la conception et de l'éducation d'un enfant par deux personnes de même sexe.

Si le mariage est longtemps resté le creuset de la sexualité, de la procréation et de la filiation, bien qu'il s'en affranchisse progressivement, le couple hétérosexuel, lui, est aujourd'hui, perçu comme le seul espace légitime de l'éducation des enfants. L'argument tiré de ce que les couples homosexuels ne pourraient élever ensemble un enfant au motif que celui-ci aurait besoin d'un référent masculin et d'un référent féminin est inopérant et ne saurait prospérer, dès lors qu'il n'est étayé par aucune étude scientifique dont les résultats seraient parfaitement incontestables¹⁶⁵ et parce qu'il conduirait indéniablement à proscrire les familles monoparentales et à interdire l'adoption aux personnes seules.

§ 2. Les relations de couples informelles

139. Si le mariage demeure encore aujourd'hui « *le moule privilégié de la réunion spirituelle, charnelle et matérielle* »¹⁶⁶ de deux personnes, trônent désormais à ses côtés d'autres formes de conjugalité dans le cadre desquelles une solidarité peut être aménagée. Ainsi, le partenariat enregistré, le pacte civil de solidarité ou encore la cohabitation hors mariage peuvent fonder une obligation alimentaire.

A. Le concubinage¹⁶⁷

140. Du latin *cum cubare* signifiant « *coucher avec* », le mot concubin(e) désigne celui ou celle qui entretient avec une autre personne des relations sexuelles en dehors des liens du mariage. Autrefois synonyme d'immoralité, le concubinage trône, aujourd'hui, aux côtés du mariage, des partenariats enregistrés et des autres formes alternatives d'organisation de la vie privée. Si le concubinage a fait l'objet de vaillantes luttes, son histoire ne peut être dissociée de celle du

¹⁶⁵ J.-C. KAUFMAN, sociologue et directeur de recherches au CNRS écrivait en 2004 dans les colonnes du Monde que l'homoparentalité pouvait effectivement constituer un risque pour les enfants mais « *non du point de vue de la forme du modèle parental. Mais à cause des réactions de la société. Car si cette dernière conserve une position d'hostilité, les enfants pourraient en ressentir les conséquences, se sentir stigmatisés et mal vivre ces regards critiques* ». Et de poursuivre qu'il « *n'existe aucun argument scientifique sérieux contre l'homoparentalité* ». Finalement, le danger pour les enfants ne réside pas dans le modèle familial au sein duquel ces derniers seront élevés mais dans le regard que la société leur portera. Ces enfants seront stigmatisés et devront porter le fardeau des choix personnels opérés par leurs parents.

¹⁶⁶ P.-Y. GAUTHIER, L'union libre en droit international privé, étude de droit positif et prospectif, Thèse Paris I, 1986, p. 7.

¹⁶⁷ Pour un aperçu historique du concubinage, voir A. DUVILLET, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe – XXe siècle)*, Université de Bourgogne 2001.

mariage tant leurs parcours sont liés¹⁶⁸. Mariage et concubinage entretiennent des relations particulièrement étroites et sont tout aussi vieux l'un que l'autre.

141. En tout état de cause, le concubinage est resté relativement important durant les premières années d'un Code civil, silencieux à son égard, soulevant ainsi la délicate question de ses conséquences juridiques. En l'absence de disposition relative au concubinage, la jurisprudence est intervenue afin de définir les contours du régime juridique applicable à la condition de concubins. Elle s'est montrée relativement favorable aux donations entre concubins en décidant que le « *concubinage n'est pas par lui seul et indépendamment de toute autre circonstance particulière, une cause de nullité des libéralités entre concubins* » et n'entraîne entre les concubins « *aucune incapacité de donner ou de recevoir* »¹⁶⁹. Une telle position n'était cependant pas absolue, les juges admettant la nullité des donations consenties entre concubins lorsque, notamment, le consentement du donateur avait été surpris¹⁷⁰.

142. A la différence du mariage, le concubinage ne conférait aux concubins aucun droit et ne mettait à leur charge aucune obligation. Ils demeuraient, sur un plan juridique, de parfaits étrangers l'un vis-à-vis de l'autre : les concubins n'étaient pas tenus de respecter une quelconque obligation de fidélité, de secours ou d'assistance. La concubine délaissée sur un plan matériel ne disposait d'aucun recours à l'égard de son concubin. En cas de rupture, aucune disposition n'imposait au concubin de verser à son ancienne concubine une compensation financière ou une prestation alimentaire. Dès lors que le concubinage a quantitativement augmenté, prenant ainsi de l'ampleur et devenant un véritable phénomène de société l'attitude de défiance adoptée par le Code civil n'était plus adaptée et il est très vite apparu nécessaire de faire produire à cette situation de fait, dans un souci d'équité, des conséquences juridiques.

143. Dès le début du Code civil, la jurisprudence a mis à la charge du concubin un devoir de réparation lorsque ce dernier avait usé de manœuvres dolosives pour parvenir à ses fins. La jeune fille trompée par les ruses de son amant pouvait prétendre à obtenir réparation de son

¹⁶⁸ Voir M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*, Genève 2002. Pour le Professeur VAN DELDEN, « prendre comme point de départ la conception d'une société sur le mariage, dans sa dimension humaine, sociale et juridique, est la seule manière d'appréhender la place réservée aux unions alternatives d'organisation de la vie privée ».

¹⁶⁹ Cassation, 1^{er} Fructidor an XIII cité dans FUZIER/ HERMAN (eds), *Répertoire général alphabétique du droit français*, Paris 1895, Tome XIII, p. 58.

¹⁷⁰ Encore faut-il apporter la preuve d'un dol et d'une fraude, Cassation, 30 mai 1826 et 25 janvier 1842 cité dans FUZIER/ HERMAN (eds), *op. cit.*, p. 59.

préjudice¹⁷¹. Cette jurisprudence est demeurée relativement constante avant que le principe ne soit finalement posé par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 26 juillet 1864¹⁷². Cependant, la jurisprudence a admis, dans les cas de rupture unilatérale du concubinage et, indépendamment de toutes manœuvres dolosives, l'existence d'une obligation naturelle de réparation à l'encontre du concubin responsable de la rupture. La reconnaissance d'une obligation naturelle permettait la novation de cette dernière en obligation civile incombant au concubin : ce dernier, responsable de la rupture, devait alors verser une compensation financière à son ancienne concubine¹⁷³.

144. La reconnaissance judiciaire de la paternité, introduite en droit français par la loi du 16 novembre 1912, a amorcé une nouvelle ère en reconnaissant au concubinage un effet juridique. La loi précitée a intégré dans le Code civil l'article 340 aux termes duquel « *la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée* ». Toutefois, le même article enfermait les cas dans lesquels la paternité pouvait être déclarée dans des conditions expressément énumérées. Ainsi, la paternité pouvait être judiciairement déclarée dans le cas où le « *père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de conception de l'enfant* »¹⁷⁴. Ainsi, à l'instar du mariage, le concubinage, lorsqu'il était notoire, instaurait une présomption de paternité¹⁷⁵.

145. La jurisprudence a adopté une conception relativement large de la notion de « *concubinage notoire* », en décidant que la communauté d'habitation entre les concubins pendant la période

¹⁷¹ Req. 10 mars 1808.

¹⁷² Selon la Cour, « *L'arrêt attaqué a vu dans les faits de la cause non pas une séduction naturelle dans laquelle on ne saurait trouver ni coupable ni victime mais une suite de manœuvres que la Cour qualifie de moyens véritablement honteux, faits qui souverainement appréciés et constatés par la Cour constituée à la charge du défendeur un véritable quasi délit* », cité par L. BOYER, *Concubinages et concubinats du Code d'Hammurabi à la fin du XIXe siècle*, in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, Tome I, Paris 1986.

¹⁷³ Pour une étude de la jurisprudence, voir L. BOYER, *Concubinages et concubinats du Code d'Hammurabi à la fin du XIXe siècle*, in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, Tome I, Paris 1986, p. 158, voir également L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^e édition, Paris 1938, p. 657.

¹⁷⁴ L'article 340 du Code civil prévoyait d'autres cas dans lesquels la reconnaissance judiciaire de paternité pouvait être demandée : en cas d'enlèvement ou de viol au moment de la conception de l'enfant, en cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles, et s'il existe un commencement de preuve par écrit dans les termes de l'article 1347, s'il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité et enfin, dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et l'éducation de l'enfant en qualité de père.

¹⁷⁵ Cependant, pour certains, cet article n'érigait pas le concubinage en institution juridique mais permettait simplement à un enfant naturel de voir son lien de filiation établie et empêchait ainsi son père de se soustraire à ses devoirs parentaux, P. CHASSAGNADE-BELMIN, « *La reconnaissance juridique de l'union libre* », *Revue catholique des institutions et du droit*, novembre-décembre 1930, vol. 68, p. 533.

légale de conception n'était pas exigée par la loi¹⁷⁶. La législation accorda progressivement des droits aux femmes indépendamment de leur statut de femmes mariées ou de concubines¹⁷⁷. Ces législations ont posé les premiers fondements d'une reconnaissance juridique du concubinage et ont organisé une certaine protection à l'égard des femmes concubines. Reconnaissance et protection dénoncées et fermement condamnées par les juristes catholiques lesquels avaient, dans les années 1930, souhaité « *appeler une fois encore l'attention de l'opinion publique sur les atteintes graves que la législation française porte à la constitution naturelle de la famille, sur les projets nouveaux qui la menacent* »¹⁷⁸.

146. La jurisprudence de l'entre-deux-guerres était également assez encline à faire produire certains effets juridiques au concubinage. Ainsi, dans les années 1920, la Cour de cassation a accueilli l'action en indemnité formée par la concubine survivante¹⁷⁹. Selon la Haute juridiction, l'article 1382 du Code civil¹⁸⁰ « *en ordonnant en termes absolus la réparation de tout fait qui cause à autrui un dommage, ne limite en rien la nature du lien qui doit unir, en cas de décès, la victime avec celui qui demande la réparation, et que la partie civile, en l'espèce, invoquait une union de vingt-huit années d'une parfaite dignité, et l'existence d'un enfant commun, de telle sorte que le préjudice apparaissait avec évidence* »¹⁸¹. En conséquence, la jurisprudence a reconnu à la concubine survivante un droit à l'obtention de dommages et intérêts du fait de la mort accidentelle de son compagnon. Bien que suivie par de nombreuses juridictions d'appel, cette jurisprudence a, cependant, été écartée par le Conseil d'État en raison de l'absence de tout lien de droit entre les concubins¹⁸².

¹⁷⁶ Cassation, 7 février 1922, Recueil général des lois et des arrêts, Paris 1922, p. 321.

¹⁷⁷ Ainsi, la loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches, la loi du 14 juillet 1913 relative à l'assistance aux familles nombreuses. La circulaire interministérielle du 23 août 1914 relative aux allocations pour les familles nécessiteuses accorda aux concubines, de manière restrictive certes, le versement d'une allocation de secours lorsque leur concubin avait été mobilisé. Voir thèse p. 476.

¹⁷⁸ XLVIIe Congrès des juristes catholiques, *Revue catholique des institutions et du droit*, novembre-décembre 1930, vol. 68, p. 481.

¹⁷⁹ Cass. Ch. Crim., 26 novembre 1926, *DP* 1927, 1, p. 73, note H. LALOU.

¹⁸⁰ Actuel article 1240 du Code civil. Selon cet article, « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

¹⁸¹ Cet arrêt avait été vivement critiqué par une partie de la doctrine pour laquelle la qualité dont se prévaut le demandeur pour agir en responsabilité ne peut résulter que de la loi et, dénonçait, en conséquence, la prise en compte, par la Cour de cassation, de simples liens d'affection, non reconnus par la loi, pour fonder une action en responsabilité. Voir note LALOU, *op. cit.*, pour qui notamment « *si par lien il faut entendre une simple relation de fait, attendons-nous à ce que de simples amis soient déclarés recevables à agir en réparation du préjudice que leur cause la mort d'un ami (...)* ».

¹⁸² CE, 11 mai 1928. Selon le Conseil d'Etat, « *pour obtenir en justice la réparation d'un préjudice, il ne suffit pas d'un intérêt mais il faut pouvoir justifier d'un droit lésé* ». Cette solution a été approuvée par le professeur L. JOSSERAND, dans ses cours de droit civil positif français, *op. cit.*, p. 659. Malgré la solution adoptée par le Conseil d'Etat, la chambre criminelle a maintenu sa jurisprudence, Cass. Ch. Crim., 28 février 1930.

147. La position ainsi prise tant par le législateur que par la jurisprudence a été vivement critiquée par une partie de la doctrine¹⁸³ qui se fondait sur une conception conservatrice voire rigoriste du mariage et de la famille et apparaissait soucieuse de sauvegarder le caractère exclusif de l'institution matrimoniale, « *fondement de toute société civile* »¹⁸⁴.

148. Dans une chronique publiée en 1932, le professeur L. JOSSERAND écrivait que « *l'union de fait tend à devenir une situation juridique organisée (...)* » et, distinguait le concubinage simple, lequel impliquait seulement une communauté de lit, de l'union libre, qu'il dénommait « *concubinage moderne* ». Selon le professeur Josserand, dès lors que le concubinage moderne ne produit pas les effets classiquement attachés au concubinage simple et, parce qu'il suppose nécessairement une communauté d'existence, l'union libre « *revêt l'apparence d'un mariage* » et « *devient un centre de rapports obligatoires, actuels ou éventuels, dès maintenant réalisés ou simplement en puissance, qui s'affirment de plus en plus nombreux et toujours plus effectif au point d'imprimer à la situation d'où ils dérivent le caractère d'une véritable institution* »¹⁸⁵. Le concubinage ne pouvait être assimilé à un mariage dès lors que les concubins n'avaient manifesté aucune volonté nuptiale et, n'avaient procédé à aucune célébration. Cet auteur déplorait également une solution « *extrême* » qui avait pour effet d'instituer une union régulière susceptible d'imposer aux tiers des obligations vis-à-vis des concubins¹⁸⁶.

149. La vénération de la famille légitime s'est considérablement renforcée sous le Régime de Vichy qui a fait du mariage le « *fondement de l'édifice social* »¹⁸⁷ et a entendu conférer à la famille légitime toute sa puissance. La famille naturelle, trouble à l'ordre social et moral, est sanctionnée et discriminée notamment en matière d'aides sociales. Le régime de Vichy, qui adopte une conception rigoriste de l'union matrimoniale, l'appréhende comme un sacrement

¹⁸³ Ainsi, dans un article, P. CHASSAGNADE-BELMIN écrivait que « la législation, la jurisprudence et les mœurs ont gravement compromis la famille française, notamment en favorisant la dissolution du mariage par le divorce et en permettant les mariages de l'époux divorcé, même avec son ou sa complice en cas d'adultère. Mais, après avoir sapé le mariage, base fondamentale de la famille, on cherche à donner à l'union libre une reconnaissance juridique qui peu à peu devra amener l'abandon des institutions matrimoniales », P. CHASSAGNADE-BELMIN, La reconnaissance juridique de l'union libre, *op. cit.* p. 532.

¹⁸⁴ XLVIIe Congrès des juristes catholiques, *op. cit.*, p. 481.

¹⁸⁵ L. JOSSERAND, « L'avènement du concubinat », *D.H.* 1932, p. 46.

¹⁸⁶ Selon le Professeur JOSSERAND, « *il n'appartient pas à la jurisprudence de créer, de toutes pièces, un concubinat régulier, susceptible d'imposer aux tiers des obligations vis-à-vis des concubins* », L. JOSSERAND, Cours de droit civil positif français, 3^e édition, Paris 1938, p. 659. A cet égard, le Professeur JOSSERAND avait proposé de limiter les effets du concubinage à la seule sauvegarde des droits des tiers.

¹⁸⁷ M. BORDEAUX, La victoire de la famille dans la France défaite, Paris 2002, p. 16, 57 à 59. Voir également p. 46 – 50 pour la propagande sur la famille.

indissoluble participant activement à l'équilibre du pays¹⁸⁸. En ces temps particulièrement sombres fortement marqués par une politique nataliste et raciste, l'adultère est sévèrement réprimé et, le concubinage constitue un délit. La Libération s'est accompagnée d'une prise en compte progressive de la situation des concubins. C'est en matière sociale que le plus grand progrès s'est opéré avec l'adoption de l'ordonnance du 19 octobre 1945¹⁸⁹ dont l'article 23 assimile à des membres de la famille et, en conséquence bénéficiaires des prestations de l'assurance maladie, « *les enfants de moins de seize ans non salariés, à la charge de l'assuré ou de son conjoint, qu'ils soient légitimes, naturels, reconnus ou non, adoptifs, pupilles de la nation dont l'assuré est tuteur, ou enfants recueillis* ».

150. D'autres droits furent progressivement accordés aux concubins et aux enfants naturels malgré la défiance d'une partie de la doctrine qui a notamment dénoncé la prise en compte de la famille naturelle dans le dispositif étatique social¹⁹⁰.

151. Le concubinage est devenu un phénomène très répandu dans les années 1960 : il est entré dans les mœurs et est devenu accepté par l'ensemble de la société. Il a cessé d'être immoral et est devenu un mode d'organisation de la vie privée comme un autre¹⁹¹. Si la jurisprudence a, dans un premier temps, attaché certains effets à la vie commune passée ou actuelle¹⁹², c'est surtout dans le cadre de la filiation que la reconnaissance du concubinage a été entière¹⁹³.

¹⁸⁸ Sur la question, voir M. BORDEAUX, *La victoire de la famille dans la France défaite, Vichy 1940-1944*, Paris 2002 ; M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, Presses universitaires de France 2005.

¹⁸⁹ Ordonnance n° 45/2454 du 19 octobre 1945 fixant le Régime des Assurances sociales applicable aux assurés des professions non agricoles.

¹⁹⁰ Voir à cet égard, A. ROUAST, *La sécurité sociale et le droit de la famille, in : Le droit privé au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges RIPERT, Tome I*, Paris 1950, p. 349, pour qui il était nécessaire de « *lutter contre le développement du concubinage, cette union instable par essence, contraire à la morale, et qui ne saurait être constitutive de familles ordonnées et féconde* ».

¹⁹¹ Selon F. HELEINE, « De phénomène marginal vécu par quelques sans titres qui venaient grossier la classe déshéritée qui s'accommodait fort bien de cette union de seconde zone, le concubinage est devenu une nouvelle forme de vie maritale, désacralisée, déculpabilisée et ouverte à toutes les classes de la société » (Cité dans *Les concubinages dans le monde*, Paris 1990, RUBELLIN-DEVICHI).

¹⁹² La jurisprudence a ainsi attaché des effets à la vie commune notamment en matière de droits sociaux, droits fiscaux ou encore en matière de responsabilité civile. Dans un arrêt *Dangereux* rendu le 27 février 1970, la Cour de cassation a admis que le concubin survivant pouvait invoquer les articles 1382 et 1383 du Code civil (aujourd'hui articles 1240 et 1241) à l'encontre du tiers responsable de l'accident ayant causé la mort de son compagnon pour obtenir réparation du préjudice matériel et moral subi : Cass. Ch. Mixte, 27 février 1970, *Dangereux*, D. 1970, 201, note COMBALDIEU. Cette solution n'a pas toujours été. Dans un arrêt rendu le 28 juillet 1937, la Cour de cassation avait jugé que le « *concubinage demeure, en toute en toute occurrence, quelles que soient ses modalités et sa durée, une situation de fait qui ne saurait être génératrice de droits au profit des concubins et vis-à-vis des tiers* ». En conséquence, le concubin survivant ne saurait se prévaloir d'une action en responsabilité à l'encontre de la personne responsable du décès de son compagnon.

¹⁹³ Ph. MALAURIE / H. FULCHIRON, *op.cit.*, n°294.

152. En effet, après avoir essuyés de nombreuses discriminations, les enfants nés hors mariage se sont progressivement vu attribuer les mêmes droits que les enfants légitimes, les règles de l'autorité parentale à l'égard des enfants naturels ont été calquées sur celles des enfants légitimes¹⁹⁴. Ce fut la loi du 3 janvier 1972¹⁹⁵ qui mit fin au règne absolu de la filiation légitime en introduisant dans le Code civil l'article 334 en vertu duquel « *l'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère* » et, « *entre dans la famille de son auteur* ». Si la loi du 3 janvier 1972 avait pour objectif de consacrer une égalité de droit entre les enfants indépendamment de la nature de leur filiation¹⁹⁶, elle a néanmoins été assortie de nombreuses restrictions notamment à l'égard des enfants incestueux¹⁹⁷ et adultérins¹⁹⁸.

153. L'ordonnance du 24 mai 2005¹⁹⁹ a définitivement clos le chapitre de l'inégalité des filiations en supprimant non seulement les catégories d'enfant naturel et légitime mais en prônant une totale égalité des filiations tant dans ses effets que dans ses modes d'établissement. Si la présomption de paternité a été conservée tant par la loi du 3 janvier 1972 que par l'ordonnance précitée, elle a été considérablement limitée et ne jouit plus de la même autorité qu'auparavant.

¹⁹⁴ Loi n° 52-899 du 25 juillet 1952 relative au nom des enfants naturels publiée au JORF du 29 juillet 1952, page 7679 dont l'article 2 permet à l'enfant de prendre le nom de son père sur autorisation judiciaire lorsque son père l'a reconnu en second lieu ; Loi n°55-934 du 15 juillet 1955 relative à la reconnaissance des enfants naturels qui a modifié l'article 341 du Code civil ; Loi n°56-656 du 5 juillet 1956 légitimation des enfants adultérins ; Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale qui a introduit en lieu et place de la notion de puissance paternelle, celle d'autorité parentale.

¹⁹⁵ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation publiée au JORF du 5 janvier 1972, p. 145.

¹⁹⁶ Une telle réforme se conformait ainsi aux principes fondamentaux énoncés tant dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (article 1^{er} en vertu duquel « *les hommes naissent libres et égaux en droit* » que dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dont l'article 14 prohibe toute discrimination notamment fondée sur la naissance.

¹⁹⁷ Selon l'ancien article 334-10 du Code civil, aujourd'hui repris par l'article 310-2, « S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre ». L'article 310-2 du Code civil a cependant ajouté qu'une telle filiation ne pouvait être établie « par quelque moyen que ce soit ». Une telle précision répondait à la position adoptée par certaines juridictions du fond, qui désireuses de contourner l'interdiction posée par l'ancien article 334-10, avaient prononcé l'adoption simple de l'enfant par son second parent, Voir Cass.Civ. 1, 6 janvier 2004, n°01-01.600.

Une telle interdiction est justifiée par des considérations morales et dans un souci de préserver l'intérêt de l'enfant.

¹⁹⁸ Conformément à l'ancien article 334-7 du Code civil, « *dans le cas prévu au troisième alinéa de l'article 334 ci-dessus, l'enfant naturel ne peut être élevé au domicile conjugal qu'avec le consentement de son auteur* ». L'ancien article 334 prévoyait également que « *si, au temps de la conception, le père ou la mère était engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, les droits de l'enfant ne peuvent préjudicier que dans la mesure réglée par la loi, aux engagements que, par le fait du mariage, ce parent avait contracté* ». Enfin, l'enfant adultérin était touché par de nombreuses restrictions en matière de successions et de libéralités. A titre d'exemple, sa part était considérablement réduite s'il se trouvait en concurrence, au jour du décès, avec le conjoint survivant ou les enfants légitimes.

¹⁹⁹ Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF n°156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n°19.

154. Le mouvement amorcé dans les années 1930 par la Cour de cassation favorable à l'indemnisation du préjudice subi par la concubine en cas d'accident mortel de son compagnon, vivement critiqué par la doctrine, a été définitivement admis par un arrêt rendu par la Chambre mixte le 27 février 1970²⁰⁰. La jurisprudence a ainsi, bien avant l'entrée en vigueur de la loi de 2001 relative au PACS, largement contribué à la reconnaissance juridique du concubinage et à la détermination de son régime juridique. C'est également à partir de ces années que la société, non seulement en France mais également en Europe, a connu de profonds bouleversements qui indéniablement conduit à la consécration du pluralisme familial. Après des siècles d'opprobre et de lutte acharnée, le concubinage est devenu une union consacrée et reconnue tant par la loi que par la société dans son ensemble. Elle n'est plus synonyme d'infamie et est même devenue une organisation de vie choisie par un nombre toujours plus croissant de personnes. L'évolution jurisprudentielle, en premier lieu, puis législative, les expériences du droit comparé confèrent aujourd'hui aux mots de Montesquieu un caractère obsolète et inadapté. Le caractère rigoureux de l'institution matrimoniale a constitué un frein qui s'est progressivement mué en une désaffection pour ce mode de conjugalité. Toutes formes confondues, le concubinage a évolué de façon croissante depuis la fin des années 1960. En 1990, l'INSEE comptait 1 720 000 couples non mariés alors qu'ils n'étaient que 282 000 en 1954²⁰¹. Selon les statistiques de l'INSEE se référant à l'année 2013, sur 31 748 000 personnes se déclarant en couple, 7 169 000 de personnes vivaient en concubinage soit un pourcentage de 22,6²⁰². Corrélativement, le nombre des mariages a quant à lui considérablement diminué depuis les années 1950 au point que certains auteurs ont pu craindre un déclin voire une crise de l'institution matrimoniale²⁰³.

155. L'augmentation croissante du nombre de personnes vivant en concubinage a été accompagnée par un mouvement grandissant de revendications de droits par les couples

²⁰⁰ Cour de cassation, Ch. Mixte, 27 février 1970, n° 68-10276. En l'espèce, la Cour d'appel avait débouté la concubine de sa demande tendant à l'obtention de dommages et intérêts du fait de la mort accidentelle de son compagnon au motif que le « *concubinage ne crée pas de droit entre les concubins* ». La Chambre mixte a infirmé cet arrêt considérant que la juridiction d'appel avait subordonné l'application de l'article 1382 (ancien) à une condition qu'il ne contenait pas.

²⁰¹ F. PRIoux, *La fréquence de l'union libre en France*, in : Population, 50^e année, n°3, 1995, pp. 828-844.

²⁰² G. BUISSON et A. LAPINTE, Le couple dans tous ses états. Non-cohabitation, conjoints de même sexe, PACS... : INSEE Première, n° 1435, févr. 2013, division des enquêtes et études démographiques de l'INSEE.

²⁰³ D'après les statistiques de l'INSEE, en France, de 1950 jusqu'au début des années 1980, plus de 300 000 couples se mariaient chaque année. En 1972, 417 000 mariages ont été célébrés ce qui constitue le chiffre le plus élevé enregistré depuis la fin de la Seconde guerre mondiale. Dès l'année suivante pourtant, la chute s'est amorcée et n'a cessé de se poursuivre pendant plus d'une décennie. A la fin des années 1980, la baisse des unions célébrées s'interrompt et le nombre de mariage se maintient jusqu'aux années 2000. Depuis cette période, le nombre des mariages célébrés en France n'a cessé de décroître. En 2013, en France, 231 225 mariages ont été célébrés soit une baisse de 6 % par rapport à l'année 2012. Enfin, en 2016, 235 000 mariages ont été célébrés en France dont 228 000 entre personnes de sexe différent.

homosexuels. Ces revendications avaient pour principal moteur le respect des droits fondamentaux de l'homme et particulièrement l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Si la jurisprudence avait fini par reconnaître le concubinage et attaché à ce dernier certains effets de droit, elle n'en demeurait pas moins tout à fait hostile à l'égard du concubinage entre personnes de même sexe demeurant sourde aux sollicitations des concubins de même sexe. En effet, dans deux arrêts en date du 11 juillet 1989²⁰⁴, la Cour de cassation avait jugé que pour produire tous ses effets, le concubinage devait nécessairement impliquer une différence de sexe. La Cour de cassation avait alors appliqué au concubinage l'interdiction de l'identité de sexe dans le cadre du mariage réalisant de ce fait une assimilation entre ces deux situations.

156. L'interprétation du concubinage adoptée par la Chambre sociale a été également suivie par la Troisième chambre civile dans un arrêt en date du 17 décembre 1997. Selon la Haute juridiction, le concubinage, qui implique une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, ne peut concerner qu'un homme et une femme²⁰⁵.

157. Le législateur est finalement intervenu, à la fin des années 1990, afin de répondre aux revendications des couples de même sexe et de mettre fin à la jurisprudence de la Cour de cassation. Plusieurs projets sont alors nés et la question a soulevé d'intenses débats au sein du Parlement. C'est donc dans un contexte politique difficile et confus que la proposition de loi visant à la création d'un Pacte civil de solidarité est née. Souhaitant faire obstacle à son adoption et enterrer définitivement la proposition de loi, le Sénat avait alors proposé d'introduire dans le Code civil une définition de la notion de concubinage incluant les couples de même sexe. La définition de la notion de concubinage a dès lors fait son entrée dans le Code civil. Ce faisant, l'introduction du concubinage dans le Code civil n'a pas été motivé par la volonté du législateur

²⁰⁴ Cour de cassation, Chambre sociale, 11 juillet 1989, pourvoi n°86-10665 et n°85-46008, dans lesquels la Chambre sociale de la Cour de cassation juge que « *la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme* ». En l'espèce, la Cour de cassation avait exclu les concubins homosexuels du droit aux prestations sociales tel qu'accordé par l'article 13 de la loi du 2 janvier 1978 à la personne vivant maritalement avec un assuré social et qui se trouve à sa charge effective totale et permanente, ainsi que du bénéfice des facilités de transport accordées par le statut du personnel d'Air France aux agents de la compagnie, aux membres de leur famille et à leur conjoint en union libre.

²⁰⁵ Cass. Civ. 3, 17 décembre 1997, pourvoi n°95-20779, JCP G 1998. II. 10093, note A. DUGO ; D. 1998, 111, concl. WEBER. En l'espèce, il s'agissait de savoir si le compagnon homosexuel pouvait se voir attribuer le titre juridique de concubin afin de pouvoir jouir du transfert du bail à son profit en cas de décès de son compagnon locataire conformément à l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation.

de donner à la situation un cadre normatif et, c'est la raison pour laquelle la définition du concubinage ne s'accompagne d'aucune autre règle visant à le régir.

Aux termes de l'article 515-8 du Code civil, 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* ». Le concubinage ne jouit d'aucun statut et le Code civil n'établit aucune règle permettant de le régir. En principe, le concubinage n'emporte aucune effet personnel ou patrimonial entre les concubins et ces derniers demeurent juridiquement des étrangers l'un envers l'autre non seulement pendant la durée du concubinage mais également au moment de sa rupture. Le concubinage, « *catégorie civile atypique* »²⁰⁶ plutôt qu'institution, obéit ainsi à des règles juridiques parcellaires variant selon les situations en cause, ce qui conduit à la création non pas d'un statut mais de multiples statuts. La question des effets du concubinage se trouve aussi bien sur le plan personnel que patrimonial.

158. Caractérisé par une très grande liberté et une absence de formalisme, le concubinage ne met à la charge des concubins aucune obligation patrimoniale. La communauté de vie existant entre deux concubins suppose nécessairement une communauté de patrimoines. Vivant ensemble et œuvrant à leur épanouissement futur, les concubins s'entraident, font face à des dettes contractées dans l'intérêt du ménage et confondent parfois leur patrimoine. Il paraît difficilement imaginable pour deux personnes liées entre elles par des liens affectifs que l'on suppose forts, de demeurer dans les faits étrangers l'un à l'autre, sourd et aveugle lorsque la détresse matérielle surprend l'autre.

159. Sur le plan pécuniaire, le concubinage ne produit aucun effet et les concubins demeurent indépendants entre eux. Il n'existe entre les concubins aucune obligation alimentaire légale²⁰⁷. Dès lors que les concubins n'inscrivent pas leurs relations dans le cadre du mariage, il n'existe entre eux aucun régime matrimonial. En conséquence, ils ne sont pas fondés à se prévaloir des

²⁰⁶ Selon une expression empruntée à R. BLOUGH, « Le concubinage, dix ans après », *Droit de la famille* n°4, Avril 2009, étude 19.

²⁰⁷ Voir par exemple, CA Limoges, Chambre civile 1, 4 octobre 1990 dans lequel la Cour d'appel juge qu'est « inapplicable l'article 212 du Code civil, les concubins n'ayant pas l'un envers l'autre de devoir de secours et d'assistance, peu important la durée de la vie commune » ; CA Toulouse, Chambre 1 section 2, 4 décembre 2000, « Si la rupture d'un concubinage peut donner droit en certains cas à des dommages-intérêts pour le concubin délaissé ou abandonné dans une situation critique, il n'existe pas entre concubin d'obligation alimentaire, celle-ci étant fondée sur un devoir de secours, absent dans le concubinage ».

règles relatives aux régimes matrimoniaux durant le concubinage ou au moment de sa dissolution²⁰⁸.

160. Si l'un des concubins se trouve dans une situation financière précaire, il ne pourra obtenir de l'autre aucune aide matérielle, le devoir de secours et l'aide matérielle existant seulement dans les rapports entre époux et entre partenaires.

161. Il n'existe pas à ce jour, d'obligation légale réglant la question de la contribution des concubins aux charges courantes du ménage²⁰⁹.

162. Pendant le concubinage, les dépenses courantes sont organisées librement par les concubins et, en cas de défaillance financière de l'un des concubins, l'autre ne sera pas fondé à demander en justice sa participation aux charges du couple. Les dépenses du ménage sont la conséquence, en principe, naturelle, de toute vie de couple. Dans le cadre du mariage, elles sont institutionnalisées et régies par les règles du régime primaire. Dans le cadre du concubinage, elles relèvent de la seule volonté des concubins. Les dettes contractées par l'un des concubins pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants n'engagent aucunement l'autre et, les dépenses faites par chacun des concubins ne sauraient conduire à l'établissement d'un compte²¹⁰. A cet égard, la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que l'obligation solidaire telle que prescrite par l'article 220 du Code civil ne s'applique pas aux concubins²¹¹.

163. Il en résulte que chacun des concubins est tenu de supporter définitivement les dépenses de la vie courante qu'il a exposées²¹². A cet égard, la Cour de cassation a jugé qu'un concubin ne saurait être condamné au remboursement de la moitié des dépenses effectuées par l'autre

²⁰⁸ CA Toulouse, Chambre 1, 13 février 1995, retenant qu'en l'absence de toute convention entre les concubins sur la question de leur contribution aux charges du ménage, il est impossible de faire application des règles du statut matrimonial dès lors que les concubins n'ont pas choisi le mariage pour cadre.

²⁰⁹ Cour de cassation, Chambre civile 1, 19 mars 1991, n°88-19400, « *Mais attendu qu'aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de volonté expresse à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées* ».

²¹⁰ Voir arrêt précité.

²¹¹ Il s'agit ici d'une jurisprudence constante : Cour de cassation, Chambre civile 1, 11 janvier 1984, n°82-16198 ; Cour de cassation, Chambre civile 1, 27 avril 2004, n° 02-16291, JCP G, n°3, 19 janvier 2005, II 10008, comm. G. CAVALIER, dans lequel la Cour de cassation réaffirme que l'article 220 du Code civil qui institue une solidarité de plein droit des époux en matière de dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants n'est pas applicable en cas de concubinage ; Voir également, Cour de cassation, Chambre civile 1, 12 décembre 2006, n°05-17426.

²¹² Cour de cassation, Chambre civile 1, 19 mars 1991, n°88-19400.

concubin durant leur vie commune²¹³. Résistant au principe établi en jurisprudence par la Cour de cassation selon lequel, chacun des concubins est tenu de supporter définitivement les dépenses de la vie courante qu'il a exposées et, afin de pallier l'absence de statut légal, certaines juridictions du fond ont consacré l'obligation de contribuer aux charges de la vie commune²¹⁴. Dans un arrêt particulièrement audacieux et remarquable, la Cour d'appel de Bourges²¹⁵ avait résisté à la jurisprudence constante de la Cour de cassation et avait fait application de l'article 220 du Code civil aux concubins.

164. En l'espèce, deux concubins vivaient ensemble dans un logement loué par l'un d'eux. Ce dernier avait également souscrit, seul, un contrat d'abonnement avec Électricité de France (E.D.F.). Les factures étaient alors établies à son seul nom. Il quitte le logement commun et laisse derrière lui des factures impayées. Si la concubine délaissée a souscrit un nouveau contrat d'abonnement à son nom, elle a néanmoins refusé de régler l'arriéré des factures impayées. Après avoir coupé l'alimentation en électricité, EDF assigne la concubine et sollicite le paiement des sommes demeurées impayées. Le Tribunal d'instance rejette cette demande et enjoint à EDF de rétablir l'électricité au domicile de la défenderesse. Le jugement est infirmé par la Cour d'appel qui condamne l'ancienne concubine à régler le montant total de l'arriéré auprès d'EDF en déclarant que « *le concubin qui vit habituellement sous le même toit engage sa compagne* ». Dans un registre similaire, dans une décision en date du 23 mars 2001, le Tribunal d'instance de Confolens avait solidairement condamné le concubin au paiement du solde d'un emprunt souscrit par sa concubine en retenant que ce dernier « *ne pouvait ignorer l'existence du prêt puisque les échéances étaient prélevées sur son propre compte et que le couple avait bénéficié de cet argent pour les besoins du ménage* ».

165. Les faits de l'espèce étaient relativement simples et très banals. Une femme, vivant en concubinage, avait, pour les besoins du ménage, sollicité auprès d'un organisme de crédit à la consommation une demande d'aide financière sans pour autant signer de contrat. La rupture du couple donne alors naissance à un contentieux, l'organisme de crédit souhaitant obtenir la condamnation solidaire des concubins au remboursement du solde du crédit.

²¹³ Cour de cassation, Chambre civile 1, 17 octobre 2000, n°98-19527, JCP N n°50, 14 décembre 2001, p. 1822, note T. GARE ; Cour de cassation, Chambre civile 1, 28 novembre 2006, n°04-15480, Droit Famille 2007, comm. 32 V. LARRIBAU-TERNEYRE.

²¹⁴ CA Grenoble, 2^e chambre, 29 juillet 1987 ; CA Bordeaux, Chambre 6, 26 novembre 1997 ; CA Paris, Chambre 25 Section A, 15 janvier 1999.

²¹⁵ CA Bourges, 8 décembre 1997, *RTD civ.* 1998, p. 884 obs. J. HAUSER, *Dr. Famille* 1998, comm. N° 89, obs. B. BEIGNIER.

166. Ignorant la nécessité de l'existence d'un lien de droit entre les deux membres du couple pour fonder, entre eux, une solidarité passive, les juges du fond avaient assimilé la situation des concubins à celle des époux et avaient donc conclu à l'application de l'article 220 dans leur cas. La décision des juges du fond est alors censurée par la Haute juridiction²¹⁶ au visa des articles 220 et 1202²¹⁷ du Code civil. Malgré l'entrée en vigueur de la loi du 15 novembre 1999, la Cour de cassation résiste fermement aux tentatives des juridictions du fond de consacrer une solidarité passive entre les concubins. En censurant la décision des juges du fond au visa des articles 220 et 1202 du Code civil, la Cour de cassation rappelle non seulement sa position mais renforce également celle-ci en marquant sa volonté de ne pas assimiler deux situations qu'elle juge différente. La Cour de cassation a également refusé d'étendre le bénéfice de l'article 214 du Code civil aux concubins en jugeant qu'à défaut de volonté expresse à cet égard, « *chacun des concubins doit supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées* »²¹⁸.

167. Si, selon Loisel, « *manger, boire et dormir ensemble* » est mariage, encore faut-il, disait-il, que « *l'Église y passe* ». C'est ici, sur le passage de l'Église, aujourd'hui du droit, que réside la différence majeure entre le mariage et le concubinage. La Cour de cassation rappelle aux juridictions du fond les termes de l'article 1202 du Code civil et le domaine respectif de la solidarité légale et conventionnelle.

168. En droit civil, la solidarité ne se présume point et doit trouver sa source dans la loi ou dans la convention. Les articles 220 et 515-4 du Code civil instituent une solidarité de plein droit des époux et partenaires de PACS pour les dettes contractées par l'un d'entre eux pour les besoins de la vie courante. En revanche, le Code civil ne régleme pas le régime patrimonial des concubins qui, dans le silence des textes, doivent supporter seuls et définitivement les dépenses engagées pour les besoins de la vie courante ou l'éducation des enfants. Ainsi, en l'absence d'engagement personnel, les concubins sont protégés non seulement sur le terrain de l'obligation à la dette mais également sur celui de la contribution à la dette.

²¹⁶ Cour de cassation, Chambre civile 1, 27 avril 2004, n°02-16.291, *Dr. Famille* n°9, septembre 2004, comm. V. LARRIBAU-TERNEYRE, *RTD civ.* 2004, p. 487, obs. J. HAUSER, *D.* 2004, p. 2968, obs. D. VIGNEAU, *JCP* 19 janvier 2005, n° 3, II, 10008, note G. CAVALIER.

²¹⁷ Actuel article 1310 selon lequel « La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas ».

²¹⁸ Cour de cassation, Chambre civile 1, 19 mars 1991, n°88-19.400, *RTD civ.*, p. 507, obs. J. HAUSER ; Cour de cassation, Chambre civile 1, 17 octobre 2000, n°98-19.527, *D.* 2001, p. 497, note R. CABRILLAC, *D.* 2002, p. 611, obs. J.-J. LEMOULAND, *RTD civ.* 2001., p. 111, obs. J. HAUSER. Dans ces espèces, l'un des concubins réclamant à l'autre le remboursement de dépenses engagées durant la période de concubinage. Dans la deuxième espèce, la Cour d'appel de Dijon avait retenu l'existence d'une communauté de fait entre les concubins et avait, à ce titre, condamné l'ancien concubin à rembourser à son ex-concubine la moitié des dépenses effectuées par cette dernière durant la vie commune.

169. S'il n'existe aucune obligation légale de contribuer aux charges du ménage, une vie commune stable et continue entraîne nécessairement une confusion des patrimoines, des budgets ou encore des dettes. Si l'indépendance financière des concubins peut se justifier sur un plan juridique, le devoir de secours et la contribution aux charges du mariage n'étant pas applicables aux concubins, elle n'est pas si évidente sur un plan moral. Si la transposition des règles du régime primaire aux concubins ne nous paraît pas opportune, en raison de la nécessité de respecter le souhait des concubins de demeurer libres et de ne pas se soumettre au caractère contraignant du cadre matrimonial, une totale ignorance de leur situation n'est cependant pas souhaitable. Le respect de leur liberté ne constitue pas à un obstacle à la mise en place d'un droit commun minimal leur assurant une certaine protection.

170. La réponse de la Cour de cassation à l'argument développé par la Cour d'appel est d'autant plus surprenante que la Haute juridiction elle-même avait, quelques années auparavant, usé du raisonnement par analogie pour refuser aux couples homosexuels la qualité de concubin. Lorsque la Cour de cassation décide que « *le concubinage ne peut résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage donc entre un homme et une femme* » pour refuser au concubin survivant le transfert du contrat de bail à son bénéficiaire, elle se fonde sur une croyance aussi vieille que le monde selon laquelle le concubinage ne serait qu'un mariage apparent. De tous temps, le concubinage n'a été que le spectre du mariage et il a toujours été appréhendé dans le sillage de celui-ci. Cette jurisprudence a survécu peu de temps avant d'être anéantie par l'entrée en vigueur de la loi du 15 novembre 1999 et l'entrée dans le Code civil de l'article 515-8.

171. Le droit n'intervient donc pas dans les rapports entre concubins ni au cours du concubinage ni au moment de la rupture alors même que cette dernière est susceptible d'aboutir à des situations injustes. La liberté caractéristique du statut justifie-t-elle pour autant un total désintérêt du droit à l'égard des concubins et, partant, une absence de protection ? La réponse ne semble pas si évidente tant il convient de concilier d'une part, le respect de la volonté des concubins de ne pas se soumettre au cadre institutionnel du mariage ou contractuel du PACS et, d'autre part et le rôle de protection joué par le droit conjugal.

172. L'activisme et l'audace dont ont fait preuve certaines juridictions d'appel ne font que mettre en exergue les difficultés pratiques auxquelles sont confrontés les praticiens du droit lorsqu'il s'agit de résoudre les délicates questions patrimoniales survenant au moment de la

rupture du concubinage. Assimiler le concubinage au mariage se révèle pratique et permet la résolution de nombreuses difficultés. Le caractère précaire et instable de l'union se retrouve alors effacé par l'application des règles normalement applicables aux époux. Avides de cohérence et d'équité dans un domaine du droit soulevant de vives passions et empreint de contradictions, les juges du fond se sont alors débarrassés de leurs tentations d'assimilation en y cédant. Usant d'un raisonnement par analogie, les juges du fond avaient ainsi retenu que « *si l'union libre confère des droits de plus en plus nombreux qui rapprochent cette situation du statut du mariage, il convient alors de faire application aux concubins des mêmes obligations que celles des époux quant aux dépenses d'entretien* ». Le raisonnement par analogie consiste donc à mettre en relation deux situations présentant des similitudes afin d'appliquer à l'une d'elle les solutions établies pour l'autre²¹⁹. Mettant en relation le mariage et le concubinage, les juges du fond, en ont déduit que si les concubins bénéficiaient de plus en plus droits, il était alors tout à fait légitime de mettre également à leur charge des obligations.

173. L'argument n'a point convaincu en haut lieu, les juges du fond sont censurés par la Cour de cassation²²⁰ laissant ces derniers en proie aux mêmes difficultés que l'entrée en vigueur de la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS n'a pas permis de résoudre. Bien que le concubinage ait été défini dans le Code civil, aucun régime juridique ne lui a été assigné. L'institution d'un nouveau mode d'organisation de la vie commune, le pacte civil de solidarité, a quelque peu brouillé les frontières entre ces trois modes de conjugalité renforçant par là-même l'attrait des juridictions du fond pour la solidarité ménagère des concubins

174. La séparation du couple ou le décès de l'un des concubins sonne le glas du concubinage et révèle les difficultés patrimoniales auxquelles peuvent être confrontés les anciens concubins ou le concubin survivant. La rupture du concubinage est susceptible d'entraîner des conséquences morales et matérielles dommageables pour les concubins. Confondus durant de très nombreuses années, les patrimoines de chacun des concubins doivent recouvrer leur liberté et être liquidés. Alors que les époux ou les partenaires peuvent envisager un retour au célibat dans des conditions économiques relativement sereines, le concubin, survivant ou délaissé,

²¹⁹ G. CORNU, Le règne discret de l'analogie, in Mélanges offerts à André COLOMER, LexisNexis, coll. Litec, 1993, p. 129 et s. Selon cet auteur, « *l'analogie est un raisonnement, et le raisonnement par analogie ou extension analogique, un procédé d'interprétation du droit qui consiste à appliquer par identité de raison a pari, à un cas non réglé par le droit, la solution établie pour un cas semblable* ».

²²⁰ Cour de cassation, Chambre civile 1, 2 mai 2001, *Dr. Famille* n° 9, Septembre 2001, comm. 79, obs. L. PERROUIN. *Defrénois* 15 septembre 2001, p. 1003, obs. J. MASSIP.

quant à lui, est lâché dans l'arène du célibat sans garantie financière aucune. Une séparation implique nécessairement un appauvrissement du patrimoine. Alors que les époux et les partenaires en sont protégés, dans une toute relative mesure pour les partenaires cependant, les concubins, eux, devront la subir. En effet, lorsque les relations concubinaires s'inscrivent dans le temps et que des enfants en naissent, des choix de vies vont être opérés et des sacrifices professionnels peuvent être faits. Au moment de la dissolution du concubinage, à l'heure des bilans, la séparation peut avoir pour l'un des concubins, qu'il soit survivant ou délaissé, de douloureuses conséquences, spécialement lorsque sa situation matérielle devient précaire.

175. L'application stricte de la règle de droit peut conduire à des situations injustes dont le juge cherche à se libérer. L'équité peut parfois commander que le juge cherche sur un autre terrain le fondement lui permettant de rendre une décision juste. C'est notamment en se fondant sur le droit de la responsabilité civile que la jurisprudence a pu intervenir dans le but d'atténuer ces conséquences dommageables²²¹.

176. La dissolution du concubinage n'emporte pas les mêmes conséquences que la dissolution mariage et surtout, elle ne se fait pas dans les mêmes conditions financières. Le concubin veuf ou séparé ne peut prétendre à la protection accordée par l'union matrimoniale. Alors même qu'il aura consacré des années à l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, le concubin ne pourra prétendre, au sortir du concubinage, à aucune compensation financière.

177. C'est au moment de la dissolution du concubinage que les concubins vont se heurter à certaines difficultés. Ils n'ont certes pris aucun engagement devant leur famille et la société dans son ensemble mais ils souhaitent pouvoir néanmoins régler les conséquences matérielles et morales de leur rupture. Lorsque les difficultés surgissent et, dans le silence de la loi, le juge a dû intervenir et se retrousser les manches pour tenter de dégager les fondements juridiques permettant de dessiner les contours du régime applicable aux concubins. Au commencement, la tentation fut grande d'appliquer aux concubins les règles normalement dévolues aux époux.

²²¹ Cour de cassation, Chambre civile 1, 30 juin 1992 : Petites Affiches, 17 février 1999, n°34, p. 10, note J. MASSIP, dans lequel la Cour de cassation énonce que « *la rupture du concubinage ne peut ouvrir droit à indemnité que si elle revêt un caractère fautif* ».

La Cour de cassation a très vite marqué son opposition à l'extension, par analogie, des règles du régime primaire²²² applicables aux époux en matière de solidarité aux concubins²²³.

178. La solution demeure constante malgré une forte résistance des juridictions du fond. Procédant par analogie, certaines juridictions du fond ont, en effet, à de maintes reprises, appliqué au concubinage les règles du régime primaire normalement dévolues aux époux. En effet, si la Cour de cassation refuse toujours d'étendre le statut matrimonial au concubinage, les juridictions du fond semblent, quant à elle, prendre une certaine distance avec cette position.

179. Le droit conjugal n'intervient que très rarement sur le terrain du concubinage et c'est dans le droit des obligations que le juge peut puiser afin de pallier l'absence de droit et la précarité inhérente au concubinage.

180. En principe, l'absence de disposition légale relative à une aide matérielle post-séparation peut être suppléée par la volonté individuelle. Toutefois, dans un contexte de séparation pouvant être difficile et conflictuel, ces accords peuvent apparaître fragiles et incertains tant ils sont soumis à la volonté de celui qui les formule.

181. Gouverné par la volonté de s'affranchir de l'application d'une règle de droit inadaptée, les juges vont alors recourir à la théorie de l'obligation naturelle, outil juridique utilisé en sa qualité de correctif des lacunes du droit.

182. L'obligation naturelle peut se définir, de manière négative, comme « l'obligation dont l'exécution forcée ne peut être exigée en justice, mais dont l'exécution volontaire ne donne pas lieu à répétition en tant qu'elle est l'accomplissement d'un devoir moral »²²⁴. Figurant au rang des sources d'obligations dans le Code civil²²⁵, l'obligation naturelle est présentée comme un

²²² Articles 212 à 226 du Code civil.

²²³ Ainsi, dans un arrêt en date du 11 janvier 1984, la Cour de cassation avait jugé que l'article 220 du Code civil n'était pas applicable dans le cadre d'un concubinage, Cour de cassation, Chambre civile 1, 11 janvier 1984, n°82-16.198, *RTD civ.* 1985, p. 171, obs. J. MESTRE.

²²⁴ Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, sous la direction de G. CORNU, PUF, 2016.

²²⁵ Ainsi, en vertu de l'article 1100 du Code civil, « *Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui* ».

devoir de conscience et d'équité : une personne, commandée par un devoir moral, s'engage à faire ou ne pas faire quelque chose alors même que le droit ne l'y contraint pas²²⁶.

183. C'est sur le fondement de ce concept que la jurisprudence a pu admettre l'existence d'un devoir d'assistance entre ex-concubins alors même que le droit ne le prévoit pas. L'obligation naturelle va être justifiée par la vie commune passée à deux et par l'existence d'un devoir naturel d'assistance entre les concubins dans le cas où l'un d'eux se trouverait dans le besoin²²⁷. En principe, c'est au moment de la rupture des concubins que le souci de protection se fera sentir et que le juge se fondera sur l'obligation naturelle en vue de pallier toute défaillance du droit positif.

184. Toutefois, la jurisprudence a également admis l'existence d'une obligation naturelle de contribuer aux charges du ménage²²⁸ à l'image de la contribution aux charges du mariage. Le lien affectif liant les concubins ou les ayant liés par le passé justifie l'existence d'un devoir moral d'apporter une aide matérielle au concubin se trouvant dans le besoin quand bien même le droit ne le prescrit pas. C'est dans la morale et la conscience de chacun que le juge puisera pour imposer à l'un des concubins un devoir d'assistance ce qui soulève la question de son étendue. En effet, en l'absence de disposition légale réglementant un tel devoir, ce dernier ne peut constituer un engagement excessif.

²²⁶ M. GRIMALDI, *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000, n°1013. M. GRIMALDI a mis en exergue les fonctions de l'obligation naturelle. Celle-ci répond à un devoir de justice ou à un devoir d'assistance : « ou bien ce devoir est un devoir de justice, c'est-à-dire un devoir de rétablir, en tout ou partie, un équilibre patrimonial qui a été rompu (...). Ou bien le devoir de conscience est un devoir de charité, c'est-à-dire un devoir d'assistance ou de reconnaissance : ainsi le devoir de verser des secours à un frère, de doter un enfant, de remettre une somme d'argent ou d'acheter un bien à une concubine délaissée ».

²²⁷ CA Dijon, Chambre 1, section 2, 27 mai 1993 : le concubin qui a versé à son ex-concubine des sommes d'argent ne peut plus en obtenir la répétition dès lors que son geste peut s'analyser comme l'exécution d'une obligation alimentaire ; CA Aix-en-Provence, Chambre civile 1, section A, 22 juin 2004 : le concubin qui laisse après la rupture du concubinage à son initiative, à disposition de son ex-compagne qui rencontrait des difficultés financières, sa maison à usage d'habitation, qui règle des factures relatives audit logement, remplit un devoir impérieux de conscience et d'honneur et ne fait qu'exécuter une obligation naturelle. La Cour de cassation également admet qu'une obligation naturelle peut être mise à la charge de l'un des concubins : Cass. Civ. 3, 17 novembre 1999, n°97-17541, *RTD Civ.* 2000, p. 297, obs. J. HAUSER. De même, Cass., Civ. 3, 19 février 2002, *RTD Civ.* 2002, p. 489, obs. J. HAUSER.

²²⁸ CA Aix-en-Provence, Chambre 1, section A, 28 juin 2005 où il été décidé que bien que la concubine ait participé de manière non déclarée, en accord avec son concubin, à la gestion du fonds de commerce de ce dernier, sa demande d'enrichissement sans cause est rejetée, car cette aide constituait la participation aux charges du ménage ; CA Aix-en-Provence, Chambre 1, section A, 27 septembre 2005. En l'espèce, le concubin avait financé des travaux d'agrandissement du logement appartenant à sa concubine. Après interruption des travaux, il fut intégralement remboursé ce qui interroge sur son appauvrissement. La concubine quant à elle a hébergé gratuitement son concubin pendant cinq ans et demi et ce dernier, par sa contribution, répond à son obligation naturelle de participation aux charges du ménage.

185. C'est ainsi que la Cour de cassation s'est fondée sur la théorie de l'obligation naturelle afin de faire obstacle à l'application d'une convention de rupture de concubinage qui mettait à la charge de l'ex-concubin l'obligation de verser à son ex-concubine la somme forfaitaire de 500 euros par mois durant toute sa vie et ce, indépendamment de l'état de besoin de la créancière²²⁹.

B. Le Pacte civil de solidarité

186. Le législateur est intervenu, à la fin des années 1990, afin de répondre aux revendications des couples de même sexe et de mettre un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation. Plusieurs projets sont alors nés et la question a soulevé d'intenses débats au sein de la communauté parlementaire. C'est donc dans un contexte politique difficile et confus que la proposition de loi visant à la création d'un Pacte civil de solidarité est née. Souhaitant faire obstacle à son adoption et enterrer définitivement la proposition de loi, le Sénat avait alors proposé d'introduire dans le Code civil une définition de la notion de concubinage incluant les couples de même sexe. L'Assemblée nationale a résisté à la manœuvre sénatoriale et a finalement adopté la loi relative au Pacte civil de solidarité, en conservant néanmoins la définition du concubinage.

187. L'entrée en vigueur de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité (ci-après « PACS ») a consacré un pluralisme des formes de conjugalité mettant ainsi fin au monopole jusque-là détenu par l'union matrimoniale. Désormais, le couple n'est plus seulement appréhendé dans le seul cadre du mariage et celui-ci se trouve être en concurrence avec d'autres modes de conjugalité en apparence moins contraignants pour les intéressés. Optant pour un régime « pluraliste »²³⁰, le législateur français a fait le choix de mettre en place un partenariat conçu comme un mode alternatif de conjugalité, distinct du mariage, indifféremment ouvert aux couples homosexuels et hétérosexuels laissant à ces derniers une

²²⁹ Cour de cassation, Chambre civile 1, 29 juin 2011, n°10-12018, RDC 2012, p. 157, obs. Ch. GOLDIE-GENICON. Selon la Cour, « *Attendu d'abord, qu'ayant relevé que la convention litigieuse mettait à la charge de M. X. Des obligations financières excédant celles qui résulteraient de l'exécution d'un devoir de conscience et notamment l'obligation de verser, sa vie durant, à son ancienne compagne, une pension forfaitaire, fixée indépendamment de l'état de besoin dans lequel elle se trouverait et de payer les loyers afférents à son logement dans l'attente du versement de ladite pension, les juges du fond ont souverainement estimé que M. X. N'avait pas entendu s'engager à exécuter une obligation naturelle à l'égard de Mme Y. en signant cette convention et que ces dispositions sont dépourvues de cause (...)* ».

²³⁰ Voir notamment, I. CURRY-SUMNER, *Same-sex Relationships in a European Perspective*, in J.M. SCHERPE, *European Family Law Volume III*.

grande liberté pour organiser leurs relations patrimoniales²³¹. L'adoption de la loi relative au PACS a été motivée par la volonté des responsables politiques de répondre efficacement aux revendications des couples de même sexe en reconnaissant juridiquement leur union. Ainsi, l'entrée en vigueur de la loi a permis la création, aux côtés du mariage, d'une nouvelle forme de vie commune ainsi que la consécration du concubinage, forme de vie commune connue mais ignorée jusque-là par le droit. La loi précitée a ainsi eu pour effet de faire entrer dans le Code civil un certain pluralisme conjugal en consacrant, aux côtés du mariage, d'autres modes alternatifs de conjugalité.

188. La création du PACS a eu pour effet d'annihiler le caractère exclusif du mariage en offrant à tous les couples reconnaissance et sécurité. Le couple n'est plus seulement défini dans le seul cadre du mariage : il devient un terme désignant à la fois les unions homosexuelles, hétérosexuelles qu'elles soient de nature matrimoniale ou non.

La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a considérablement rapproché le PACS de l'institution matrimoniale, offrant ainsi aux partenaires, à certains égards, un statut relativement proche de celui des époux.

189. Traditionnellement, le couple se fondait exclusivement sur le mariage, seule institution légitime pouvant servir de cadre à la construction d'une famille. En dehors du mariage, le couple ne jouissait d'aucune reconnaissance sociale et n'avait aucune réalité juridique. La parenté hors mariage était illégitime, terme signifiant que cette parenté était contraire à la morale.

190. Le PACS, institution destinée à répondre aux revendications des couples homosexuels en leur offrant reconnaissance et protection, a été appréhendé par le législateur dans sa seule fonction d'organisation de la vie conjugale des partenaires. La parenté n'a pas été appréhendée dans le cadre du PACS si bien qu'aucune disposition légale n'est venue régir la question de la parenté. L'organisation patrimoniale de la vie conjugale a été complètement dissociée de toute perspective familiale.

²³¹ Ainsi qu'il en ressort des dispositions de l'article 515-1 du Code civil en vertu duquel, le PACS est « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

191. Si le PACS est un mode de conjugalité, il ne produit en revanche aucun effet en matière familiale. Le mariage reste l'acte créateur de la famille contrairement au PACS qui entend simplement régir les relations patrimoniales des partenaires.

Alors que la présomption de paternité constitue l'une des caractéristiques de l'union matrimoniale (bien que cette dernière tende de plus en plus à prendre une place réduite), une telle présomption n'existe pas dans le cadre du PACS.

192. De même, en droit français, le PACS ne crée aucun lien d'alliance et n'a en conséquence aucune incidence sur le nom des partenaires.

193. Si l'exclusion de la matière familiale dans le cadre du PACS relevait de la volonté du législateur²³², se pose aujourd'hui la question de l'opportunité d'une telle exclusion. En effet, la famille hors mariage est parfois reconnue par certaines dispositions législatives.

Ainsi, le droit du travail contient de nombreuses dispositions semblant assimiler le couple, de manière générale, à une relation de famille. L'article L.1132-1 du Code du travail prohibe toute discrimination ou licenciement fondé sur la « *situation de famille* » du salarié. De même, l'article 3122-37 du Code du travail permet à un salarié de refuser de travailler de nuit si cette situation est incompatible « *avec des obligations familiales impérieuses* ».

De même, l'article L. 3142-1 du Code du travail énumère les congés pouvant être pris pour le salarié en cas d'événements familiaux au rang desquels figurent notamment la conclusion d'un PACS ou le décès du partenaire²³³. L'article L.3142-16 du même Code prévoit également la possibilité pour le salarié d'obtenir un congé pour soutien familial lorsque l'un des partenaires présente un handicap ou une perte d'autonomie particulièrement grave. Cependant, le Code du travail ne réserve pas toujours les mêmes prérogatives aux salariés mariés, pacsés ou vivant en concubinage et opère, parfois, des différences de traitement selon le mode de conjugalité des

²³² « Que le PACS n'ait rien à voir avec la famille fait partie des fondements même de sa création », F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « PACS et famille, Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD civ.* 2001, p. 529.

²³³ Selon cet article, énoncé dans une sous-section intitulée « Congés pour événements familiaux », « *Le salarié a droit, sur justification, à un congé :*

1° Pour son mariage ou pour la conclusion d'un pacte civil de solidarité ;

2° Pour le mariage d'un enfant ;

3° Pour chaque naissance survenue à son foyer ou pour l'arrivée d'un enfant placé en vue de son adoption. Ces jours d'absence ne se cumulent pas avec les congés accordés pour ce même enfant dans le cadre du congé de maternité ;

4° Pour le décès d'un enfant, du conjoint, du concubin ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité, du père, de la mère, du beau-père, de la belle-mère, d'un frère ou d'une sœur ;

5° Pour l'annonce de la survenue d'un handicap chez un enfant ».

salariés concernés. Une telle différence de traitement est-elle nécessaire et peut-elle être justifiée en pratique ?

194. Dans un arrêt en date du 9 juillet 2014, la Chambre sociale a répondu à la question de savoir si le fait pour une convention collective de réserver des jours de congés et des primes aux seuls salariés contractant mariage relève de la discrimination.

195. En l'espèce, un salarié avait conclu un PACS avec son partenaire de même sexe et avait demandé à son employeur de lui attribuer la prime et les jours de congé spéciaux accordés au personnel, par la convention collective, en cas de mariage.

Face au refus de son employeur, le salarié, s'estimant victime d'une pratique discriminatoire avait, dans un premier temps, saisi la HALDE qui avait reconnu la discrimination avant de porter son affaire devant les tribunaux. Les juges du fond avaient rejeté les demandes du salarié au motif que le PACS « *se différencie du mariage par les formalités relatives à sa célébration, à la possibilité d'être conclu par deux personnes physiques majeures de sexe différent ou de même sexe, par le mode de rupture, par les obligations réciproques en matière de droit patrimonial, de droit successoral, de droit de la filiation et que la différence de traitement entre conjoints mariés d'une part et partenaires d'un PACS d'autre part en matière d'avantages rémunérés pour événements familiaux ne résulte ni de leur situation de famille ni de leur orientation sexuelle mais d'une différence de statut résultant de leur état civil qui ne les placent pas dans une situation identique* ».

196. La Cour de cassation a censuré les juges du fond en considérant que les salariés concluant un PACS avec un partenaire de même sexe sont dans une situation identique au regard des avantages en cause à celle des salariés contractant un mariage. Elle a jugé que les dispositions conventionnelles instaurent une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Dans cet arrêt, la Cour de cassation s'est placée sur le terrain de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dès lors que le salarié était pacsé avec un partenaire de même sexe avant même l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013. Désormais, conditionner un avantage au mariage ne saurait être considéré comme étant discriminatoire dès lors que l'accès à l'institution a été ouvert aux couples de même sexe.

197. En revanche, plus intéressante est la question de savoir quelle position adopter lorsque le PACS concerne deux partenaires de sexe différent. Si la discrimination fondée sur l'orientation

sexuelle aurait pu difficilement être soulevée, celle fondée sur la situation de famille aurait pu constituer un argument tout à fait valable.

198. Si la famille est reconnue par certaines dispositions législatives, il n'en demeure pas moins que cette reconnaissance concerne uniquement les relations entre les partenaires ou avec les ascendants et descendants des partenaires. En revanche, la question de la filiation dans le cadre du PACS reste absente des dispositions du Code civil. Le législateur de 1999 comme celui de 2006 avait refusé de consacrer la famille dans le cadre du PACS dès lors que le contrat était également ouvert aux couples de même sexe. Dans le cadre de l'adoption du PACS, la question des enfants a été exclue du régime défini par le Code civil dès lors que ce contrat n'avait pas été conçu pour régir des relations d'ordre familial. Traiter, dans le cadre du PACS, des questions d'ordre familial et plus particulièrement celle de la filiation, aurait sans doute conduit à envisager la parenté dans tout type de relations humaines (indépendamment même de la différence de sexe entre les parents), à une époque où le mariage entre personnes de même sexe n'était légalement pas admis.

Envisager la question de la filiation dans le cadre du PACS aurait également pu justifier l'intervention du droit pour offrir aux couples de même sexe un cadre juridique leur permettant de concevoir. Le droit et l'État interviennent alors dans le domaine de la famille pour soutenir une parentalité choisie. Une telle possibilité aurait conduit à une remise en cause de la conception traditionnelle de la parenté fondée sur la relation père et mère et caractérisé par l'existence d'un lien biologique entre ces derniers et l'enfant.

199. Pour certains auteurs, l'éventualité d'un encadrement juridique de la filiation dans les relations hors mariage (et particulièrement au sein des couples de même sexe) conduirait à promouvoir un nouveau type de famille défini sur la base de la sexualité du couple. Dans un tel cas, la parenté serait alors caractérisée par la « matérialité de la liaison intime entre deux personnes »²³⁴.

200. Selon certains auteurs, il existerait une hiérarchie entre les différents types de couples²³⁵ : le PACS ne serait pas envisagé comme un mode alternatif de conjugalité mais comme un type

²³⁴ C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », 1^{ère} partie, *Droit de la famille* n°5, Mai 2003, chron. 15.

²³⁵ C. BRUNETTI-PONS, *op. cit.* Pour cette auteure, « la négation de l'existence d'une hiérarchie entre les différents types de couple » est dangereuse et explique notamment les revendications des couples homosexuels.

de conjugalité, par nature, inférieur au mariage. Selon une formule de M. CARBONNIER, le mariage « *fait plus qu'engendrer de simples rapports de créancier à débiteur : il crée une famille, l'état d'époux, la légitimité des enfants* »²³⁶. Défini par le Code civil comme un contrat destiné à régir les relations patrimoniales des partenaires, le PACS emprunte de plus en plus, suivant la volonté du législateur, des traits caractéristiques du mariage. Dans une telle situation, se pose nécessairement la question de savoir si le PACS peut être, à l'instar du mariage, l'acte créateur d'une famille.

201. Cette question soulève celle de la définition de la notion de « famille » qui ne fait l'objet d'aucune définition légale.

En France, le Conseil constitutionnel avait été saisi, par le Conseil d'État, d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article L. 313-11 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après le « CESEDA ») lequel prévoit la délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire « *vie privée et familiale* » au ressortissant d'un État tiers marié avec un national français.

202. Le droit des étrangers retient une conception relativement étroite de la famille et, tend à ne protéger que le couple uni par les liens du mariage ainsi que leurs enfants mineurs²³⁷. Il existe ainsi en droit des étrangers une différence de traitement entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas.

203. En l'espèce, un ressortissant bolivien, ayant conclu avec un ressortissant français un PACS, s'était vu refuser la délivrance d'une carte de séjour temporaire « *vie privée et familiale* ». Il décide alors de saisir les juridictions administratives devant lesquelles il fait valoir que l'article 313-11 4° du CESADA est contraire au principe d'égalité et au droit de mener une vie familiale normale dès lors que les partenaires liés par un PACS ne peuvent bénéficier du régime favorable établi par ces dispositions.

²³⁶ M. CARBONNIER, *Droit civil, La Famille*, 2^e édition, p. 369.

²³⁷ Sur cette question, voir notamment, C. PETIT, « L'entrée du PACS dans le Code des étrangers », *Revue Le Lamy Droit civil*, n°90, 1^{er} février 2012.

204. Statuant quelques jours après l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous, le Conseil constitutionnel a, par un raisonnement juridiquement incontestable mais peu opportun, décidé que les dispositions déferées étaient conformes à la Constitution française. Par un habile raisonnement juridique, le Conseil constitutionnel évite soigneusement de répondre à la question de la conformité à la Constitution de la différence de traitement des partenaires étrangers pacsés et mariés.

205. En effet, le Conseil d'État avait soumis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité de l'article 313-11 4° du CESEDA lequel traite uniquement du cas des ressortissants étrangers mariés. Le requérant soutenait qu'une telle disposition portait atteinte au principe d'égalité et au droit de mener une vie familiale normale dès lors que les personnes pacsées ne pouvaient en bénéficier.

206. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a relevé qu'il existait des dispositions spécifiques régissant la situation des personnes liées par un PACS. En effet, il ressort des dispositions de l'article 12 de la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS, que « la conclusion d'un pacte civil de solidarité constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France au sens du 7° de l'article 12 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, pour l'obtention d'un titre de séjour ». L'article précité a cependant été intégré dans le CESEDA à l'article 313-11 7°.

207. Or, le Conseil d'État a uniquement transmis au Conseil constitutionnel la question de la conformité des dispositions relatives aux personnes mariées sans soulever la question de la conformité à la Constitution de la différence de traitement existant en matière de droits des étrangers entre personnes pacsées et personnes mariées. Se fondant sur cet oubli, le Conseil constitutionnel juge que l'existence de dispositions spécifiques applicables aux personnes liées par un PACS fait obstacle à l'examen de l'argumentation du requérant, fondée elle sur l'article 313-11 4°. Écartant ainsi les prétentions du requérant, le Conseil constitutionnel examine la constitutionnalité de l'article 313-11 4° du CESEDA à la Constitution et n'y relève aucune atteinte.

208. Plus récemment, la question a de nouveau été soumise au juge administratif dans un litige portant sur le refus par le préfet d'accorder au partenaire étranger une admission au séjour sur

le territoire français en qualité de conjoint d'un ressortissant de la Confédération suisse, assimilée à l'UE et aux autres États parties à l'AELE.

209. Le CESEDA prévoit différentes catégories de carte de séjour temporaire au rang desquelles figurent celle délivrée aux membres de famille d'un citoyen de l'Union européenne. Le CESEDA prévoit un régime plus favorable à l'égard des ressortissants étrangers mariés à des nationaux français. En revanche, la conclusion d'un PACS ne permet pas la délivrance automatique d'un titre de séjour.

210. En l'espèce, une nationale brésilienne avait conclu un PACS avec un citoyen suisse résidant en France. Cette dernière sollicita alors du préfet de police son admission au séjour en sa qualité de conjointe d'un ressortissant de la Confédération helvétique. Considérant qu'un engagement dans un PACS ne permettait pas de prétendre à un titre de séjour en qualité de membre de la famille d'un ressortissant suisse, le préfet de police a refusé de faire droit à la demande formulée par la partenaire brésilienne. En outre, le refus de titre opposé par le préfet de police avait été accompagné d'une obligation de quitter le territoire français dans un délai relativement limité.

Selon le préfet, le PACS n'est pas assimilable à un mariage et, de ce fait, deux partenaires liés par ce contrat ne peuvent être considérés comme deux membres d'une même famille.

211. Le tribunal administratif a fait droit à la demande d'annulation des partenaires en considérant qu'au sens de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, les partenaires devaient être considérés comme les membres d'une même famille. Sur appel formé par le préfet de police, la Cour administrative d'appel avait confirmé le jugement rendu par les premiers juges. Selon les juges d'appel, le PACS et le partenariat enregistré emportaient des effets analogues dans certaines situations sociales juridiquement protégées. En conséquence, le PACS devait être regardé comme un partenariat enregistré équivalent au mariage. Se fondant sur ce raisonnement, les juges d'appel ont alors assimilé le partenaire à un conjoint et jugé qu'il pouvait, dès lors, bénéficier d'un droit d'entrée et de séjour sur le territoire français.

212. Saisi d'un pourvoi, le Conseil d'État a annulé l'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel aux motifs que le législateur de 1999 a entendu, en intégrant le PACS dans le Code

civil, créer une nouvelle forme d'union légale entre deux personnes physiques majeures distincte de l'institution du mariage. En conséquence, les partenaires unis par un PACS ne peuvent être assimilés aux personnes mariées. Si les partenaires bénéficient de dispositions légales favorisant leur droit au séjour, ils ne peuvent, contrairement aux conjoints, se voir délivrer automatiquement une carte de séjour. Les différences de régime existant entre le mariage et le PACS ne permettent pas d'assimiler ce dernier à l'institution matrimoniale.

213. Institué en tant que mode alternatif de conjugalité, le PACS n'avait pas vocation à être assimilé au mariage. Par ailleurs, lors de son adoption à la fin des années 1990, le pouvoir législatif s'était défendu d'avoir offert aux couples homosexuels la possibilité de voir leur union produire des effets tout à fait similaires à ceux du mariage. Si le PACS permet aux couples de même sexe d'inscrire leur union dans un cadre légal, il ne produit pas en revanche les mêmes effets que ceux attachés au mariage. Contrairement au mariage, le PACS ne modifie pas l'état civil des partenaires, n'a aucune incidence sur les règles de la filiation et, en conséquence, ne peut donner naissance à une famille.

214. Aux termes de l'article 515-4, « les partenaires s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives ».

En outre, dès l'enregistrement du PACS, les partenaires sont solidairement tenus des dettes contractées par l'un des partenaires pour les besoins de la vie courante.

La formulation de l'article 515-4 du Code civil n'est pas sans rappeler celle de l'article 214 du Code civil imposant aux époux de contribuer aux charges du mariage à hauteur de leurs facultés respectives.

215. L'aide matérielle prévue par l'article 515-4 du Code civil est-elle assimilable à la contribution aux charges du mariage et revêt-elle également un caractère alimentaire ?

L'obligation alimentaire, telle que prévue par le Code civil, est celle qui découle du lien d'alliance créé par le mariage. Le PACS ne créant, entre les partenaires, aucun lien d'alliance, ces derniers ne seraient alors pas appréhendés comme une famille et l'aide matérielle à laquelle ils sont légalement tenus ne pourrait donc revêtir un caractère alimentaire.

216. Le caractère alimentaire de la contribution aux charges du mariage protège l'époux créancier en cas de défaillance de l'autre. Sur le terrain civil, il pourra saisir le Juge aux affaires

familiales d'une action en contribution aux charges du mariage afin de contraindre l'époux défaillant à s'exécuter. En effet, conformément aux dispositions de l'article 214 alinéa 2 du Code civil, « si l'un des époux ne remplit pas son obligation, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au Code de procédure civile ». L'époux abandonné dispose donc d'un arsenal juridique lui permettant de contraindre son conjoint à s'exécuter.

217. En revanche, la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS et la loi du 23 juin 2006 n'ont prévu aucune action similaire à celle prévue par l'article 214 al. 2 du Code civil en cas de défaillance de l'un des partenaires. La rupture du PACS étant totalement libre, il aurait été sans doute peu opportun de permettre à l'un des partenaires d'agir à l'encontre de l'autre sur le fondement d'une action en contribution aux charges du ménage. En effet, en cas de difficulté, le partenaire est tout à fait libre de rompre unilatéralement le PACS et se retrouve ainsi libéré du versement de toute aide matérielle.

218. Le devoir d'aide matérielle peut-il alors être sanctionné et, sur quel fondement ? L'article 515-4 laisse la possibilité aux partenaires de convenir ensemble de la somme que chacun versera au titre de l'aide matérielle. Dans ce cas précis, en cas de non-inexécution de cette obligation, le partenaire lésé pourra, certainement, saisir le juge compétent²³⁸ afin d'obtenir le paiement des sommes dues et non acquittées. En revanche, une nouvelle fois, rien ne s'opposera à ce que le partenaire défaillant rompt le Pacte civil de solidarité afin d'être affranchi du paiement de l'aide matérielle. Dans un tel cas, le partenaire lésé pourra simplement obtenir le paiement des sommes dues en vertu de la convention tant que celle-ci a duré.

219. L'aide matérielle qui s'éteint lors à la rupture du Pacte civil de solidarité peut difficilement s'analyser en une obligation alimentaire dès lors qu'elle n'en présente aucunes caractéristiques. Sur le terrain pénal, l'article 227-3 du Code pénal sanctionne l'abandon de famille définit comme « *le fait pour une personne de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit (...) du conjoint, une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par les titres V, VI, VII et VIII du livre 1^{er} du Code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation* ».

²³⁸ CA de Douai, 27 février 2003, le juge aux affaires familiales n'est pas compétent pour connaître d'une action relative au recouvrement d'une aide matérielle non versée par l'un des partenaires.

220. Le défaut de paiement ou le paiement partiel par une personne d'une pension alimentaire, d'une contribution ou autre due en raison d'une obligation familiale imposé par le Code civil peut être constitutif d'un abandon de famille et justifier une sanction pénale. Lorsque l'un des époux ne contribuent pas aux charges du mariage, par exemple, la loi considère qu'il abandonne matériellement sa famille constituée par son seul conjoint.

221. En revanche, l'article 227-3 du Code pénal de vise pas le Pacte civil de solidarité si bien que le non-respect de l'article 515-4 du Code civil ne saurait s'analyser en un abandon de famille. En d'autres termes, le fait pour un partenaire de ne pas contribuer aux charges du ménage et de ne fournir aucune aide matérielle ne peut s'analyser en un abandon matériel par le partenaire de sa famille.

222. Le Code civil met ainsi à la charge des partenaires l'obligation de contribuer aux charges du ménage sans toutefois assortir cette aide matérielle d'un caractère alimentaire. Le partenaire lésé aura, en réalité, très peu d'options s'il souhaite contraindre le partenaire défaillant à s'exécuter. Cette situation témoigne d'un certain paradoxe : alors que les partenaires entendent, en principe, s'engager dans une communauté de vie qu'ils espèrent durable, la loi organise une solidarité tout à fait différente de celle en vigueur dans le cadre de l'institution matrimoniale.

Section 2 : La mutation des modèles de parenté et de parentalité

223. Durant des siècles, le droit de la famille a été dominé par un modèle fondé sur la primauté de l'institution matrimoniale et de la filiation légitime²³⁹ fondée sur la présomption de filiation. Le mariage était, par essence, l'acte fondateur de la famille et cette dernière ne pouvait exister en dehors des liens du mariage²⁴⁰. Cette construction, sereine, a été ébranlée, non seulement en France, mais également à l'étranger, par un « *droit de la famille en ébullition* »²⁴¹.

Les évolutions ont remodelé le visage de la famille et ont donné naissance à une pluralité de configurations familiales. L'institution matrimoniale a été ouverte aux couples de personnes de

²³⁹ G. KESSLER, « La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », *RTD. Civ.* 2019, p. 519.

²⁴⁰ P. MURAT, « Les enjeux d'un droit de la filiation – Le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Informations sociales* 2006/3, n°131 pp. 6-21.

²⁴¹ M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, *Le droit de l'adoption à la lumière de la Cour européenne des droits de l'homme : analyse de lege lata et ferenda*, In A. LEUBA, M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, B. FOEX. Le droit en question : Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta BADDELEY, Genève, Schulthess Editions Romandes, 2017. p. 187-232.

même sexe et la filiation ne repose plus exclusivement sur le mariage et le mécanisme de la présomption de paternité : elle repose également sur la volonté des parents en dehors de l'existence de tout lien génétique.

224. Au rang de ces nouvelles configurations familiales seront étudiées celles issues des techniques de procréation assistée (§1) et celles issues des recompositions familiales (§2).

§ 1. Les techniques de procréation assistée

225. Cette matière a connu d'importants bouleversements avec la gestation pour autrui (A) même si la pratique demeure prohibée en France et l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux femmes célibataires (B)

A. La gestation pour autrui

226. La gestation pour autrui est une pratique en vertu de laquelle une femme, la gestatrice, accepte de porter un enfant, pour le compte d'un parent ou de parents d'intention pouvant être de même sexe ou de sexe opposé, à qui l'enfant sera remis après sa naissance

Dans un tel cas, la gestatrice consent à renoncer à établir avec l'enfant à naître un lien juridique de filiation. La femme qui accepte de porter l'enfant est appelée « *mère porteuse* », terme qui n'est pas toujours adéquat au regard de la réalité biologique, et les parents commanditaires sont eux appelés « *parents d'intention* ».

227. D'un point de vue historique, la gestation pour autrui est la plus ancienne méthode utilisée en tant qu'alternative à l'infertilité²⁴². L'Ancien Testament contenait déjà des références à la gestation pour autrui en tant moyen efficace de lutter contre l'infertilité.

²⁴² Genèse, Chapitre 30 : « Lorsque Rachel vit qu'elle ne donnait point d'enfant à Jacob, elle porta envie à sa sœur, et elle dit à Jacob : 'Donne-moi des enfants où je meurs ! La colère de Jacob s'enflamma contre Rachel, et il dit : 'Suis-je à la place de Dieu, qui t'empêche d'être féconde ? Elle dit : 'Voici ma servante Bilha ; va vers elle ; qu'elle enfant sur mes genoux, et que par elle j'aie aussi des fils. Et elle lui donna pour femme Bilha, sa servante ; et Jacob alla vers elle. Bilha devint enceinte, et enfanta un fils à Jacob. Rachel dit : 'Dieu m'a rendu justice, il a entendu ma voix, et il m'a donné un fils. C'est pourquoi elle l'appela du nom de Dan. Bilha, servante de Rachel, devient encore enceinte et enfanta un second fils à Jacob. Rachel dit : 'j'ai lutté divinement contre ma sœur, et j'ai vaincu. Et elle l'appela du nom de Nephthali ». Les enfants ainsi conçus seront considérés comme les descendants légitimes de Rachel et Jacob. Voir aussi, Genèse Chapitre 16 : « Saraï, femme d'Abram, ne lui avait point donné d'enfant. Elle avait une servante égyptienne, nommée Agar. Et Saraï dit à Abram : Voici, l'Éternel m'a rendu stérile ; vient, je te prie, vers ma servante ; peut-être aurai-je par elle des enfants. Abram écouta la voix de Saraï ».

228. Dans la Rome Antique, la gestation pour autrui relevait de la coutume. Cette pratique était utilisée afin d'assurer le renouvellement de générations affectées par l'infertilité et la mortalité infantile. Il était courant pour le chef de famille, appelé le *pater familias*, de conclure un accord spécifique, le *ventrem locare*, en vertu duquel il s'engageait à prêter sa femme fertile à un autre chef de famille dans le seul but de concevoir la vie. Cet accord gouvernait également l'établissement du lien de filiation entre l'enfant ainsi né et le couple stérile. D'un point de vue social, l'enfant était alors considéré comme la descendance légitime du couple stérile.

229. La gestation pour autrui a considérablement évolué au cours des dernières décennies en raison notamment des progrès réalisés dans le domaine scientifique et médical. A l'origine, elle se pratiquait dans un cadre strictement privé et familial, le but étant de venir en aide à une femme stérile (une sœur par exemple).

Les nouvelles techniques d'assistance médicale à la procréation et notamment le développement de la fécondation *in vitro* ont permis de dissocier la sexualité de la procréation. Désormais, il est possible de concevoir la vie sans pour autant avoir de relations sexuelles.

230. La définition de la gestation pour autrui exposée ci-dessus ne traduit pas la complexité de la pratique. Il existe, en effet, deux catégories de gestation pour autrui, l'une dite « traditionnelle »²⁴³ et l'autre dite « simple ». Dans le cadre d'une gestation pour autrui dite « traditionnelle », la femme qui accouchera de l'enfant fournit également l'ovule nécessaire à la formation de l'embryon. Dans ce cas, elle assure non seulement la gestation de l'embryon mais est également la mère biologique de l'enfant à naître. Dans cette situation, le terme de procréation (incluant donc la conception et la gestation) pour autrui apparaît plus adéquat.

231. La gestation pour autrui dite « simple » fait référence à la situation dans laquelle la femme qui accouchera de l'enfant n'a pas fourni d'ovule. Elle assurera simplement la gestation d'un embryon dont elle n'a aucunement donné l'ovule. Dans ce cas précis, il convient de distinguer deux situations différentes : soit l'embryon est formé par les gamètes des parents d'intention qui seront alors les parents biologiques de l'enfant à naître, soit l'embryon est constitué par un don d'ovocytes réalisé par une tierce personne. Dans tous les cas, la grossesse commence après une fécondation *in vitro*. Dans cette situation précise, le terme de gestation pour autrui apparaît tout à fait adapté.

²⁴³ La gestation pour autrui est dite « traditionnelle » dans la mesure où cette forme de GPA existe depuis des siècles. On en retrouve des traces dans les vestiges de la Mésopotamie et des références dans la Bible.

232. L'insémination artificielle et la fécondation *in vitro* sont deux techniques qui ont largement contribué à faire de la gestation pour autrui un moyen efficace de lutter contre la stérilité et une ultime solution pour les parents désireux de fonder une famille mais se trouvant dans l'incapacité physiologique de le faire. La gestation pour autrui présente l'avantage de permettre la création d'un lien génétique entre les parents d'intention et l'enfant à naître ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'une adoption.

233. La question de la reconnaissance des maternités de substitution réalisées à l'étranger d'une part et celle de la légalisation, en France, du procédé alimentent un débat doctrinal et politique ardent depuis plus de trente ans. La France compte parmi les nombreux pays européens à prohiber les maternités de substitution.

C'est au cours des années 1980 que les questions relatives à la maternité de substitution sont apparues en droit français. Le Comité consultatif national d'éthique en 1984²⁴⁴ puis le Conseil d'État en 1988, dans une étude *De l'éthique au droit*, avaient témoigné leur hostilité à l'égard de ce procédé et relevé son caractère illicite.

234. A la même époque, le gouvernement français avait également pointé du doigt les associations formées dans le but de promouvoir et d'organiser ce procédé. Fondées en vue d'un objet illicite contraire à la loi et aux bonnes mœurs, ces associations avaient été invitées à se dissoudre²⁴⁵. A compter des années 1980, le droit français a cherché à faire obstacle aux pratiques de procréation et de gestation pour autrui. Cette volonté d'endiguer la pratique s'est manifesté en droit interne, avec une interdiction de la pratique par la jurisprudence et le législateur, puis en droit international privé par la fermeture de l'ordre juridique français aux procréation et gestations pour autrui réalisées à l'étranger.

235. Avant l'adoption des lois dites de « bioéthiques », l'interdiction de la maternité de substitution était exclusivement jurisprudentielle et fondée sur des principes d'ordre public. L'illicéité du procédé reposait alors sur deux principes d'ordre public, l'indisponibilité du corps humain et l'indisponibilité de l'état des personnes. Conformément au premier principe, fondé sur l'ancien article 1128 du Code civil²⁴⁶, le corps humain, ses éléments ou ses produits sont

²⁴⁴ Avis sur les problèmes éthiques des techniques de reproduction artificielle, Rapport du Comité consultatif national d'éthique du 23 octobre 1984, disponible sous < <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis003.pdf>> (dernière consultation le 12 février 2020).

²⁴⁵ Réponse ministérielle n° 75267 : J.O. déb. Ass. nat., 24 février 1986, p. 702.

²⁴⁶ Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.

indisponibles et ne peuvent faire l'objet d'aucune transaction à titre onéreux ou à titre gratuit. En vertu du second principe, les éléments composant l'état de la personne se trouvent hors commerce et ne peuvent dépendre de la volonté.

236. Tant le Conseil d'État que la Cour de cassation ont anticipé le travail du législateur et se sont prononcés sur la légalité des associations créées dans le but de mettre en relation des mères porteuses et des parents d'intention tout en prenant également position sur la validité de l'adoption de l'enfant par la conjointe du père biologique.

237. Dans un arrêt, *Association Les Cigognes*, en date du 22 janvier 1988, le Conseil d'État avait déclaré ces associations illicites en raison de leur contrariété aux lois pénales et notamment aux dispositions de l'article 353-1 du Code pénal²⁴⁷.

238. Dans cette espèce, l'Association « Les Cigognes » avait sollicité son inscription auprès des autorités compétentes son inscription sur les registres des associations. L'objet de cette association était de « *favoriser le développement et de permettre la réalisation de pratiques selon lesquelles une femme accepte de concevoir un enfant par insémination artificielle en vue de céder, dès sa naissance, l'enfant qu'elle aura ainsi conçu, porté et mis au monde à une autre femme ou à un couple* ». Se fondant d'une part sur les dispositions de l'article 353-1 du Code pénal réprimant l'incitation à l'abandon d'enfant et, d'autre part sur celles de l'article 1128 du Code civil²⁴⁸, le préfet du département du Bas-Rhin s'était alors opposé à cette inscription. L'Association avait contesté ce refus devant les juridictions administratives. Relevant le caractère illicite de l'Association au regard des dispositions précitées, le Tribunal administratif de Strasbourg²⁴⁹ puis le Conseil d'État²⁵⁰ avaient jugé que le préfet n'avait pas excédé ses pouvoirs en refusant de faire droit à la demande d'inscription de l'Association sur les registres.

²⁴⁷ En vertu duquel, « Sera puni de dix jours à six mois d'emprisonnement et de 500 F à 20.000 F d'amende: 1° Quiconque aura, dans un esprit de lucre, provoqué les parents ou l'un d'eux à abandonner leur enfant né ou à naître ; 2° Toute personne qui aura fait souscrire ou tenté de faire souscrire, par les futurs parents ou l'un d'eux, un acte aux termes duquel ils s'engagent à abandonner l'enfant à naître, qui aura détenu un tel acte, en aura fait usage ou tenté d'en faire usage ; 3° Quiconque aura, dans un esprit de lucre, apporté ou tenté d'apporter son entremise pour faire recueillir ou adopter un enfant ».

²⁴⁸ Ancien article 1128, selon lequel, « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

²⁴⁹ Trib. adm. Strasbourg, 3e Ch., 17 juin 1986, req. n° 648/85 ; Association « Les Cigognes » c. Ministre de l'Intérieur, Commissaire de la République du Bas-Rhin.

²⁵⁰ Cons. d'État, Ass., 22 janvier 1988, req. n° 80936 ; Association « Les Cigognes ».

239. Rejoignant la position du Conseil d'État, la Cour de cassation a également condamné la pratique des maternités de substitution. Ainsi, dans un arrêt en date du 13 décembre 1989, elle a ainsi prononcé la dissolution de l'association *Alma mater*, créée et domiciliée à Marseille et dont l'objet consistait, d'après les statuts, en « la gestion des problèmes pratiques notamment comptables, posés par les prêts d'utérus ». A cet égard, l'association était notamment chargée de mettre en relation des couples désirant avoir un enfant mais dont la femme était stérile avec d'autres femmes qui se portaient volontaires, en contrepartie d'une indemnisation, pour être inséminées avec le sperme de l'époux ou du concubin des premières, de porter puis de mettre au monde l'enfant ainsi conçu. Ce dernier était alors déclaré sur les registres de l'état civil sans indication du nom de la mère, était reconnu par le père puis accueilli au foyer de celui-ci en vue de son adoption par l'épouse ou la compagne. Suite à une procédure diligentée par le Parquet d'Aix-en-Provence, les juridictions du fond, retenant le caractère illicite de l'objet de l'association et sa contrariété aux lois et aux bonnes mœurs, avaient prononcé sa dissolution. Saisie d'un pourvoi formé par les dirigeants de l'Association, la Cour de cassation a approuvé la position des juges du fond et a considéré que les conventions destinées à mettre à la disposition des parents stériles des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître sont nulles conformément aux dispositions de l'article 1128 du Code civil.

240. La Cour de cassation avait également considéré que ces conventions, en organisant la venue au monde d'un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, « contrevenaient au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

241. Faisant preuve d'un certain activisme, la Cour d'appel de Paris avait, par deux arrêts en date du 15 juin 1990²⁵¹, prononcé l'adoption plénière d'enfants conçus puis nés dans le cadre d'une maternité de substitution.

242. Les faits de l'espèce étaient relativement simples. Un couple marié avait eu recours, par l'entremise de l'Association *Alma Mater*, aux services d'une mère porteuse américaine. La mère de substitution avait donné naissance à une enfant déclarée à l'état civil américain sous le seul nom du mari, considéré comme père naturel de l'enfant, sans indication de la filiation

²⁵¹ Cour d'appel de Paris, 15 juin 1990, 89-18 925 G. c/ TGI Paris et 89-18 375 T c/ TGI Paris. Sur ces arrêts, voir *D.* 1990, p. 540, note F. BOULANGER ; *RTD Civ.* 1990, p. 457, note J. RUBELLIN-DEVICHI ; *Rev. Crit. DIP* 1991, p. 711, note C. LABRUSSE-RIOU ; *JDI* 1990, p. 982, note H. GAUDEMET-TALLON.

maternelle. Le Tribunal de district du lieu de naissance de l'enfant avait attribué à l'enfant née le nom de la mère d'intention, homologué la renonciation des prérogatives parentales et transférer les droits parentaux de la mère biologique au profit des parents d'intention.

243. De retour en France, la mère d'intention saisit le Tribunal de grande instance de Paris d'une requête en adoption plénière. Sans doute désireux de faire obstacle à une pratique jugée illicite mais bénéficiant d'un « vide juridique » et de limiter ainsi son utilisation, le TGI de Paris a rejeté la requête et refusé de faire droit à la demande de la mère en considérant que « l'adoption plénière, qui ferait obstacle à tout établissement ultérieur de la filiation maternelle véritable, ne pouvait être admise en l'espèce, même si cette mesure pouvait paraître conforme à l'intérêt actuel de l'enfant, alors surtout qu'elle aurait pour effet de consacrer des pratiques dont l'illicéité a été sanctionnée par la dissolution de l'association *Alma Mater* ».

244. Résistant à la position de la Cour de cassation qui avait, quelques mois plus tôt, sanctionné par la dissolution l'Association *Alma Mater* en raison de l'illicéité de son objet, la Cour d'appel de Paris, par une motivation audacieuse, que certains qualifieront volontiers de provocatrice²⁵², énonce notamment que la maternité de substitution n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, s'agissant de donner, en France, effet à des droits régulièrement acquis à l'étranger. La juridiction d'appel écarte les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes sur lesquels la Cour de cassation s'était fondée, en 1989, pour prononcer la dissolution de l'Association *Alma Mater* et condamné la pratique des maternités de substitution. Selon la Cour d'appel, les termes de l'article 1128 du Code civil ne permettent pas de regarder la maternité de substitution comme illicite. Elle souligne que les conventions portant sur le corps humain sont admises et cite à ce titre les dons d'organes. De l'avis de la Cour d'appel, « la maternité pour autrui - en tant que portant sur les capacités de gestation de la mère de substitution - librement consentie et assumée, appliquée avec la prudence et les garanties qui s'imposent, doit être admise au nombre des dérogations apportées au principe » dès lors qu'elle ne constitue pas un « danger social » pour l'enfant ou la mère.

245. Saisit d'un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi à l'égard de l'un des arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière a, dans un arrêt rendu

²⁵² Selon H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, p. 353.

le 31 mai 1991²⁵³, condamné le procédé de maternité pour autrui en jugeant que l'enfant né d'une mère porteuse ne pouvait faire l'objet d'une adoption plénière par le couple dont l'épouse était stérile. La Cour a rappelé qu'en vertu du principe *mater semper certa est*, la filiation maternelle est attribuée à la femme qui a porté puis mis au monde l'enfant. Ce principe s'oppose donc à la reconnaissance de la filiation à l'égard de la mère d'intention qui n'a pas accouché et énonce que l'adoption effectuée dans un tel cadre constitue « *l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère et, portant atteinte aux principes d'indisponibilité du corps humain et à l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* ».

246. Cette solution dégagée par la jurisprudence a été reprise par les lois dites de « *bioéthique* » du 29 juillet 1994 qui ont introduit les articles 16-1²⁵⁴ et suivants dans le Code civil. En 1994, la France s'est donc dotée d'un arsenal juridique en vue de prohiber expressément le recours à toute maternité de substitution.

247. La gestation pour autrui est donc strictement prohibée en France. Cette interdiction repose sur le principe de l'indisponibilité du corps humain en vertu duquel le corps humain ne peut faire l'objet d'une convention et ses éléments et produits ne peuvent être cédés, à titre gratuit ou onéreux. La Cour de cassation avait également fondé la prohibition de la gestation pour autrui sur l'indisponibilité de l'état des personnes.

248. Cependant, en pratique, la portée de ces principes est relative dès lors que sont admis les dons de gamètes ou d'organes et qu'il est aujourd'hui possible de changer de sexe à l'état civil. La force de cet argument a donc été atténué et la justification de la prohibition de la gestation pour autrui s'est placée sur un terrain plus éthique et philosophique.

²⁵³ Cassation, Assemblée plénière, 31 mai 1991, n°90-20.105 : *JCP G* 1991, II, 21752, note F. TERRE. La Cour de cassation statuait sur un pourvoi formé dans l'intérêt dans la loi à la suite de deux arrêts rendus le 15 juin 1990 par la Cour d'appel lesquels prononçait de manière audacieuse l'adoption plénière conçus et mis au monde dans le cadre de convention de « *maternité substituée* ». Dans ces arrêts, la Cour d'appel de Paris a jugé que « la méthode de la maternité substituée doit être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public, et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant qui a été accueilli et élevé au foyer » des parents d'intention depuis sa naissance. La Cour d'appel avait donc admis la validité de l'opération en cause en considérant qu'il « *existait un droit naturel de fonder une famille par la procréation* » conforme au droit interne français (CA, Paris, 1^{ère} Chambre, section C, 15 juin 1990).

²⁵⁴ Selon lequel « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

249. La prohibition a été justifiée par le fait que la convention de gestation ou de procréation pour autrui « *chosifiée* » la mère porteuse, dont le corps est exploité, et l'enfant qui devient un objet²⁵⁵.

La gestation pour autrui est un instrument d'exploitation et d'asservissement des femmes issues des pays les plus pauvres. Les parents les plus riches pourraient donc s'offrir les services d'une mère porteuse donc les conditions de vie particulièrement précaires et miséreuses ne lui laisseraient pas d'autres choix que de louer son utérus. La question du consentement, nécessairement inexistant dans le cadre d'une relation économiquement inégalitaire, et de la dignité de la personne humaine devient alors fondamentale et renforce un peu plus la nécessité d'interdire la gestation pour autrui en France.

250. Pour autant, en pratique, rien ne fait obstacle à la conclusion, en France, d'une convention de gestation ou de procréation pour autrui. Quels en seraient alors ses effets ?

251. En premier lieu, conformément à l'article 16-7 du Code civil, une telle convention serait nulle et aucune exécution forcée ne pourrait être sollicitée par l'une des parties si l'autre ne respecte pas les engagements mis à sa charge par la convention.

Cependant, reste une difficulté de taille. La convention de gestation ou de procréation pour autrui a pour objet la naissance d'un enfant. Considérer que la convention est nulle et qu'elle n'a donc aucune existence juridique ne fera pas pour autant disparaître son objet²⁵⁶. La nullité d'une convention emporte son anéantissement rétroactif et les parties doivent alors être remises en l'état ce qui sera bien difficile une fois l'enfant né.

252. En second lieu, conformément à l'article 311-25 du Code civil, « *La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ». Aux termes de l'article 332 du Code civil, la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. Il en ressort que la mère légale est celle qui accouche et il ne peut en être autrement. En conséquence, dans l'hypothèse d'une convention de gestation ou de procréation pour autrui conclue en France, aucun lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant ne pourra être établi même par le biais d'une adoption ou d'une possession d'état.

²⁵⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ/ A.-M. LEROYER / A. DIONISI-PEYRUSSE, « Remise en cause de l'interdiction de la GPA en France ? » *AJ Fam.* 2018, p. 583 ; J. NASELLI, AMP / GPA : l'état du droit positif après vingt-cinq ans de gestation, *Les mutations contemporaines du droit de la famille* 2020, pp. 21-35.

²⁵⁶ M. BANDRAC/ G. DELAISI DE PARSEVAL/ V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui? », *D.* 2008, p. 434.

Aucun mécanisme d'établissement de la filiation ne pourra être utilisé pour concrétiser le projet parental poursuivi par les parents d'intention.

253. A titre d'illustration, dans un arrêt en date du 12 septembre 2019²⁵⁷, la Cour de cassation s'est prononcée sur les effets d'une convention de gestation pour autrui conclue en France dans des circonstances dramatiques. Une femme, peu scrupuleuse, avait contracté, moyennant rémunération, une convention de gestation pour autrui avec un premier couple composé de deux hommes dont l'un avait fourni ses gamètes. Il était donc le père biologique de l'enfant. Au cours de la grossesse, le père biologique de l'enfant souscrit une reconnaissance de paternité.

254. La mère porteuse indélicate informe les parents d'intention que l'enfant est décédé à sa naissance puis cède celui-ci à un second couple, composé d'un homme et d'une femme, moyennant une rémunération plus importante. L'enfant est alors reconnu par le père d'intention.

Découvrant le pot aux roses, le premier couple, dépose plainte contre la mère porteuse pour escroquerie. L'ensemble des parents d'intention ainsi que la mère porteuse sont condamnés pénalement. L'enquête pénale avait par ailleurs permis de démontrer, avec certitude, la paternité du premier père.

255. Le père biologique assigne alors le père légal en contestation de sa paternité et en établissement de sa propre paternité. Au moment de l'instance, l'enfant était âgé de six ans et avait donc toujours vécu avec le second couple d'intention. En l'espèce, le père biologique et le père d'intention avaient tous deux souscrit une reconnaissance, le premier avant la naissance de l'enfant et, le second, à sa naissance. Dans les deux cas, la filiation avait été l'issue d'un processus prohibé mais on le sait, en matière de gestation pour autrui, la Cour européenne des droits de l'homme accorde une place importante à la vérité biologique et avait déjà condamné la France pour avoir refusé de reconnaître la filiation paternelle d'intention dès lors que le père d'intention fournit ses gamètes.

256. Dès lors, la question qui se posait en l'espèce était de savoir si la vérité biologique devait l'emporter sur le vécu de l'enfant avec le second couple d'intention.

²⁵⁷ Cour de cassation, Chambre civile 1, 12 septembre 2019, n°18-20.472, *RTD. Civ.* 2019, p. 838, note A.-M. LEROYER ; *D.* 2019, p. 2112, note A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE.

La Cour d'appel, sans se prononcer sur l'existence de la reconnaissance anticipée de paternité, rejette ses demandes au motif que la filiation du père biologique de l'enfant et son action pour l'établir reposaient sur une convention prohibée par la loi et était dès lors irrecevable. La Cour de cassation approuve ce raisonnement et considère par ailleurs que les exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme avaient été respectées. L'intérêt de l'enfant, apprécié au regard de son vécu avec ses seconds parents d'intention, doit primer. La réalité biologique, pourtant fondamentale aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, est insuffisante pour la Cour de cassation pour accueillir la demande.

257. La prohibition civile a par ailleurs été renforcée par un volet répressif consacré aux articles 227-12²⁵⁸ et 227-13 du code pénal. Les parents d'intention tout comme la mère porteuse s'exposent à des sanctions pénales. Dans l'espèce rapportée précédemment, la mère porteuse, récidiviste, avait reçu la peine la plus lourde et avait écopé d'une peine d'un an d'emprisonnement avec sursis pour escroquerie et fraude aux prestations sociales tandis que les parents d'intention avaient été condamnés chacun à 2.000 euros d'amende avec sursis pour provocation à l'abandon d'enfant né ou à naître²⁵⁹.

258. En conséquence, eu égard à cette jurisprudence, l'action judiciaire relative à la filiation dans le cadre d'une gestation ou d'une procréation pour autrui réalisée en France sera sanctionnée par une irrecevabilité quand bien même le père d'intention aurait fourni ses gamètes et serait donc le père biologique.

259. En revanche, la solution diffère considérablement lorsque la convention est conclue non pas en France mais au sein d'un ordre juridique permissif. Dans ce cas, la filiation paternelle pourra être établie sans difficulté si elle est conforme à la vérité biologique²⁶⁰. La position de la jurisprudence est donc beaucoup plus souple lorsque la gestation pour autrui sera conclue à l'étranger sous l'empire d'un droit qui l'admet.

²⁵⁸ L'article 227-12 alinéa 1^{er} incrimine « le fait de provoquer (...) les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître ». L'alinéa 3 du même article incrimine également « le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre ». Cependant, ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque les faits ont été commis dans un État où ils ne sont pas sanctionnés pénalement.

²⁵⁹ Cour d'appel de Rouen, 31 mai 2018, n°17/02084, *D.* 2019, p. 663, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *Dr. Fam.* 2018, comm. 239, note H. FULCHIRON.

²⁶⁰ Sur cette question, voir notamment, H. FULCHIRON, « Vérité biologique, prohibition de la GPA, fraude à l'adoption et intérêt de l'enfant : comment trouver un juste équilibre ? » *Dr. Fam.* 2019, comm. 216.

260. Afin de renforcer la prohibition de la gestation pour autrui, une proposition de loi a été proposée à l'Assemblée nationale visant à interdire la gestation pour autrui et sa reconnaissance en France²⁶¹. La proposition vise à l'introduction dans le Code civil de l'interdiction de la gestation pour autrui pour les couples composés de deux femmes, de deux hommes, d'un homme et d'une femme ou d'une personne seule. En outre, la proposition prévoit également l'interdiction de la retranscription à l'état civil français des actes de naissance d'enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger.

B. L'assistance médicale à la procréation

261. L'assistance médicale à la procréation (AMP) désigne l'ensemble des pratiques et techniques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons, l'insémination artificielle et la gestation pour autrui²⁶². L'insémination artificielle est une pratique consistant à introduire artificiellement dans les voies génitales féminines des spermatozoïdes. Cette pratique peut revêtir deux formes : elle peut être réalisée avec le sperme du conjoint ou du compagnon, il s'agira alors d'une insémination artificielle intraconjugale (IAC).

262. Elle peut également être réalisée avec le sperme d'un tiers obtenu à la suite d'un don volontaire, anonyme et gratuit. Il s'agira dans ce cas d'une insémination artificielle avec donneur (IAD). La fécondation *in vitro* est une technique par laquelle sont mis en contact *ex vivo* les gamètes masculins et féminins, qui peuvent provenir des parents ou d'un tiers donneur, dans le but d'obtenir un ou plusieurs embryons qui seront, ensuite, implantés dans la cavité utérine de la mère. Le terme *homologue* ou *endogène* est parfois utilisé pour désigner un projet parental dans lequel le projet parental implique l'utilisation du matériel génétique du couple. En revanche, les techniques de procréation médicalement assistée faisant appel à l'apport génétique d'une personne extérieure peuvent être qualifiées d'*hétérologue* ou d'*exogène*.

263. Ces différentes techniques, qui permettent de s'affranchir du cadre naturel de la procréation, ont soulevé d'importantes questions éthiques, anthropologiques et juridiques. Dans un rapport établi en 2018, le Conseil d'État s'interrogeait en ces termes : « *en dissociant*

²⁶¹ https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3271_proposition-loi (dernière consultation le 24 janvier 2023).

²⁶² Lexique des termes juridiques, Dalloz 2017-2018.

sexualité et procréation et en faisant de l'enfant le produit de technologies scientifiques, n'ouvrirait-on pas la voie à une revendication de procréation ? ». L'assistance médicale à la procréation a d'abord été réservée aux couples de sexe opposé mariés (1) avant d'être finalement admise pour les couples de femmes et les femmes célibataires (2).

1. L'admission de l'assistance médicale à la procréation

264. L'assistance médicale à la procréation a été introduite, en France, par la loi n°94-654 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 prénatal²⁶³. Elle était alors circonscrite à un cadre strictement médical et devait répondre à la demande parentale d'un couple qui, pour des raisons médicales, ne pouvait avoir d'enfants. L'AMP poursuivait donc une finalité thérapeutique dès lors qu'elle avait pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple « *dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué* » ou « *d'éviter la transmission à l'enfant ou un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* »²⁶⁴.

265. Elle était ouverte aux couples, dont les membres étaient de sexe opposé, mariés, ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune de deux ans, et en âge de procréer²⁶⁵. Étaient donc exclus du dispositif les personnes célibataires et les couples de personnes de même sexe. Il s'agissait, dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, d'assurer à l'enfant à naître un environnement familial stable et solide, nécessairement composé d'un père et d'une mère. C'est ainsi que conformément à l'article L.2141-2, alinéa 2 du Code de la santé publique, « *font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie (...)* ». La filiation de l'enfant né à l'issue d'une assistance médicale à la procréation était établie selon les règles de droit commun²⁶⁶ y compris lorsque le projet parental impliquait l'intervention d'un tiers donneur.

266. L'assistance médicale à la procréation était conçue de telle sorte qu'elle devait se rapprocher, autant qu'il est possible, de la procréation charnelle.

²⁶³ Les dispositions relatives à l'assistance médicale à la procréation figuraient alors à l'article L.152-2 du Code de la santé publique.

²⁶⁴ Aux termes de l'ancien article L.2141-2 alinéa 1er du Code de la santé publique.

²⁶⁵ Aux termes de l'ancien article L.2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique.

²⁶⁶ Articles 311-25, 312 et 316 du Code civil.

A l'exception d'une révision intervenue en 2011 afin de supprimer les restrictions fondées sur la durée de vie commune des couples non mariés²⁶⁷, la réglementation relative à l'assistance médicale à la procréation est longtemps restée figée. L'absence d'évolution législative²⁶⁸ et l'appréhension de l'infertilité *médicalement diagnostiquée* comme condition cardinale pour accéder à l'assistance médicale à la procréation témoignaient de la volonté du législateur de préserver la finalité thérapeutique du dispositif.

267. La volonté du législateur était, par ailleurs, partagée par le Comité Consultatif National d'Éthique, lequel avait, en 2005, marqué son hostilité à l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux personnes célibataires et aux couples de personnes de même sexe²⁶⁹. En 2013, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel avait, à propos de l'interdiction de la gestation pour autrui et des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation, décidé que *« les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe »*. Dès lors, selon le Conseil constitutionnel *« le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que par suite, ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant ces différentes matières »*²⁷⁰.

268. En d'autres termes, en ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et en leur permettant de recourir à l'adoption, le législateur n'était pas tenu de modifier la réglementation en matière de gestation pour autrui et d'assistance médicale à la procréation. Quelques années après la décision du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État s'est, dans le

²⁶⁷ Article 33 de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

²⁶⁸ Révision de la loi de bioéthique, *Quelles options pour demain*, Conseil d'État, Section du rapport et des études, 28 juin 2018, p. 46.

²⁶⁹ Avis n°90, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, Comité Consultatif National d'Éthique, 24 novembre 2005, n° I.3.5, p. 18. Selon le CCNE, *« L'AMP a toujours été destinée à résoudre un problème de stérilité d'origine médicale et non à venir en aide à une préférence sexuelle ou à un choix de vie sexuelle. L'ouverture de l'AMP à l'homoparentalité ou aux personnes seules ouvrirait de fait ce recours à toute personne qui en exprimerait le désir et constituerait peut-être alors un excès de l'intérêt individuel sur l'intérêt collectif. La médecine serait simplement convoquée pour satisfaire un droit individuel à l'enfant »*.

²⁷⁰ Cons. Const., 17 mai 2013, n°2013-669 DC, considérant 44, AJ fam. 2013, p. 332, obs. F. CHENEDE ; D. 2013, p. 1643, chron. F. DIEU ; D. 2014, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; RDSS 2013, p. 908, note L. BRUNET.

cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité²⁷¹, prononcé sur le point de savoir si l'impossibilité, pour un couple de femmes, de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation, telle que prévue à l'article L.2141-2 du Code de la santé publique est conforme au principe d'égalité.

269. Dans cette espèce, deux femmes mariées avaient espéré pouvoir bénéficier, sur le fondement des articles L.2141-1 et suivants du Code de la santé publique, d'une assistance médicale à la procréation pour satisfaire un projet parental commun. Se fondant sur les termes de l'article L.2141-1 du Code précité, le centre hospitalier de Toulouse, sollicité par le couple, avait implicitement rejeté leur demande. Le couple avait alors saisi le Tribunal administratif de Toulouse d'une demande visant à obtenir l'annulation de la décision prise par l'établissement hospitalier et avait, à cette occasion, soulevé une question prioritaire de constitutionnalité. Relevant le caractère peu sérieux de la question qui lui avait été soumise, le Conseil d'État a refusé de renvoyer la question au Conseil constitutionnel.

270. Selon le Conseil d'État, « *les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celles des couples de personnes de même sexe* » si bien que « *la différence de traitement, résultant des dispositions critiquées, entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit et n'est, ainsi, pas contraire au principe d'égalité* »²⁷².

²⁷¹ CE 28 sept. 2018, n° 421899, *AJDA* 2019. 533, note T. ESCACH-DUBOURG ; D. 2018. 1917 ; D. 2019. 663, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2018. 687, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *AJ fam.* 497, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

²⁷² En effet, selon le Conseil d'État, « Il résulte des dispositions de l'article L.2141-2 du Code de la santé publique qu'en réservant l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples composés d'un homme et d'une femme (...) souffrant d'une infertilité médicalement diagnostiquée, le législateur a entendu que l'assistance médicale à la procréation ait pour objet remédier à l'infertilité pathologique d'un couple sans laquelle celui-ci serait en capacité de procréer ». Conscientes qu'un recours devant le Tribunal administratif avait peu de chances de prospérer eu égard notamment à la décision rendue par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi du 17 mai 2013, les deux épouses, se prévalant de la solution de l'arrêt *S.A.S contre France*, avaient directement exercé un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, CEDH, 5e section, 16 janv. 2018, *Charron et Merle-Montet c/ France*, n° 22612/15, *AJ fam.* 2018. 236, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* 139, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Constitutions* 2018. 74, chron. T. LARROUTOUROU ; *RTD civ.* 2018. 349, obs. J.-P. MARGUENAUD.

Pour rappel, dans l'affaire *S.A.S contre France*, une citoyenne française de confession musulmane, avait préalablement à toutes poursuites exercées à son encontre, saisi la Cour européenne des droits de l'homme aux fins de contester la conformité de la loi du 11 octobre 2010 relative à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public aux droits et libertés consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme. Aux termes de cette loi, il était donc impossible à cette femme de porter le *niqab* ou la *burqa*, expression de sa foi religieuse. Le Gouvernement français avait excipé de l'irrecevabilité de la requête aux motifs qu'en l'absence de toute procédure interne, la condition de l'épuisement des voies de recours internes n'était pas satisfaite. Les griefs

271. Dans une étude menée à la fin des années 1980, le Conseil d'État avait considéré, à propos de la possibilité pour les femmes célibataires de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation, que « *dans la période d'apparition d'une institution nouvelle, sans doute est-il plus raisonnable d'adopter la philosophie d'une procréation médicalement assistée réservée aux couples stériles. La solution contraire serait irréversible. La solution conservatoire ménage l'avenir et n'exclut pas le changement qu'une autre génération pourrait, un jour, préférer* »²⁷³.

272. L'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 a nourri d'importantes réflexions sur la question de l'accès de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes célibataires²⁷⁴. Outre le mariage entre personnes de même sexe, la loi du 17 mai 2013 a également permis l'adoption par les couples de personnes de même sexe engagés dans les liens du mariage. Ces derniers peuvent recourir à une adoption conjointe ou alors l'un d'eux peut adopter l'enfant de son conjoint. S'est alors posée la question de savoir si l'épouse de la mère pouvait adopter l'enfant de cette dernière conçue à l'étranger dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation avec un tiers donneur.

273. L'article 345-1 du Code civil, tel que modifié par la loi du 17 mai 2013, permettait l'adoption de l'enfant du conjoint sans opérer aucune distinction selon le mode de conception de l'enfant²⁷⁵. La question de la possibilité pour l'épouse de la mère d'adopter l'enfant conçu à

dont la Cour européenne avaient été saisis n'avaient pas été préalablement examinés par les juridictions internes si bien que la requête était irrecevable. L'argument avait alors été balayé par la Cour européenne des droits de l'homme. Selon la CEDH, tout recours interne exercé par la requérante aurait eu peu de chances de prospérer dès lors que le Conseil constitutionnel, dans une décision en date du 7 octobre 2010, avait déclaré la loi en cause conforme aux dispositions de la Constitution et notamment celles relatives à la liberté de religion, CEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S c/ France*, Constitutions 2014. 483, chron. M. AFROUKH ; RSC 2014. 626, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RTD civ. 2014. 620, obs. J. HAUSER ; RTD eur. 2015. 95, chron. P. DUCOULOMBIER.

²⁷³ Conseil d'État, Section du rapport et des études, Sciences de la vie – De l'éthique au droit, La Documentation française, 1988, p. 58.

²⁷⁴ Lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Bruno LE ROUX, alors président des députés socialistes, avait annoncé le dépôt d'un amendement au projet de loi afin de permettre aux couples de femmes désireuses d'avoir un enfant de bénéficier de l'assistance médicale à la procréation. Les divergences politiques et les fortes tensions sociales autour de ce projet de loi et de la question de l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de personnes de même sexe ont conduit à l'abandon de l'amendement.

²⁷⁵ Plusieurs amendements destinés à interdire l'adoption de l'enfant du conjoint conçu, à l'étranger, par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, avaient été déposés. Ils ont été rejetés. Dans sa décision du 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel avait répondu à l'argument selon lequel « *la possibilité d'un établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe incitera ces couples à recourir à l'étranger à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour le compte d'autrui en fraude à la loi française* ». Il avait alors considéré que « *l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques* » (considérants n°48 et 58).

l'étranger dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation a divisé les juridictions du fond.

274. Après de longs débats parlementaires marqués par les désaccords importants intervenus entre l'Assemblée nationale, d'une part, et le Sénat, d'autre part, le projet de loi relative à la bioéthique a finalement été adopté le 29 juin 2021. Entrée en vigueur le 3 août 2021²⁷⁶, la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 a supprimé le critère, autrefois cardinal, de l'infertilité pathologique.

275. Aux termes du nouvel article L.2141-2 du Code de la santé publique, « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation (...)* ». L'article précise, en outre, que « *cet accès ne peut faire l'objet d'aucune différence de traitement, notamment au regard du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle des demandeurs* ». L'assistance médicale n'a donc plus exclusivement vocation à pallier une pathologie, elle répond désormais à une volonté, pour deux personnes, indépendamment de leur sexe, de mener, à son terme, un projet parental.

276. Si certaines ont admis l'adoption dans un tel cas²⁷⁷, d'autres s'y sont, en revanche, opposées²⁷⁸. Cette divergence a été source d'une grande insécurité juridique²⁷⁹. Les

²⁷⁶ Préalablement à sa promulgation, la loi a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, Cons. const., 29 juill. 2021, n° 2021-821 DC, *AJ fam.* 2021, p. 448, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE. Sur les silences de la loi, voir L. CARAYON, *Personne trans et loi de bioéthique : histoire d'un silence*, *AJ Fam.* 2021, p. 543 ; M. MESNIL, *Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP*, *RDSS* 2021, p. 790.

²⁷⁷ TGI Nanterre, 8 juill. 2014, n° 13/14804, D. 2014, p. 1669, note P. REIGNE. Selon le tribunal, « *Le recours par la requérante et sa compagne devenue son épouse, à la procréation médicalement assistée par insémination artificielle avec sperme de donneur anonyme ne constitue pas un processus frauduleux de nature à empêcher par l'épouse de la mère l'adoption de l'enfant issu de cette procréation* ».

²⁷⁸ TGI Versailles, 29 avr. 2014, n° 13/00168, D. 2014. 1041, et 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *AJ fam.* 2014. 368, obs. C. MECARY, et 267, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE. Le tribunal a rappelé que « *En l'état du droit positif, et ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 mai 2013, la procréation médicalement assistée n'est pas ouverte aux couples de femmes en France et demeure réservée aux couples hétérosexuels dont l'état d'infertilité pathologique a été médicalement constaté* ». Il a dès lors décidé que « *le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu* ». La prétendante à l'adoption de l'enfant de sa conjointe avait alors été déboutée de sa demande.

Voir dans le même sens, TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, n° 14/01472, D. 2014, p. 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE.

²⁷⁹ Dans un avis en date du 22 septembre 2014, la Cour de cassation a considéré que « *le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* », Cass., avis, 22 sept.

revendications ont été plus fortes et de nombreuses voix, en faveur de l'assistance médicale à la procréation pour les couples de femmes et les femmes célibataires, se sont fait entendre²⁸⁰. En 2017, le Comité Consultatif National d'Éthique est revenu sur la position qu'il avait adoptée quelques années plus tôt et n'a émis aucune opposition à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes²⁸¹.

2. L'admission de l'assistance médicale à la procréation pour les couples de femmes et les femmes célibataires

277. Aux termes du nouvel article L.2141-2 du Code de la santé publique, « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation (...)* ».

278. L'article précise, en outre, que « *cet accès ne peut faire l'objet d'aucune différence de traitement, notamment au regard du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle des demandeurs* ». L'assistance médicale n'a donc plus exclusivement vocation à pallier une pathologie, elle répond désormais à une volonté, pour deux personnes, indépendamment de leur sexe, de mener, à son terme, un projet parental.

279. Dans le cas où l'assistance médicale à la procréation n'implique pas le recours à un tiers donneur, parce que les gamètes proviennent des deux membres du couple, la filiation est alors établie selon le droit commun soit sur le fondement des articles 311-25, 312 et suivants et 316 du Code civil. Ainsi, à l'égard de la mère, la filiation sera établie par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance. Si la mère est engagée dans les liens du mariage, le mari sera alors présumé être le père de l'enfant, dès lors que ce dernier a été conçu ou est né au cours de l'union. Dans le cas où l'article 312 du Code civil ne viendra pas à s'appliquer, parce que les parents de l'enfant à naître ne sont pas mariés, la filiation du père sera alors établie par une reconnaissance faite avant ou après la naissance de l'enfant.

2014, n° 14-70.006 et n° 14-70.007, D. 2014. 1876, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, D. 2014, p. 2031, note A.-M. LEROYER, D. 2015, p. 21, point de vue H. FULCHIRON, D. p. 649, obs. M. DOUCHY-OUUDOT, D. 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; RTD civ. 2014. 872, obs. J. HAUSER ; *Rev. crit. DIP* 2015. 144, note S. BOLLEE.

²⁸⁰ A.M. LEROYER, L'enfant d'un couple de femmes, D. 2014, p. 2031 ; I. THERY / A.M. LEROYER, Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, O. JACOB, Paris 2014.

²⁸¹ Comité Consultatif National d'Éthique, avis n°126, 15 juin 2017, p. 26.

280. Dans le cas où l'assistance médicale à la procréation nécessite l'intervention d'un tiers donneur, l'article 342-9 du Code civil prohibe l'établissement de tout lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant né à l'issue de l'assistance médicale à la procréation. Aux termes de l'article 342-10 alinéa 1^{er} du Code civil, le couple ou la femme mariée qui souhaitent recourir à une assistance médicale à la procréation doivent, préalablement à celle-ci, donner leur consentement à un notaire. Le consentement recueilli par le notaire emporte d'importantes conséquences sur le terrain de la filiation.

281. Ainsi, selon l'article 342-10 alinéa 2 du Code civil le consentement donné prohibe toute action ultérieure aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation²⁸². Sauf dans le cas où le consentement est privé de son effet, la filiation de l'enfant né à l'issue d'une assistance médicale à la procréation impliquant l'intervention d'un tiers donneur sera établie conformément au droit commun de la filiation. Sur ce point, la loi n'a apporté aucune modification au système déjà existant. En effet, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux femmes célibataires n'a pas conduit à l'aménagement des règles en vigueur en matière de filiation dès lors que le droit en vigueur permettait de répondre à cette nouvelle situation.

282. La filiation de la femme non mariée sera donc établie en application de l'article 311-25 du Code civil²⁸³, indépendamment du mode de conception de l'enfant. En revanche, aucune filiation biologique ne serait établie dans l'autre branche. La seconde branche parentale, demeurée libre, pourra, ensuite, permettre à un homme de reconnaître l'enfant ou à la conjointe de la mère de procéder à l'adoption de l'enfant.

283. Les débats parlementaires se sont principalement concentrés sur la question de l'établissement de la filiation de la seconde femme qui n'a pas accouché de l'enfant mais qui

²⁸² Selon l'alinéa 3 du même article, « *Le consentement est privé d'effet en cas de décès, d'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, de signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de l'insémination ou du transfert d'embryon. Il est également privé d'effet lorsque l'un des membres du couple le révoque, par écrit et avant la réalisation de l'assistance médicale à la procréation, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette insémination ou ce transfert ou du notaire qui l'a reçu* ».

²⁸³ Aux termes de l'article 342-11 du Code civil, « *La filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25 (...)* ».

s'est engagée dans un projet parental²⁸⁴. La loi a mis en place un mécanisme s'inspirant du droit commun de la reconnaissance et visé dans les dispositions générales relatives à la filiation²⁸⁵.

284. Aux termes de l'article 342-11 du Code civil, lors du recueil du consentement, soit préalablement à la conception de l'enfant, le couple de femmes doit également reconnaître conjointement l'enfant²⁸⁶ dans un acte de reconnaissance établi par le notaire. A la naissance de l'enfant, lorsque cette reconnaissance est remise à l'officier de l'état civil lors de la déclaration de naissance, la filiation est alors établie à l'égard des deux femmes²⁸⁷.

Si l'assistance médicale à la procréation a fait l'objet d'une récente réforme, une autre situation demeure en dehors du viseur du législateur malgré son caractère de plus en plus fréquent.

§ 2. La recomposition familiale

285. L'image de la méchante marâtre, souvent odieuse, malveillante et égoïste, a longtemps alimenté les contes merveilleux destinés aux enfants. L'entrée de la marâtre dans la vie d'un enfant était la conséquence du décès de l'épouse, aimée et chérie de tous, dotée d'une grande douceur et d'une bonté sans limites. Par opposition à la mère, souvent décrite comme une personne merveilleuse, la marâtre n'était rien d'autre qu'une horrible mégère, tenant d'une main de fer la maisonnée et le cœur du père, personnage toujours absent et impuissant devant autant de cruauté. Charles PERRAULT a conté les aventures de la malheureuse Cendrillon dont le père, veuf, s'était marié en secondes noces avec une femme hautaine et fière dont le seul dessein était de tourmenter sa pauvre belle-fille²⁸⁸. Aujourd'hui, la marâtre n'est plus. Elle a changé de visage et même de sexe car le beau-parent peut être un homme. L'entrée d'une

²⁸⁴ Plusieurs hypothèses avaient été envisagées afin de permettre l'établissement de la filiation de la seconde mère. Sur ces différentes hypothèses, voir, L. BRUNET, L'ouverture de l'AMP à toutes : enjeux et scories du débat sur l'établissement de la filiation homoparentale, *Journal du Droit de la santé et de l'assurance – maladie* 2020, n°25, pp. 11-18.

²⁸⁵ Aux termes de l'article 310-1 du Code civil, « *La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété ainsi que, dans les conditions prévues au chapitre V du présent titre, par la reconnaissance conjointe* ».

²⁸⁶ A concevoir et à naître. Le caractère conjoint de la reconnaissance peut surprendre eu égard aux dispositions de l'article 316 du Code civil dont il ressort que la reconnaissance constitue une manifestation unilatérale de volonté, n'engage que son auteur et n'est donc pas conditionnée par l'accord de l'autre parent. En outre, exiger une reconnaissance conjointe des deux mères peut apparaître superfétatoire à l'égard de la femme qui accouchera. En effet, aux termes de l'article 342-11 alinéa 2, le lien de filiation maternelle résultera de la désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant.

²⁸⁷ Article 342-11 du Code civil.

²⁸⁸ Ch. PERRAULT, Cendrillon ou La Petite Pantoufle de Verre, in *Les contes de Charles Perrault Version intégrale*, 2014.

nouvelle personne dans la vie d'un parent n'est plus nécessairement synonyme de tourment et de souffrance. Les recompositions familiales ne sont plus des cas d'école et leur nombre de cesse de croître, non seulement en France mais également à l'étranger.

286. La recomposition familiale peut recouvrir plusieurs situations et peut intervenir à la suite d'un décès, d'une séparation ou d'un divorce lorsque le parent, avec lequel l'enfant réside, s'engage dans une nouvelle relation de couple et se met en ménage, se marie ou se remarie avec cette nouvelle personne.

En cas de décès de l'un des parents ou lorsque l'un des parents a disparu après la naissance de l'enfant ou ne l'a pas reconnu et qu'il n'existe entre ce parent et l'enfant aucun lien, le rôle du beau-parent prend alors un tout autre sens et ne soulève, en réalité moins de difficulté que la situation dans laquelle les deux parents sont encore vivants et exercent de manière conjointe l'autorité parentale.

287. En France, en 2019, selon une enquête de l'INSEE, 723 000 familles avec au moins un enfant mineur au domicile sont des familles recomposées²⁸⁹.

En augmentation depuis, ce chiffre témoigne notamment de l'individualisme qui imprègne de plus en plus les relations de couple. La recherche du bonheur et l'épanouissement personnel sont devenus des idéaux qui, lorsqu'ils ne sont pas atteints par les conjoints, partenaires ou concubins justifient leur désunion²⁹⁰. L'indépendance économique dont jouissent, aujourd'hui, les femmes les encourage à sortir de la relation conjugale en cas de difficultés. L'union n'est plus indissoluble et peut prendre fin. Les familles recomposées viennent bouleverser l'ordre familial dans lequel, de manière chronologique, « *l'alliance précède la filiation* » et le couple, les enfants²⁹¹.

²⁸⁹ Voir, < <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4629186> > (dernière consultation le 7 janvier 2023). Selon l'INSEE, une famille recomposée « *comprend un couple d'adultes, mariés ou non, et au moins un enfant né d'une union précédente de l'un des conjoints. Les enfants qui vivent avec des demi-frères ou demi-sœurs ont aussi partie d'une famille recomposée* ». La part des familles composées d'un couple et de ses enfants demeure importante et représente, selon l'INSEE 66,3 % des familles.

²⁹⁰ C. PARENT / C. ROBITAILLE, Statut et rôle parental des beaux-pères dans les familles recomposées : Intervention sociale en protection de la jeunesse, Éthique et Famille 2011, pp. 101-120.

²⁹¹ A. THEVENOT, Le parental et le conjugal dans les recompositions familiales, Dialogue 2001, n°151, p. 51 à 60.

288. Lorsque les conjoints, partenaires ou concubins se séparent, le couple conjugal cesse alors d'exister, tandis que le couple parental, lui, subsiste. Les anciens partenaires de vie demeurent titulaires de l'autorité parentale et assument, à deux et séparément, cette fonction²⁹².

289. Les membres du couple parental, ou l'un d'eux, peut être amené à s'engager dans une nouvelle union de laquelle peut, potentiellement, naître d'autres enfants.

290. La variété des configurations familiales a mis en exergue la nécessité de différencier deux concepts, en apparence proches : la parenté, d'une part, et la parentalité, d'autre part. Notion juridique, la parenté se définit comme le lien unissant les personnes par le sang ou par l'adoption.

291. La parentalité, quant à elle, désigne une fonction exercée de fait par un adulte auprès d'un enfant à travers un rôle parental et / ou éducatif. Le terme désigne plutôt un investissement affectif et éducatif qu'une personne exerce auprès d'un enfant. Cet investissement peut se matérialiser par la réalisation de certains actes ou par la prise en charge de l'enfant²⁹³ et cette compétence parentale peut être exercée aussi bien par un membre de la famille de l'enfant que par un beau-parent. Dans le cas des recompositions familiales, la compétence parentale pourra être exercée par les deux parents de l'enfant mais également par le ou les beaux-parents sans que ces derniers, cependant, ne soit titulaires de l'autorité parentale en raison de l'absence de filiation²⁹⁴.

292. Le statut du beau-parent n'est pas appréhendé par le droit²⁹⁵ et n'a, à l'égard de l'enfant (ou des enfants) de son conjoint, partenaire ou concubin aucun lien juridique impliquant des droits ou des devoirs alors même qu'il peut être amené à jouer un rôle éducatif et affectif important auprès de cet enfant (ou de ces enfants) dès lors qu'il partage, avec lui, le même

²⁹² M. REBOURG, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, université Lyon III, 11 décembre 1996 : Defrénois, coll. de thèse dirigée par B. BEIGNIER, Préface H. FULCHIRON, 2002.

²⁹³ D. VERSINI, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, Défenseur des droits, Rapport annuel 2006, consultable sur < https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=7857>, dernière consultation le 26 novembre 2022.

²⁹⁴ M. REBOURG, *op. cit.* ; M. REBOURG, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune*, *AJ Fam.* 2007, p. 290

²⁹⁵ D. FENOUILLET, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : l'effet probable d'entraînement », *LPA*, 24 mars 2010, n°59, p. 18.

toit²⁹⁶. Le beau-parent reste souvent en arrière-plan mais peut, à titre d'exemple, effectuer les tâches suivantes : aller chercher l'enfant à l'école et, parfois même assurer les entretiens avec le corps professoral, l'accompagner à un rendez-vous médical ou encore effectuer des démarches auprès de l'administration.

293. A l'inverse d'autres législations, le droit français ne reconnaît donc aucun droits et devoirs du beau-parent à l'égard de l'enfant de son conjoint, de même que ce dernier n'a à l'égard du conjoint, partenaire ou concubin de son parent aucune obligation. Les familles recomposées évoluent donc en dehors de tout cadre législatif clair et pourtant, le beau-parent joue un rôle de plus en plus essentiel dans la vie de l'enfant (ou des enfants) de son conjoint.

294. La prise en charge de l'enfant non commun par le beau-parent pourra cependant s'organiser. En premier lieu, les règles organisant l'union matrimoniale ou le pacte civil de solidarité pourront, à certains égards, mettre à la charge du beau-parent une obligation alimentaire indirecte (A). En second lieu, en dehors de l'incidence que le statut conjugal pourra avoir, le mécanisme de l'obligation naturelle pourra, dans certains cas, fonder une obligation alimentaire (B).

²⁹⁶ Selon l'article 373-2-9 du Code civil, « la résidence des enfants peut être fixée en alternance au domicile en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux ».

A. La prise en charge, par le beau-parent, des frais liés à l'entretien et de l'éducation de l'enfant de son conjoint, partenaire ou concubin

295. Le beau-parent, de manière volontaire ou non, de manière directe ou indirecte, jouera indéniablement un rôle sur le plan matériel et il contribue indéniablement à l'entretien et à l'éducation des enfants de son conjoint avec lequel il vit²⁹⁷. En principe, l'obligation alimentaire repose sur un lien d'alliance ou de parenté. La solidarité familiale demeure le fondement de l'obligation alimentaire et la famille fondée sur l'alliance et la parenté en est la débitrice²⁹⁸.

296. C'est ainsi que le Code civil français ne met à la charge du beau-parent aucun devoir d'entretien à l'égard de l'enfant né d'un premier lit. Il en résulte qu'un cas de difficulté, l'enfant issu d'une première union ne pourra pas se prévaloir des articles 203 et 371-2 pour exercer une action à l'encontre de son beau-parent aux fins d'obtenir des aliments.

297. De même, l'enfant né d'un premier lit n'est tenu, à l'égard du conjoint, du partenaire ou du concubin de son père ou de sa mère d'une quelconque obligation alimentaire. L'article 205 du Code civil n'est donc pas applicable dans les relations entre le beau-parent et l'enfant né d'un premier lit.

298. En conséquence, aucun fondement juridique ne permet, en droit français, de créer un lien alimentaire entre le beau-parent et l'enfant de son conjoint, de son compagnon ou de son partenaire.

299. Pour autant cette impossibilité d'obtenir des aliments de la part du beau-parent est somme toute relative est liée au statut conjugal. La qualité d'époux (1) ou de partenaire (2) pourront fonder une obligation alimentaire, indirecte ou directe, du beau-parent à l'égard de l'enfant né d'un premier lit ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'un concubinage (3).

²⁹⁷ Il est difficilement concevable, dans le cas d'une famille recomposée, que les conjoints, partenaires ou concubins organisent une comptabilité séparée dans laquelle le beau-parent ne prendrait en charge aucune dépense liée à l'enfant né d'un premier lit. Sur la question, voir, B. TACITE, *Le tiers en famille : du parent social au beau-parent statutaire*, Thèse, Université des Antilles, 2019 ; C. BONNES AGUILAR, *L'intérêt patrimonial de l'enfant au sien des familles recomposées*, Thèse, Aix-Marseille Université, 2019.

²⁹⁸ L. MAUGER-VIELPEAU, *Les sujets et l'objet de la dette alimentaire*, *LPA*, 24 juin 2010, n°125, p. 21 ; M. REBOURG, *Familles recomposées et liens interpersonnels*, *JCP N° 19*, 10 mai 2013, 1127.

1. L'incidence du mariage sur la prise en charge de l'enfant non commun par le beau-parent

300. Il convient ici d'envisager plusieurs hypothèses : le beau-parent est marié au parent de l'enfant non commun (a), le beau-parent est pacsé au parent de l'enfant non commun (b) ou, enfin, le beau-parent est en concubinage avec le parent de l'enfant non commun (c)

Si le beau-parent et le père ou la mère de l'enfant sont mariés alors le régime primaire mettra à la charge du beau-parent, de manière indirecte cependant, une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant né d'un premier lit par le jeu des articles 214²⁹⁹ et 220³⁰⁰ du Code civil.

Pour les époux sous le régime légal de la communauté, l'article 1409 du Code civil, lequel prévoit que : « *La communauté se compose passivement :*

-à titre définitif, des aliments dus par les époux et des dettes contractées par eux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, conformément à l'article 220 ;

-à titre définitif ou sauf récompense, selon les cas, des autres dettes nées pendant la communauté ».

301. L'article 1409 du Code civil met à la charge de la communauté, au titre de la contribution, les « *aliments dus par les époux* » sans pour autant préciser s'il convient de distinguer selon que les aliments sont dus par les deux époux ou par l'un d'eux seulement.

302. La question qui se posait dès lors était de savoir s'il convenait de faire entrer dans le champ d'application de l'article 1409 du Code civil les aliments dus personnellement par l'un des époux à un enfant né d'un premier lit.

303. En principe, si l'on considère que l'obligation alimentaire repose exclusivement sur un lien d'alliance ou de parenté, il conviendrait d'exclure l'application de l'article 1409 aux

²⁹⁹ Aux termes duquel, « *Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.*

Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile ».

³⁰⁰ Dont il ressort que « *Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement.*

La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.

Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage »

aliments dus personnellement par l'un des époux à un enfant né d'un premier lit. Il serait en effet, difficilement concevable, que la communauté soit tenue, à titre définitif, des dettes alimentaires nées au bénéfice d'enfants nés d'un premier lit avec lequel le beau-parent – c'est-à-dire le conjoint du père ou de la mère – n'entretient aucun lien juridique et entre lesquels il n'existe aucune obligation alimentaire réciproque.

304. Dans un autre sens, exclure du champ d'application de l'article 1409 les aliments dus personnellement par l'un des époux à un enfant né d'un premier lit pourrait revenir, à terme, à mettre à la charge du conjoint concerné une récompense qu'il pourrait difficilement supporter³⁰¹.

305. Dans un arrêt du 8 novembre 2005³⁰², la Cour de cassation s'est prononcée sur la question dans une espèce dans laquelle des époux divorcés réclamaient, dans le cadre de la liquidation de la communauté légale ayant existé entre eux, des récompenses envers en raison de sommes versées par les deux époux à leurs enfants respectifs nés d'un premier lit.

306. La Cour d'appel avait jugé que les époux étaient respectivement tenus à récompense envers la communauté en raison des pensions alimentaires servies, au cours de leur mariage, à leurs enfants nés d'un premier lit. Au visa de l'article 1409 du Code civil, la Cour de cassation censure la position de la Cour d'appel et juge que les dettes alimentaires dus par l'un des époux seulement constitue « *un passif définitif de la communauté* ».

307. En conséquence, le beau-parent marié sous le régime légal de la communauté contribue également aux pensions alimentaires servies pour l'entretien et l'éducation des enfants nés d'un premier lit sans que cela ne donne lieu à récompense³⁰³.

308. Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit³⁰⁴. L'engagement du parent dans une nouvelle relation aura nécessairement une incidence sur le calcul de la pension alimentaire due à un enfant né d'un premier lit. La Cour de cassation a, dans un arrêt du 22 mars 2005³⁰⁵, décidé que le montant de

³⁰¹ G. YILDIRIM, Répertoire de droit civil, Communauté légale : répartition des dettes, novembre 2019 (Actualisation février 2022), n°93.

³⁰² Cour de cassation - Première chambre civile, 8 novembre 2005, n° 03-14.831, *RTD civ.* 2006, p. 815, note B. VAREILLE, D. 2006. 2066, obs. V. BREMOND, M. NICOD et J. REVEL, *AJ fam.* 2006. 33, obs. P. HILT.

³⁰³ M. REBOURG, « Familles recomposées et liens interpersonnels », *JCP N°* 19, 10 mai 2013, 1127.

³⁰⁴ Article 208 du Code civil

³⁰⁵ Cour de cassation, Chambre civile 1, 22 mars 2005, n° 02-10.153, *RTD. Civ.* 2005, p. 379, note J. HAUSER.

la pension alimentaire due par la mère pour l'entretien et l'éducation de l'enfant ne peut être fixé en se fondant sur les ressources et charges des deux parents sans qu'il soit recherché, conformément aux dispositions de l'article 288 du Code civil, l'incidence des revenus de la nouvelle épouse du père de l'enfant sur ses charges. La vie à deux entraîne nécessairement un partage des charges ce qui se traduit une diminution des charges du parent créancier ou débiteur et donc une augmentation de ses ressources. Dans un tel cas, les revenus du beau-parent pourront alors être pris en compte mais uniquement en ce qu'ils permettent de réduire les charges du parent débiteur d'aliments.

309. En revanche, les ressources du beau-parent ne pourront pas être pris en compte dans le calcul du montant de la pension alimentaire due par le parent débiteur. La Cour de cassation a rappelé ce principe dans un arrêt rendu le 21 octobre 2015³⁰⁶. En l'espèce, après la séparation de deux époux, la résidence de leur enfant avait été fixée au domicile du père, puis de la mère puis en alternance au domicile de chacun des parents. Le père de l'enfant percevait un revenu mensuel d'environ 12.000 euros tandis que la mère n'exerçait aucune activité professionnelle et dépendait entière de son compagnon avec qui elle avait eu un enfant et dont les revenus mensuels nets s'élevaient à 20.000 euros.

310. Dans ces conditions, le père de l'enfant avait sollicité la condamnation de la mère à une contribution mensuelle d'un montant de 1.000 euros. En se fondant sur les revenus élevés du compagnon de la mère de l'enfant, la juridiction d'appel avait alors jugé que les frais de scolarité de l'enfant seraient partagés par moitié entre les parents.

L'arrêt de la Cour d'appel, à juste titre, est censuré par la Cour de cassation laquelle rappelle, au visa des articles 371-2 et 373-2-2 du Code civil que « *la dette du débiteur d'aliments est une dette personnelle, dont le montant doit être fixé en considération de ses ressources* ».

311. La Cour de cassation rappelle que le beau-parent n'est tenu d'aucune obligation alimentaire à l'égard des enfants de son conjoint nés d'un premier lit. La dette du débiteur d'aliments est une dette personnelle si bien que les revenus du beau-parent ne doivent pas être pris en compte dans le calcul de l'obligation parentale d'entretien.

³⁰⁶ Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 21 octobre 2015, n° 14-25.132, *Dr. Fam.* février 2016 n°2, étude 3, note B. ANCEL.

312. Cette position est parfaitement cohérente avec la lettre des articles 203, 371-2 et 373-2-2 du Code civil. Ces articles ne consacrent aucune vocation alimentaire entre le beau-parent et l'enfant né d'un premier lit. La rupture des liens conjugaux n'entraîne pas la rupture des liens parentaux et les parents demeurent tenus d'une obligation d'entretien à l'égard de leurs enfants que le beau-parent ne saurait pallier en cas de défaillance de l'un des parents.

2. La prise en charge de l'enfant non commun par le partenaire

313. Le beau-parent qui a conclu avec le père ou la mère de l'enfant un Pacte civil de solidarité pourrait également, de manière indirecte, contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant né d'un premier lit par le jeu de l'article 515-4 du Code civil³⁰⁷.

314. Cet article instaure d'une part, une aide matérielle réciproque entre les partenaires et organise, d'autre part, une solidarité des partenaires à l'égard des tiers pour les dettes contractées par l'un des partenaires pour les besoins de la vie courante. Ces règles sont la traduction, au pacte civil de solidarité, de ce qui existe déjà en matière de mariage.

315. En conséquence, dans le cadre d'un pacte civil de solidarité, la prise en charge par le beau-parent de l'enfant non commun se fera par le jeu de l'article 515-4 du Code civil.

3. La prise en charge de l'enfant non commun par le concubin

316. Le concubinage est marqué par une grande lacune des règles juridiques lui étant applicable. Le concubinage n'est pas réglementé et, en principe, dès lors qu'aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en

³⁰⁷ Selon lequel, « Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives.

Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage ».

l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées³⁰⁸.

Cependant, la Cour de cassation semble infléchir cette position et a, à plusieurs reprises, déduit une obligation pour les concubins de contribuer aux charges du ménage³⁰⁹.

317. Dans un arrêt en date du 17 juin 2009, la Cour de cassation a, déduit de l'existence d'un compte joint, ouvert au nom de deux concubins, et sur lequel étaient prélevées les échéances d'un emprunt immobilier, l'existence, entre ces deux concubins, d'un accord tacite de répartition des charges du ménage et une volonté de l'un d'eux d'équilibrer par cet arrangement la part de charges de la vie courante supportée par l'autre³¹⁰.

318. Cependant, les règles consacrées par les articles 214 et 220 du Code civil ne s'appliquant pas aux relations entre les concubins, la participation du beau-parent à l'entretien et à l'éducation de l'enfant de son concubin reposera avant tout sur un acte volontaire.

319. La prise en charge volontaire de l'entretien et de l'éducation d'un enfant né d'un premier lit pourra donc, dans certains cas, être interprétée comme l'exécution, par la personne concernée, d'un devoir de conscience à l'égard de l'enfant que le droit peut entériner³¹¹ dans certains cas.

B. La prise en charge volontaire de l'enfant non commun par le beau-parent

320. Aux termes de l'article 1100 du Code civil que les obligations « *peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui* ». De même, il ressort de l'article 1302 du même Code que « *la restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées* ».

³⁰⁸ Cour de cassation, Chambre civile 1, 19 mars 1991, n°88-19.400, *RTD civ.* 1991, p.507, obs. J. HAUSER ; Defrénois 1991, p. 942, note J. MASSIP ; Cour de cassation, Chambre civile 1, 1^{re}, 17 oct. 2000, n°98-19.527, *RTD civ.* 2001, p.111, obs. J. HAUSER ; Cour de cassation, Chambre civile 1, 28 nov. 2006, n°04-15.480, *AJ fam.* 2007. 33, obs. F. CHENEDE ; *D.* 2007. 1561, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RTD civ.* 2007. 94, obs. J. HAUSER ; Cour de cassation, Chambre civile 1, 24 sept. 2008, n°06-11.294, *AJ fam.* 2008. 431, obs. F. CHENEDE ; *D.* 2009. 140, obs. I. GALLMEISTER, note J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2008. 660, obs. J. HAUSER.

³⁰⁹ M. SAULIER, Les concubins peuvent-ils s'abstenir de contribuer aux charges du ménage ? Etude de jurisprudence récente de la Cour de cassation, *AJ Fam.* 2018, p. 457.

³¹⁰ Cour de cassation, Chambre civile 1, 17 juin 2009, n°07-20.628, *RTD. Civ.* 2009, p. 511, note J. HAUSER.

³¹¹ Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 3 octobre 2006, n° 04-14.388 rendu en matière de subsides, *Droit de la famille* n° 1, Janvier 2007, comm. 3, comm. P. MURAT, *RTD Civ.* 2007, p. 119, note J. MESTRE, *RTD Civ.* 2007, p. 98, note J. HAUSER.

321. L'obligation naturelle peut ainsi se définir comme un devoir de conscience dont l'exécution volontaire exclut le droit à répétition³¹².

322. A l'heure des mutations familiales, l'obligation naturelle peut apparaître comme un mécanisme approprié pour combler le vide juridique entourant la place du beau-parent³¹³. Si auparavant, la question de la place du beau-parent ne soulevait guère de difficultés et d'interrogations, l'augmentation croissante et importante du nombre de famille recomposées invite à se pencher un peu plus sur la question³¹⁴.

323. Une obligation naturelle d'entretien et d'éducation du beau-parent à l'égard des enfants nés d'un premier lit pourrait ainsi, si certaines conditions sont satisfaites, être admise.

324. Conformément à l'article 1100 du Code civil, l'obligation naturelle repose sur une « *exécution volontaire* » c'est-à-dire une exécution libre et sans contrainte³¹⁵. L'obligation naturelle doit également démontrer une volonté du débiteur de s'engager. A défaut d'engagement volontaire qu'il soit explicite³¹⁶, ou implicite, tant qu'il est non équivoque, l'obligation naturelle ne peut se nover en obligation civile. Ce principe a été précisé par la Cour de cassation dans une salve d'arrêts rendus au cours de l'année 2006³¹⁷. Dans l'un d'eux³¹⁸, la Cour de cassation juge ainsi que « *qu'ayant souverainement estimé que de l'ensemble du comportement de M. X. à défaut de tout écrit en ce sens, il ne résultait aucun engagement volontaire implicite ou explicite de ce dernier à poursuivre, sans limitation de temps, l'aide financière octroyée à Madame de Y. dans les dix mois qui ont suivi leur dernière rupture, la Cour d'appel a pu en déduire que son devoir de conscience ne s'était pas transformé en obligation civile* ».

³¹² M. COUDRAIS, « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », *RTD Civ.* 2011, p.453.

³¹³ M.-C. RIVIER, Les secondes familles et le droit des obligations alimentaires », *LPA* du 08 octobre 1997, n° 121, p. 11.

³¹⁴ J. LEONETTI, Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers, Rapport remis le 7 octobre 2009 disponible sous < <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/094000484.pdf>> (dernière consultation le 15 janvier 2023).

³¹⁵ Cour de cassation, Civ. 1, 12 juillet 1994, n° 92-13.375, *RTD. Civ.* 1994, p. 847, note J. HAUSER.

³¹⁶ Cour de cassation, Civ. 4 janv. 2005, n°02-18.904, *D.* 2006, p. 1393, note G. LOISEAU ; Cassation, Civ. 1, 11 oct. 2017, n°16-24.533, *RTD. Civ.* 2018, p. 198, note M. GRIMALDI ; *D.* 2018, p. 371, note M. MEKKI.

³¹⁷ Cour de cassation, Civ. 1, 23 mai 2006, n°04-19.099, *D.* 2006, p. 1561, *RTD. Civ.* 2006, p. 538, note J. HAUSER, Cour de cassation, Civ. 1, 3 oct. 2006, n°04-14.388 ; Civ. 1, 21 nov. 2006, n°04-16.370, *RTD. Civ.* 2007, p. 119, note J. MESTRE / B. FAGES.

³¹⁸ Cour de cassation, Civ. 1, 23 mai 2006, préc.

325. Dans les rapports entre le tiers, comme le beau-parent, et l'enfant né d'un premier lit, les exemples jurisprudentiels d'obligation naturelle novée en obligation civile demeurent assez rares.

Dans un arrêt du 30 mai 2006, la Cour d'appel d'Orléans a admis, la possibilité, lorsque le beau-parent a participé à l'entretien de l'enfant de son épouse, de reconnaître une obligation naturelle susceptible de se transformer en obligation civile³¹⁹.

326. En matière d'obligation naturelle, le principal écueil qui se pose est celui la portée de l'engagement. Lorsque l'engagement du débiteur de s'exécuter résulte d'un acte, la portée de son engagement sera facilement identifiable. Dans un arrêt rendu le 25 octobre 2017, la Cour de cassation avait admis que l'acte par lequel trois filles avaient exprimé leur volonté de partager la succession de leur parts égales entre elles et leur frère, omis du testament, volonté réitérée par l'une d'elle dans plusieurs courriers adressés au notaire qui avait reçu l'acte, caractérisait une obligation naturelle novée en obligation civile³²⁰.

Ici, il ressortait de l'acte sous seing privé rédigé chez le notaire et des courriers adressés à ce dernier que les filles du défunt avaient eu, sans aucune équivoque, la volonté de partager, à parts égales avec leur frère la succession du *du cuius*. La portée de cette obligation était donc, en l'espèce, limitée au partage des actifs successoraux.

327. En revanche, lorsque l'engagement revêt un caractère implicite, il sera plus difficile de déterminer la portée de l'engagement ainsi souscrit par le débiteur. Dans ce cas, il appartiendra alors au juge saisi de fixer le montant de l'obligation, sa durée ainsi que les modalités de son exécution.

328. Dans l'affaire qui avait donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Orléans, le beau-père avait participé financière à l'entretien de la fille de sa conjointe en l'accueillant à son domicile et en aménageant, pour elle, un studio avec l'indemnité perçue à la suite de son licenciement.

La Cour d'appel d'Orléans avait admis qu'une obligation naturelle pouvait être reconnue et se nover en obligation civile si la preuve d'un engagement unilatéral d'exécution de l'obligation

³¹⁹ En l'espèce, cependant, la fille née d'un premier lit, n'avait pas apporté la preuve d'un engagement unilatéral, de la part de son beau-parent, d'exécuter une obligation naturelle dès lors que ce dernier l'avait « mise à la porte » de son domicile, CA Orléans, 30 mai 2006, n°05/01794.

³²⁰ Cour de cassation, Chambre civile 1, 11 oct. 2017, n°16-24.533, *RTD. Civ.* 2018, p. 198, note M. GRIMALDI ; *D.* 2018, p. 371, note M. MEKKI.

naturelle était rapportée. Dans un tel cas, le débiteur aurait été tenu de verser des aliments au créancier dans le besoin.

329. La Cour d'appel avait cependant relevé que la preuve d'un engagement unilatéral du beau-père faisait défaut dès lors que ce dernier avait mis sa belle-fille « à la porte ». Ce comportement permettait de démontrer de la volonté du beau-parent de ne pas s'engager durablement dans la prise en charge de sa belle-fille.

330. En France, à compter des années 1960, le modèle traditionnel de la famille, est entré en mutation³²¹. Ce modèle a perdu son caractère dominant et l'on a assisté à une augmentation, toujours plus croissante, des unions libres.

Si le concubinage a toujours existé³²² - n'est-il pas, à l'instar du mariage, de l'une des plus vieilles coutumes de l'humanité ?³²³ - la pratique était marginale et caractéristique d'une désorganisation de la famille³²⁴. L'union, lorsqu'elle n'était pas prohibée, était décriée et ignorée par le droit.

331. Aujourd'hui, la famille légitime n'est plus le modèle dominant. La pluralité des modèles familiaux a été prise en compte par le législateur qui, dès la fin des années 1990³²⁵. Le concubinage a ainsi fait officiellement son entrée dans le Code civil tandis qu'une nouvelle union, le Pacte civil de solidarité, était créée.

332. L'adoption du Pacte civil de solidarité a été motivée par des considérations politiques et était destinée à éteindre les revendications des couples de personnes mêmes désireux, tout comme les couples de personnes de sexe opposé, de pouvoir obtenir une reconnaissance juridique de leur union. Le Pacte civil de solidarité, bien qu'ouverts à tous, avait surtout pour objectif de servir de « palliatif » aux couples de personnes de même sexe et de préserver le

³²¹ Pour certains, le modèle traditionnel de la famille légitime, féconde et stable est entré en crise, I. Théry, Les transformations de la famille et de la parenté en France, *Studia Politica: Romanian Political Science Review*, 9(2), 2009, pp. 307-314

³²² Pour un aperçu historique du concubinage, voir A. DUVILLET, Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe – XXe siècle), Université de Bourgogne 2001.

³²³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, 2004, vol. 1, p. 1139 : « Le Code civil n'a pas défini le mariage, et il a eu raison : chacun sait ce qu'il faut entendre par là ; c'est la plus vieille coutume de l'humanité, et l'état de la plupart des individus adultes ».

³²⁴ F. BATTAGLIOLA, Mariage, concubinage et relations entre les sexes - Paris 1880-1890, *In Genèses*, 18, 1995, Protections sociales, pp. 68-96 ; I. THERY, Concubinage, *in* I. THERY (Dir.), Couple, filiation et parenté aujourd'hui, 1998, pp. 159-179.

³²⁵ Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité.

caractère hétérosexuel du mariage³²⁶. Le législateur a fini par ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe³²⁷.

333. A l’instar de la conjugalité, la parenté également a connu d’importants bouleversements. Le mariage a cessé de présider la création de la famille et son absence n’a plus constitué un obstacle à la parenté. De nouvelles configurations familiales ont vu le jour³²⁸ parmi lesquelles la parenté d’intention et la recomposition familiale. La diversité des configurations familiales est un phénomène qui s’est observé tant en France que dans la grande majorité des États européens.

³²⁶ La Cour de cassation avait, dans un arrêt en date du 13 mars 2007, rappelé que « selon la loi française, le mariage est l’union d’un homme et d’une femme ; que ce principe n’est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l’homme et de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne qui n’a pas en France de force obligatoire », Cour de cassation, Première Chambre civile, 13 mars 2007, n°05-16.627, D. 2007, p. 935, obs. I. GALLMEISTER, p. 1389 ; *ibid.*, p. 1375, note H. FULCHIRON ; JCP 2007, Act. n° 136, obs. Y. FAVIER ; Dr. famille 2007, comm. n° 76, note M. AZAVANT ; AJ famille 2007, p. 227, note F. CHENEDE ; LPA 2007, n° 142, p. 19, note J. MASSIP.

³²⁷ Loi n°2013-404 du 17 mai ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

³²⁸ M. PRATTE, « La filiation réinventée : l’enfant menacé ? », *Revue Générale de droit* 2003, vol. 33, pp. 541-607 ; G. KESSLER, “The Parentage Disruption: A Comparative Approach”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 33, Issue 3, December 2019, pp. 316–336.

TITRE 2

UNE ETUDE COMPARATIVE DES INSTITUTIONS FAMILIALES

334. Au lendemain de la guerre, sur les ruines d'une Europe meurtrie, les premiers États membres de l'actuelle Union Européenne avaient entendu s'unir afin d'assurer « *le respect des valeurs d'ordre juridique, politique et moral auxquelles ils sont attachés* » tout en demeurant « *soucieux de préserver la riche variété de leurs cultures nationales* »³²⁹.

335. Cette volonté d'unité et de défense de valeurs communes avait été réaffirmée, des décennies plus tard, par le Traité de Lisbonne³³⁰. L'article 2 de cet instrument entend abolir toutes frontières intérieures et permettre à tout citoyen ressortissant d'un État membre, citoyen européen, de pouvoir circuler librement. L'ouverture des frontières et l'abolition des contrôles au sein de l'Union européenne devait aller de pair avec l'ouverture des législations nationales aux institutions issues d'autres États membres. Sinon, comment justifier que le franchissement de la frontière puisse être, dans de nombreux cas, synonyme d'abandon du statut personnel ?

336. Cette vision solidaire et idéaliste de l'espace européen supposait nécessairement que l'ensemble de ses États membres partage au moins une communauté de valeurs.

Partage de valeurs communes dont le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne se fait l'écho en énonçant que « *les peuples de l'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes* ».

337. Une telle communauté de valeurs se retrouve également au sein du Conseil de l'Europe³³¹. Si cette communauté de valeurs semble acquise dans un grand nombre de domaines, en matière familiale, elle semble néanmoins avoir atteint ses limites. L'article 9 de la Charte des droits

³²⁹ Déclaration sur l'identité européenne, Copenhague, 14 décembre 1973.

³³⁰ L'article 1^{er} du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 énonce ces valeurs communes en disposant que « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

³³¹ Le Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce que les gouvernements d'États européens, « *animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit* » sont résolus « *à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle* ».

fondamentaux, en disposant que « *le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* », ne restreint pas l'exercice de ce droit aux seules personnes de sexe opposé et, ainsi, ne s'oppose pas à ce que les États qui le souhaitent intègrent dans leur législation le mariage entre personnes de même sexe.

338. Pour autant, aucun des instruments règlementaires régissant les questions familiales ne définissent la notion de « mariage ». Il va ainsi du Règlement Bruxelles II *bis*³³², du Règlement Aliments³³³, du Règlement Rome III³³⁴, ou des derniers Règlements européens relatifs aux régimes matrimoniaux³³⁵ et aux effets des partenariats enregistrés³³⁶ entrés en vigueur le 29 janvier 2019.

339. Il existe, au sein de la Communauté des États européens une disparité quant à la définition des configurations familiales, de leur admission (Chapitre 1) et des mécanismes de solidarité qu'elles peuvent fonder (Chapitre 2).

³³² 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.

³³³ 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.

³³⁴ 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.

³³⁵ 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 d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

³³⁶ Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

CHAPITRE 1 : L'APPROCHE PERMISSIVE OU PROHIBITIVE DES ORDRES JURIDIQUES FACE A L'ADMISSION DE RELATIONS FAMILIALES NOUVELLES

340. Le territoire européen est marqué par une très forte disparité des législations en matière familiale. Si le droit de la famille est en pleine ébullition³³⁷, avec au centre la question du mariage et de la filiation, force est de constater que la dynamique diffère selon les pays. Si certains ouvrent progressivement leur ordre juridique à l'admission de nouvelles configurations familiales (Section 1), d'autres y résistent (Section 2) en refusant de les reconnaître ou en les prohibant.

Section .1 L'ouverture progressive des ordres juridiques à l'admission de relations familiales nouvelles

341. L'ouverture des ordres juridiques aux nouvelles relations de familles sera étudiée sur le terrain des statuts conjugaux, d'une part, (§1) et sur celui de la filiation, d'autre part (§2).

§ 1. L'admission de nouveaux statuts conjugaux

342. Le mariage entre personnes de même sexe est admis dans un nombre toujours plus croissant d'États européens (A) tandis, qu'au sein d'États n'admettant pas l'union, une nouvelle forme de conjugalité a émergé afin que les couples de personnes de même sexe puissent inscrire leur union dans un cadre plus réglementaire (B).

A. Le mariage entre personnes de même sexe

343. Rompant avec la conception traditionnelle du mariage, de nombreux États européens ont choisi de supprimer la condition relative à l'altérité sexuelle dans leur législation.

³³⁷ M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, Le droit de l'adoption à la lumière de la CEDH : analyse de *lege lata et ferenda*, in A. LEUBA, M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, B. FOEX. Le droit en question : Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta BADDELEY, Genève : Schulthess Editions Romandes, 2017. p. 187-232.

La France a été le 9^e État européen à accorder aux couples de personnes de même sexe le droit de se marier. Les Pays-Bas ont été les premiers à franchir le pas³³⁸ suivi par la Belgique,³³⁹ l'Espagne³⁴⁰, la Norvège,³⁴¹ la Suède³⁴², le Portugal³⁴³, l'Islande³⁴⁴ et le Danemark³⁴⁵. Après la France, la Grande-Bretagne³⁴⁶, la Finlande³⁴⁷, le Luxembourg³⁴⁸, l'Irlande³⁴⁹, Malte³⁵⁰, l'Allemagne³⁵¹ et l'Autriche³⁵² ont également ouvert le mariage aux couples de même sexe.

³³⁸ La loi du 21 décembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001, a modifié l'article 30.1 du Code civil néerlandais lequel dispose désormais qu'un « mariage peut être contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». Voir, H. FULCHIRON, « la reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *JCP G* 2001, act. p. 1628.

³³⁹ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe, publiée au Moniteur belge (J.O. belge) le 28 février 2003 et entrée en vigueur le 1^{er} juin de la même année. La loi a modifié l'article 143 du Code civil qui dispose désormais que « deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage ». Voir J.-L. RENCHON, L'avènement du mariage dans le Code civil belge, *Rev. Trim. Dr. Fam.* 2003, p. 439 ; *Rev. Dr.int. et dr. Comp.* 2004 p. 439 ; C. AREND-CHEVRON, La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des couples de même sexe, *Courrier Hebdomadaire du CRISP* 2002, n°1780, p. 5-41.

³⁴⁰ Loi n°13/2005 du 1^{er} juillet 2005, entrée en vigueur le 3 juillet 2005. La loi a modifié l'article 44 du Code civil espagnol qui dispose désormais que « le mariage est soumis aux mêmes conditions et a les mêmes effets quand chacun des deux contractants est de même sexe ou de sexe différent ». On peut néanmoins regretter que la consécration du mariage entre personnes de même sexe se soit faite sur le terrain de ses effets. Voir R. BOUSTA, Réflexions autour de la loi espagnole autorisant le mariage et l'adoption aux couples homosexuels, *Revue française de droit constitutionnelle* 2008, n°73, p. 199-210 ; H. FULCHIRON, Le mariage à l'heure espagnole (réflexions sur les mariages homosexuels en Europe), *Dr. Famille* 6 juin 2005, alerte 51.

³⁴¹ Loi du 11 juin 2008, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

³⁴² Loi du 31 mars 2009 votée par le *Riksdag* (Parlement suédois), entrée en vigueur le 1^{er} mai 2009. La loi a abrogé le *Registered Partnership Act* de 1994.

³⁴³ La loi n° 9 du 31 mai 2010 autorisant le mariage civil entre deux personnes du même sexe a modifié l'article 1577 du Code civil qui dispose désormais que « le mariage est le contrat conclu entre deux personnes qui aspirent à constituer une famille au moyen d'une vie commune ».

³⁴⁴ Loi du 11 juin 2010 votée par l'*Althingi* (Parlement islandais) à 49 voix contre 0.

³⁴⁵ Loi du 12 juin 2012 modifiant la loi sur la conclusion du mariage et sa fin, la loi sur les effets juridiques du mariage et la loi sur l'administration de la justice. La loi du 12 juin 2010 a également abrogé la loi sur le partenariat enregistré.

³⁴⁶ Marriage (Same sex couples) Act 2013. Selon la section 1, « *Marriage of same sex couples is lawful* ».

³⁴⁷ Le 1^{er} mars 2017, le *Finnish Marriage Act* a été modifié afin de permettre aux couples de même sexe de se marier : « *Two persons who have agreed to enter into marriage with each other are engaged* ».

³⁴⁸ Loi du 4 juillet 2014 modifiant l'article 143 du Code civil lequel dispose désormais que « deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage ». Il est cependant prévu qu'en cas de mariage entre personnes de même sexe, l'article 312 est inapplicable. En vertu de l'article 312 du Code civil luxembourgeois, « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ».

³⁴⁹ *Thirty-fourth Amendment of the Constitution Act* 2015. Sur le fondement de ce 34^e amendement, l'article 41 était modifié et devait disposer que « le mariage peut être contracté par deux personnes, dans les conditions prévues par la loi, sans distinction de sexe » (« *Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as their sex* »). Le 22 mai 2015, la révision constitutionnelle est approuvée par référendum. Voir, E. DALY, Irlande, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2015. Juges constitutionnels et doctrine – Constitutions et transitions, p. 119-123.

³⁵⁰ Act No. XXIII of 2017 – Marriage Act and other Laws (Amendment) of 2017, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2017.

³⁵¹ Loi du 20 juillet 2017 ouvrant le mariage pour tous (*Eheöffnungsgesetz*). Voir T. HOCHMANN, Le mariage entre personnes de même sexe – l'exemple de l'Allemagne, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2016 – Constitution et droits sociaux – Constitution et sécurité extérieure, p. 91-98.

³⁵² Se fondant sur l'interdiction des discriminations en fonction de l'orientation sexuelle, la Cour constitutionnelle autrichienne a ordonné l'ouverture du mariage aux couples de même sexe avant le 31 décembre 2018. Les premiers mariages entre personnes de même sexe ont été célébrés dès le 1^{er} janvier 2019.

344. A l'extérieur des frontières européennes, de nombreux pays ont également ouvert le mariage aux couples de même sexe. C'est notamment le cas du Canada³⁵³, des États-Unis³⁵⁴, de l'Afrique du Sud³⁵⁵, de l'Australie³⁵⁶, de la Nouvelle-Zélande³⁵⁷, de l'Argentine³⁵⁸ ou encore plus récemment de Taïwan³⁵⁹.

345. Sans entrer dans le détail de la législation de chacun des États cités, l'étude portera sur l'entrée en vigueur du mariage entre personnes de même sexe en Suisse (1) et en Allemagne (2), parmi les derniers ordres juridiques à l'avoir admis.

346. Il convient également de noter que, le 4 octobre 2022, le Parlement slovène a approuvé le mariage et l'adoption pour les couples de personnes de même sexe.

1. L'ouverture du mariage entre personnes de même sexe : l'exemple récent de la Suisse

347. En Suisse, l'article 54 de la Constitution du 29 mai 1874 a placé le droit au mariage sous la protection de la Confédération, l'affranchissant ainsi de toute emprise religieuse. Auparavant, la Constitution fédérale de 1848 ne contenait aucune disposition relative au droit au mariage,

³⁵³ Loi sur le mariage civil entrée en vigueur le 20 juillet 2005. Voir D. GUENETTE/ P. TAILLON, Canada – La légalisation du mariage pour tous – A la jonction du fédéralisme canadien et des droits et liberté de la personne, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2015. Juges constitutionnels et doctrine – Constitutions et transition, p. 43-52 ; D. GOUBAU, Le mariage pour tous, dix ans après...L'expérience canadienne, *Dr. Famille* juillet 2013, n°7-8, dossier 34.

³⁵⁴ Certains États avaient déjà admis le mariage entre personnes de même sexe dès le début des années 2000. Ainsi, le mariage était admis dans le Massachusetts depuis 2003, dans le Connecticut depuis 2008, dans l'Iowa, le Vermont et le New Hampshire depuis 2009, à New York depuis 2011, à Washington, dans le Maine et le Maryland depuis 2012, dans le Rhode Island, le Delaware, le Minnesota et la Californie depuis 2013. Le 26 juin 2015, la Cour Suprême des États-Unis décide que les mariages légalement célébrés dans un État seront reconnus partout aux États-Unis. Selon l'opinion majoritaire, « *No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were (...) marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage (...) Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization's oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right* ». Voir, Cour Suprême des États-Unis, 26 juin 2015, *Obergefell et al. C. Hodges, Directo, Ohio Department of Health, et al., RIDC* 2015, Vol. 75, n°3, p. 836-840.

³⁵⁵ *Civil Union Act* 2006, entré en vigueur le 30 novembre 2006, P. DE VOS, The « right to be different » : the same-sex marriage judgement of South Africa's Constitutional Court, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2014/2015, p. 15.

³⁵⁶ Marriage Amendment (Definition and Religious Freedoms) Act 2017, entré en vigueur le 9 décembre 2017. This Act amended the Marriage Act 1961 to redefine marriage as 'the union of 2 people to the exclusion of all others, voluntarily entered into for life.

³⁵⁷ Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013, entré en vigueur le 19 août 2013.

³⁵⁸ Depuis le 15 juillet 2010.

³⁵⁹ Depuis mai 2019, Voir, *Le Monde*, Taïwan légalise le mariage homosexuel, une première en Asie, 17 mai 2019.

celui-ci étant alors régi par le droit cantonal³⁶⁰. La Constitution de 1874 puis le Code civil de 1907 ont unifié les règles en la matière et ont imposé le mariage à l'ensemble de la Confédération.

348. Pendant de très nombreuses années, le modèle familial dominant a été celui articulé autour du couple, de sexe opposé et marié, et de leurs enfants. Les articles 7 et suivants de la Constitution fédérale garantissent un certain nombre de droits fondamentaux au rang desquels figurent le droit au mariage et à la famille³⁶¹. La notion de famille n'y est pas définie mais la rédaction de l'article 14 de la Constitution suggère l'existence d'un lien entre mariage et famille, le premier étant le préalable nécessaire à la naissance du second. La norme constitutionnelle viserait le mariage, en tant qu'institution juridique, dans son sens traditionnel entendu comme l'union monogame durable entre deux personnes de sexe opposé³⁶². Les travaux préparatoires de l'article 14 Cst montrent, en effet, une volonté du législateur d'accorder une protection particulière au mariage par rapport à d'autres formes de vie commune malgré une reconnaissance certaine des nouveaux modèles familiaux³⁶³.

349. Le droit au mariage et à la famille est garanti à double titre dans la Constitution : d'une part à l'article 14 précité et, d'autre part à l'article 13 lequel garantit le droit de chacun au respect de sa vie familiale, la garantie de la vie familiale incluant également le droit au mariage et à la famille.

350. Par ailleurs, bien que la notion de mariage ne soit pas définie par le Code civil, la rédaction de l'article 94 du Code civil³⁶⁴, relatif à la capacité de se marier, semble cependant suggérer que le mariage, dans l'ordre juridique suisse, revêt un caractère hétérosexuel. Malgré l'émergence, certes timide, de nouveaux modèles familiaux, la conception traditionnelle du mariage continue d'imprégner la législation suisse en matière familiale³⁶⁵. Le concubinage a été sévèrement

³⁶⁰ M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, « Le droit au mariage et à la famille – Contours et implications en droit civil, » *FamPra.ch* 2011, p. 321-347.

³⁶¹ Selon l'article 14 Cst, « Le droit au mariage et à la famille est garanti ». Le droit au mariage et à la famille est ainsi placé sous la protection de la Confédération.

³⁶² Message du 29 novembre 2002 relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, FF 2003 I p. 1270.

³⁶³ Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I, p. 155.

³⁶⁴ Selon cet article, « Pour pouvoir contracter mariage, l'homme et la femme doivent être âgés de 18 ans révolus et capables de discernement ».

³⁶⁵ I. ENGELI/ M. ROCA I ESCODA, *Le mariage à l'épreuve : les défis du partenariat de même sexe et de la procréation médicalement assistée en Suisse, Politique et Sociétés*, 31 (2), p. 51-66.

réprimé par les législations suisses jusqu'au XIXe siècle et, jusqu'à des temps très récents, il était encore prohibé dans certains cantons³⁶⁶.

351. Allant à rebours de la conception traditionnelle de la famille figée dans la Constitution fédérale, certaines constitutions cantonales ont fait le choix de reconnaître l'existence d'un certain pluralisme familial en garantissant non seulement le droit au mariage mais également la liberté de choisir une autre forme de vie en commun et de fonder une famille.³⁶⁷

Le Code civil retient une conception traditionnelle de la famille³⁶⁸ fondée sur les liens d'alliance et de filiation. La famille est ainsi appréhendée comme la communauté des époux ou parents et des enfants.

352. La Loi fédérale du 18 décembre 2020 relative au mariage civile pour tous a modifié l'article 94 du Code civil lequel dispose que « *le mariage peut être contracté par deux personnes âgées de 18 ans révolus et capables de discernement* ». Le mariage a donc été ouvert aux couples de personnes de même sexe. La loi est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2022.

353. Depuis le 1^{er} juillet 2013, soit l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 15 juin 2012 concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés³⁶⁹, tant les conditions de forme que les conditions de fond auxquelles la célébration du mariage est subordonnée en Suisse sont régies par le droit suisse³⁷⁰.

354. En conséquence, les mêmes règles s'appliqueront tant aux ressortissants suisses qu'aux ressortissants étrangers. Dès lors que le droit suisse régit les conditions de fond du mariage, il apparaissait très peu opportun de faire figurer, dans le projet de loi relatif au mariage civil pour

³⁶⁶ Le canton du Valais a été le dernier canton à lever l'interdiction du concubinage au milieu des années 1990.

³⁶⁷ C'est notamment le cas de l'article 12 de la Constitution de la République et canton de Neuchâtel, de l'article 14 de la Constitution du Canton de Vaud, de l'article 22 de la Constitution de la République et canton de Genève et de l'article 14 du Canton de Fribourg.

³⁶⁸ Il est également intéressant de relever la conception de la notion de famille retenue dans le cadre de l'application de certaines dispositions fédérales notamment en matière de droit des étrangers.

La loi fédérale suisse du 16 décembre 2005 sur les étrangers détermine les conditions d'entrée sur le territoire suisse ainsi que le séjour des étrangers et le regroupement familial. Le droit des étrangers requiert que soit définies les notions de famille, partenaire, conjoint, parent ou encore concubin dès lors que ces définitions vont non seulement conditionner l'entrée et le séjour en Suisse mais également gouverner le regroupement familial.

L'Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure, modifiée postérieurement à l'adhésion de la Suisse aux accords de Schengen et Dublin, retient une conception relativement large de la notion de famille en disposant, à l'article 1a let. e, que « *sont assimilés aux conjoints les partenaires enregistrés et les personnes qui vivent en concubinage de manière durable (...)* ».

³⁶⁹ FF 2011 2045, Message relatif à une loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés.

³⁷⁰ Article 44 LDIP en vertu duquel, « *la célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse* ».

tous une règle similaire à celle consacrée aux articles 46 alinéa 2 du Code belge de droit international privé et 202-1, alinéa 2 du Code civil français.

355. Il ressort de la loi relative au mariage civil pour tous, un couple de personnes dont l'un au moins est ressortissant d'un pays prohibant le mariage entre personne de même sexe pourra néanmoins se marier en Suisse si l'un des futurs époux est rattaché à l'ordre juridique suisse par son domicile³⁷¹ ou sa nationalité³⁷². Si les deux futurs conjoints sont ressortissants d'un État prohibant le mariage entre personnes de même sexe, ils pourront également se marier en Suisse dès lors qu'ils y ont leur domicile³⁷³.

356. En l'absence de lien avec l'ordre juridique suisse, le mariage pourra cependant y être célébré dès lors qu'il pourra être, ultérieurement, reconnu dans l'État du domicile ou de la nationalité des époux³⁷⁴.

2. L'entrée en vigueur du mariage entre personnes de même sexe en Allemagne

357. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 2017, le droit allemand admet le mariage entre personnes de même sexe.

Sur le terrain du droit international privé, le législateur a fait le choix de soumettre, par analogie, les mariages entre personnes de même sexe aux règles de conflit auxquelles sont soumis les partenariats enregistrés³⁷⁵.

Il en résulte que la conclusion du mariage entre personnes de même sexe ainsi que ses effets généraux et patrimoniaux seront régis par la loi de l'État sur le territoire duquel le mariage a été célébré. La raison d'être d'un tel traitement analogue est de favoriser la désignation, par la règle de conflit, d'une loi qui connaît et prévoit le mariage entre personnes de même sexe.

358. En principe, les conditions de fond d'un mariage entre personnes de sexe opposé sont déterminées par la loi nationale des futurs époux, la validité formelle étant, quant à elle, régie par la loi de l'État sur le territoire duquel le mariage a été célébré³⁷⁶. En revanche, la validité,

³⁷¹ Sur la notion de domicile, voir l'article 20 LDIP.

³⁷² Article 43.1 LDIP. En cas de pluralité de nationalités, voir article 23 LDIP.

³⁷³ Article 43.2 LDIP.

³⁷⁴ Article 43.3 LDIP.

³⁷⁵ Conformément au paragraphe 4 de l'article 17b du EGBGB. Sur cette question, voir Ch. KOHLER, La nouvelle législation allemande sur le mariage et le droit international privé, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 51.

³⁷⁶ Article 13 § 1 EGBGB.

tant sur la forme que sur le fond, du mariage entre personnes de même sexe sera déterminée par la loi de l'État sur le territoire duquel le mariage a été célébré.

359. Les personnes de même sexe désireuses de se marier jouissent dès lors d'un atout considérable en ce qu'elles pourront choisir, indirectement, la loi régissant la validité de leur union. En effet, l'article 17b § 1 relatif à la conclusion du partenariat enregistré et applicable, par analogie au mariage entre personnes de même sexe, n'impose, pour qu'ils puissent se marier, aucun rattachement des futurs époux à l'État sur le territoire duquel ils entendent célébrer leur union.

En choisissant l'État de célébration, les futurs époux exerceront donc une influence sur la loi applicable à la validité de leur union. Une telle disposition permet également d'éviter l'application de la loi nationale des époux, ou de l'un d'eux, laquelle pourrait prohiber l'union entre deux personnes de même sexe.

360. Prenons le cas, par exemple, un couple de deux personnes de même sexe, ressortissants polonais et résidant en Allemagne depuis de nombreuses années. En principe, sur le fondement de l'article 13 § 1 du EGBGB, il conviendrait, pour déterminer la validité au fond du mariage, de faire application de la loi nationale des futurs époux. Or, cette dernière prohibe le mariage entre personnes de même sexe. La validité du mariage au fond ne serait pas acquise et le mariage ne pourrait dès lors pas être célébré. En revanche, si l'on soumet la validité du mariage à la loi de l'État de célébration, soit la loi allemande, alors le mariage sera valide au fond puisque le droit matériel allemand admet le mariage entre personnes de même sexe.

361. L'article 17b du EGBGB confère à la loi de l'État sur le territoire duquel le mariage a été célébré une quasi-exclusivité³⁷⁷ pour régir les effets généraux du mariage sous réserve, cependant, de l'application du Règlement Partenariats lequel soumet les effets patrimoniaux du partenariat à la loi choisie par les parties³⁷⁸.

362. Il en résulte que les futurs époux pourront, ici encore, avoir une influence sur la loi qui sera applicable à la question des effets de leur mariage et pourront ainsi placer leur union sous l'empire d'une loi qui servirait au mieux leurs intérêts sur le terrain des effets généraux ou

³⁷⁷ La loi du lieu de célébration du mariage aura vocation à s'appliquer uniquement dans les hypothèses où les effets patrimoniaux du divorce ne relèvent pas du champ d'application des Règlements européens.

³⁷⁸ Article 22 du Règlement Partenariats lequel restreint le choix des parties en matière de compétence législative.

encore patrimoniaux³⁷⁹. Le droit allemand offre donc aux futurs époux de même sexe la possibilité de réaliser une sorte « *d'optimisation juridique* » en se fondant, de manière exempte de toute fraude, sur la législation qui serait la plus favorable à leur situation³⁸⁰.

363. Bien que cette différence de traitement suscite quelques critiques parmi la doctrine allemande, notamment sur le point de savoir si elle est justifiée au regard de l'article 3 de la Loi Fondamentale³⁸¹, elle présente l'avantage de favoriser l'application d'une loi admettant le mariage entre personnes de même sexe. Cette différence de traitement met en exergue la volonté du législateur allemand de favoriser la conclusion des mariages entre personnes de même sexe, union sur laquelle la communauté des États européens reste encore profondément divisée. La soumission de la validité du mariage à la loi de l'État de célébration apparaît comme étant une solution adaptée.

Cependant, la validité du mariage aurait pu être acquise sans aménager de différence de traitement. En effet, aux termes de l'article 13 § 2 du EGBGB, si l'une des conditions requises par la loi nationale des époux ou de l'un d'eux pour la validité du mariage (entre personnes de sexe opposé) n'est pas satisfaite, alors la loi allemande s'applique dès lors que l'un des époux est ressortissant allemand ou a sa résidence habituelle en Allemagne. L'objectif poursuivi par le législateur allemand aurait également pu être atteint en étendant le champ d'application de l'article 13 du EGBGB aux mariages entre personnes de même sexe³⁸².

364. Le droit allemand a fait le choix d'une règle de conflit libérale destinée à favoriser la validité de l'union entre deux personnes de même sexe. La validité de l'union sera donc appréciée conformément à la loi de l'État de célébration peu importe que les époux, ou l'un d'eux seulement, soit rattaché à l'ordre juridique de célébration. Le droit suisse prévoit une règle de conflit assez favorable à la validité de l'union entre personnes de même sexe mais prévoit néanmoins une limite : l'un des époux doit être rattaché à l'ordre juridique suisse soit par son domicile soit par sa nationalité.

379 CH. KOHLER, *op. cit.*

380 Pour peu que la législation en question soit celle d'un État qui admet le mariage entre personnes de même sexe et qui prévoit des rattachements non contraignants.

381 Aux termes duquel : « (1) Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

(2) Hommes et femmes sont égaux en droits. L'État promeut la réalisation effective de l'égalité en droits des femmes et des hommes et agit en vue de l'élimination des désavantages existants.

(3) Nul ne doit être discriminé ni privilégié en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de sa patrie et de son origine, de sa croyance, de ses opinions religieuses ou politiques. Nul ne doit être discriminé en raison de son handicap ».

382 CH. KOHLER, *op. cit.*

B. Les partenariats enregistrés et les unions non maritales

365. Institution moderne, le partenariat enregistré s'adresse à des couples de personnes de même sexe désireux de soumettre leur relation à un cadre réglementaire. Dès le début des années 2000, la Suisse avait légiféré et intégré cette institution dans sa législation (2). A contrario, l'Italie, mauvaise élève de l'Union européenne était l'un des rares pays européens à n'avoir prévu aucun cadre institutionnel pour les couples de même sexe (1).

1. L'introduction de l'union civile en droit italien

366. En Italie, jusqu'à l'adoption de la loi n°76 du 20 mai 2016 sur les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe et les cohabitations, le droit italien n'offrait aux couples, qu'ils soient composés de personnes de sexe opposé ou de même sexe, aucune alternative au mariage. Une telle carence législative pouvait s'expliquer au regard de la forte influence exercée par l'Église catholique sur la politique nationale.

367. Fondé sur une conception traditionnelle du mariage et de la famille³⁸³, le droit italien ne conférait des effets qu'aux seules unions scellées par un mariage. Le droit italien se préoccupait très peu de la famille lorsque celle-ci n'était pas fondée sur le mariage et, faisait preuve d'une totale ignorance à l'égard des unions entre deux personnes de même sexe.

368. L'article 29 de la Constitution en vertu duquel « *La République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage* », offrait aux opposants de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ou à l'introduction de formes alternatives de conjugalité un argument de taille.

369. L'article 29 de la Constitution est néanmoins le fruit de l'idéologie des pères fondateurs à une époque où le concubinage était proscrit et, pénalement et socialement répréhensible³⁸⁴. Malgré la protection particulière offerte à la seule famille légitime, les juridictions et le

³⁸³ Si le Code civil italien ne précise pas que les conjoints doivent être de sexe opposé, selon le canon 1055 du Code de droit canonique, « *L'alliance matrimoniale, par laquelle un homme et une femme constituent entre eux une communauté de toute la vie, ordonné par son caractère naturel au bien des conjoints ainsi qu'à la génération et à l'éducation des enfants, a été élevée entre baptisés par le Christ Seigneur à la dignité de sacrement* ».

³⁸⁴ En effet, jusqu'à une époque relativement récente, le droit italien était hostile au concubinage qu'il incriminait pénalement au même titre que l'adultère. Le Titre XI du Livre II du Code pénal de 1930 relatif aux délits contre la famille et la morale familiale condamnait ainsi le délit de concubinage.

législateur italiens ont progressivement accordé certains droits aux familles dont les membres n'étaient liés entre eux par aucun autre lien que celui de l'affection³⁸⁵. Quant aux unions entre personnes de même sexe, si l'Italie a, dès les années 1980³⁸⁶, admis que le concubinage pouvait concerner les couples hétérosexuels comme les couples homosexuels, elle a néanmoins refusé d'accorder aux couples de personnes de même la possibilité de sceller leur engagement en se mariant. Les personnes de même sexe n'avaient aucune autre alternative que celle de vivre en concubinage, situation, on le sait, synonyme d'ignorance juridique. Aucune reconnaissance, aucun droit n'étaient attachés à leur union, les concubins, biens que liés par une communauté de lit, d'affection et de toit, demeuraient l'un à l'égard de l'autre de parfaits étrangers.

370. Décrit comme « *le pays européen qui constitue un des exemples les plus intéressants de situation statique pouvant résulter de la volonté délibérée de ne pas modifier un système bien défini dans lequel un rôle central est confié exclusivement à la famille légitime* »³⁸⁷, l'Italie faisait figure d'exception au sein de l'Union européenne en demeurant le seul pays à ne prévoir aucun régime juridique à destination des couples de personnes de même sexe, similaire au PACS ou au partenariat enregistré et, à n'accorder aux couples vivant hors mariage aucune reconnaissance légale.

371. Pour autant, la question ne demeurait pas totalement ignorée et, dès le début des années 1990, de nombreux projets de loi furent présentés au Sénat et au Parlement sans toutefois aboutir en raison notamment de la pression d'une partie de la société civile, de l'Église³⁸⁸ et de l'opposition.

³⁸⁵ Pour un aperçu de ces droits durant et après la rupture de l'union, voir L. BALESTRA, Les concubinages en Italie : aspects juridiques, *in* Des concubinages, droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Paris 2002, p. 405.

³⁸⁶ Dans un arrêt rendu en 1982, le Tribunal de Rome a jugé que le concubinage pouvait très bien concerner deux personnes de même sexe dès lors que sa définition comme son étymologie ne le restreignaient pas aux seuls couples de personnes de sexe opposé. En 1993, la Cour d'assises de Turin a appliqué au concubin homosexuel le bénéfice de l'article 199, al. 3 lettre a) du Code de procédure pénal qui prévoit une exemption de témoigner pour les époux. Pour un aperçu des décisions rendues par les juridictions italiennes en la matière, voir, L. BALESTRA, Les concubinages en Italie : aspects juridiques, *op. cit.*, p. 405.

³⁸⁷ E. URSO, *De facto* Families and the Law: Dealing with Rules and Freedom of Choice in A. BAINHAM (ed), The International Survey of Family Law, Bristol 2001, p. 187.

³⁸⁸ Dans une synthèse de la doctrine ecclésiastique publiée en 2006 par le Conseil Pontifical de la famille en 2006, intitulé *Famiglia e procreazione umana* (Famille et procréation humaine), le Saint-Siège avait rejeté toutes formes d'unions libres ou entre personnes de même sexe et avait considéré qu'en « raison de sa condition et de sa dignité, la procréation humaine n'a qu'un seul lieu digne de sa nature : la famille fondée sur le mariage ». En 2007, le Conseil épiscopal italien a réaffirmé l'attachement de l'Église à la seule famille légitime, seule famille digne de bénéficier de la protection de l'État conformément aux dispositions de l'article 29 de la Constitution. Selon le Conseil épiscopal, « la reconnaissance des unions de fait est inacceptable sur un plan idéologique et, dangereuse sur un plan social et éducatif. Et de poursuivre qu'une telle reconnaissance serait préjudiciable à la famille.

372. Pour autant, à l'instar de ses voisins européens, l'Italie a été confrontée à la multiplication des unions hors mariage et entre personnes de même sexe. Ce phénomène social a conduit certaines régions à adopter des statuts permettant la reconnaissance de ces unions et l'octroi de certains droits.

Souhaitant aller vers plus de « *respect et de cohérence* »³⁸⁹, le Gouvernement Prodi II a, le 8 février 2007, adopté, en Conseil des ministres, un projet de loi, intitulé Droits et devoirs des personnes cohabitant de manière stable (*Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi* dit « *DICO* »), permettant aux couples non mariés de s'enregistrer auprès de l'état civil et ainsi bénéficier de certains droits.

373. Cependant, le texte ne se limitait pas aux seules unions fondées sur des liens affectifs et sexuels mais pouvait également concerner deux personnes liées entre elles par des liens de parenté en ligne collatérale. En effet, en vertu de l'article 1^{er} du projet de loi, un DICO pouvait être conclu entre deux personnes majeures et capables, de sexe opposé ou de même sexe, unies par des liens affectifs réciproques qui vivent ensemble de façon et qui se prêtent assistance et solidarité matérielle et morale sans être liées par les liens du mariage, de parenté en ligne directe, d'adoption, de tutelle ou de curatelle³⁹⁰. L'enregistrement permettait aux intéressés de bénéficier d'un ensemble de droits notamment en matière sociale, alimentaire et successorale³⁹¹.

374. Le projet de loi avait ainsi un champ d'application relativement large et, le dispositif qu'il mettait en place pouvait aussi bien s'appliquer à un couple (de même sexe ou de sexe opposé) qu'à deux membres d'une même famille ou encore à deux personnes liées par des liens amicaux

³⁸⁹ Selon les mots de Barbara POLLASTRINI, alors ministre de l'Égalité des chances.

³⁹⁰ Selon l'article 1^{er} du projet de loi, « Due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, non legate da vincoli di matrimonio, parentela in linea retta entro il primo grado, affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno, sono titolari dei diritti, dei doveri e delle facoltà stabiliti dalla presente legge ».

³⁹¹ Ainsi, l'article 8 prévoit la possibilité pour le cohabitant survivant de succéder au cohabitant prédécédé, titulaire du contrat de bail, à la condition cependant que les cohabitants aient vécu ensemble durant une période de trois années ou s'ils ont eu, ensemble, des enfants. En matière successorale, l'article 11 subordonne le droit à succession du cohabitant survivant à une vie commune de 9 années. Le cohabitant survivant a droit à un tiers de l'héritage si la succession ne concerne qu'un enfant et un quart si deux enfants ou plus sont en concurrence. En cas de concurrence avec des ascendants légitimes ou avec des frères et sœurs, la moitié de l'héritage leur est dévolue (article 11.2). En l'absence d'enfants, d'ascendants, de frères ou de sœurs, les deux tiers de l'héritage sont dévolus au cohabitant survivant. En l'absence d'autres parents du deuxième degré en ligne collatérale, l'intégralité de l'héritage revient au cohabitant survivant (article 11.3). En matière alimentaire, l'article 12 met à la charge des cohabitants l'obligation de subvenir aux besoins de l'un d'eux lorsqu'il se trouve en grande difficulté matérielle. Cette obligation naît à l'issue d'une vie commune de trois années et peut perdurer à la cessation de la cohabitation. Cette obligation alimentaire cesse si le créancier contracte mariage ou commence une nouvelle cohabitation dans les conditions de l'article 1^{er}.

mais remplissant les conditions de l'article 1^{er}. Les catégories de personnes pouvant stipuler un DICO était tellement importantes que l'objectif premier du projet de loi, à savoir la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe, semblait être difficilement atteint sur un plan idéologique. En ouvrant les DICO à des personnes liées entre elles par un lien tout autre qu'affectif et sexuel, le projet de loi tentait tant bien que mal de dissimuler la réalité des unions entre personnes de même sexe. Traiter ces couples, dans le cadre des DICO, au même titre que deux membres d'une même famille, contribuait que très peu à la reconnaissance effective de ces unions.

375. Le projet de loi a cependant fait l'objet de très vives critiques. Fermement opposée à la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe, l'Église avait soulevé le caractère artificiel de la famille consacrée par le projet de loi : le mariage ne pouvait être définie autrement que comme l'union entre un homme et une femme en vue de donner naissance à des enfants. En outre, cette conception traditionnelle du mariage et de la famille était celle sur laquelle s'étaient fondés les pères fondateurs lors de la rédaction de la Constitution dont l'article 29 définit la famille comme une « *société naturelle fondée sur le mariage* ». L'article 31, quant à lui, consacre le rôle protecteur de l'État dans « *la formation de la famille et l'accomplissement des devoirs qu'elle comporte* »³⁹².

376. Se fondant sur une interprétation stricte de ces articles, les opposants³⁹³ au projet de loi ont soulevé son caractère inconstitutionnel. Le mariage comporte une finalité procréative, la famille ne peut dès lors se construire en dehors du lien matrimonial. Il en résulte que toute forme alternative d'union impliquant un enregistrement et l'octroi de droits et de devoirs était nécessairement contraire aux dispositions constitutionnelles en ce qu'elle contreviendrait à la famille légitime qui y est consacrée. La pression exercée par l'Église d'une part et par une partie de la société civile, d'autre part, ont eu raison de ce projet qui n'a jamais abouti. La question, restée en suspens, est réapparue devant les plus grandes instances juridictionnelles du pays.

³⁹² Selon cet article, « *La République favorise par des mesures économiques et autres moyens la formation de la famille et l'accomplissement des devoirs qu'elle comporte, avec une attention particulière aux familles nombreuses. Elle protège la maternité, l'enfance et la jeunesse, en favorisant les institutions juridiques nécessaires à ce but* ».

³⁹³ Dans une tribune intitulée *Incostituzionale parificare famiglia e unioni*, publiée dans le journal catholique *Avvenire* le 28 février 2007, de nombreux constitutionnalistes s'étaient opposés au projet de loi dénonçant son caractère inconstitutionnel et défendant fermement le mariage et la famille légitime.

377. Ainsi, la question de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe s'est posée devant les juridictions italiennes à l'occasion de trois séries de contentieux.

Dans la première espèce, trois couples homosexuels s'étaient vu refuser, par l'officier de l'état civil compétent, la publication des bans de leur mariage. L'officier de l'état avait justifié le rejet de la requête en se fondant sur la conception hétérosexuelle du mariage telle qu'inscrite dans le Code civil. Les requérants ont alors saisi les juridictions italiennes soutenant que le refus opposé par l'officier de l'état civil était constitutif d'une violation de plusieurs de leurs droits constitutionnels au rang desquels le droit à la reconnaissance et à la protection des droits inviolables tel que garanti par l'article 2³⁹⁴, le droit de ne subir aucune discrimination fondée sur l'orientation sexuelle tel que garanti par l'article 3³⁹⁵ et le droit de fonder une famille, garanti par l'article 29.

378. Le contentieux est alors élevé devant la Cour constitutionnelle italienne laquelle déclare, dans un arrêt en date du 15 avril 2010³⁹⁶, le recours des requérants irrecevable. Ainsi, la Cour constitutionnelle refuse de se substituer au législateur sur la question de l'introduction dans l'ordre juridique italien d'une institution à destination des couples de même sexe. Sans contrainte cependant, elle invite le législateur à prendre position et à légiférer. En effet, la Cour constitutionnelle considère que la création d'un statut juridique à destination des couples de même sexe relève de la seule compétence du législateur. Elle refuse ainsi de se substituer à ce dernier et l'invite à, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et aux fins de l'application de l'article 2 de la Constitution à « *déterminer les formes de garantie et de reconnaissance à accorder auxdites unions* »³⁹⁷.

379. Pour autant, la Cour constitutionnelle s'était en, quelque sorte, engagée à pallier l'inertie du législateur et l'absence de tout statut des couples de même sexe en se réservant le droit d'intervenir afin de rétablir, dans des situations spécifiques, l'égalité entre personnes mariées

³⁹⁴ Selon lequel, « *la République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé* »

³⁹⁵ Aux termes duquel, « *Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales* ».

³⁹⁶ *Corte costituzionale*, 15 avr. 2010, n° 138, *Constitutions* 2010, p. 531, note M.-C. PONTHEAU.

³⁹⁷ Selon la Cour constitutionnelle italienne, « *It therefore follows that, for the purposes of Article 2 of the Constitution, it is for Parliament to determine – exercising its full discretion – the forms of guarantee and recognition for the aforementioned unions* ». Par ailleurs, en conclusion de son argumentation, la Cour constitutionnelle énonce que « *the reference to national laws provides confirmation of the fact that the matter falls within the discretion of Parliament* ».

et couples de même sexe³⁹⁸. Quelques années plus tôt, la Cour constitutionnelle sud-africaine avait considéré que la loi nationale qui réservait le mariage aux seuls couples de sexe opposé constituait une violation du principe d'égalité garanti par la Constitution. Elle avait alors enjoint au législateur d'intervenir afin d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe et lui avait laissé, à cet effet, un délai de 12 mois³⁹⁹.

380. La deuxième espèce concernait le cas de deux ressortissants italiens de même sexe qui, après avoir sollicité la retranscription de leur mariage, célébré aux Pays-Bas sur les registres de l'état civil italien, s'étaient vus opposé un refus par les services de l'état civil. Selon ces derniers, le mariage, bien que parfaitement valable dans l'État de célébration, était inexistant dans l'ordre juridique italien dès lors qu'il contrevenait aux dispositions du Code civil en vertu desquelles le mariage est réservé aux seuls couples de sexe opposé⁴⁰⁰.

381. Dans un arrêt en date du 15 mars 2012⁴⁰¹, la Cour de cassation italienne confirme le refus et, juge que les couples de personnes de même sexe ne peuvent se marier et faire retranscrire dans les registres de l'état civil un mariage célébré à l'étranger.

Se fondant sur une argumentation singulière et, prenant de la distance avec les traditionnelles considérations de protection de l'ordre public international⁴⁰², elle admet néanmoins que des droits doivent être reconnus aux couples de même sexe. Si la Cour de cassation leur dénie la possibilité de voir leur mariage reconnu par le droit italien, elle reconnaît néanmoins que ces derniers sont titulaires, au même titre que les couples mariés, du droit de mener une vie familiale.

³⁹⁸ Selon la Cour, « *the Constitutional Court has the possibility to intervene in order to protect specific situations (as occurred for unmarried cohabitants : judgments no. 559 of 1989 e no. 404 of 1988). It may in fact be the case that, in relation to particular situations, there is a need to treat married couples and homosexual couples equally, which this Court may guarantee within a review of a provisions reasonableness* ».

³⁹⁹ Sur un ton directif, la Cour constitutionnelle sud-africaine avait déclaré que « In keeping with this approach it is necessary that the orders of this Court, read together, make it clear that if Parliament fails to cure the defect within twelve months, the words "or spouse" will automatically be read into section 30(1) of the Marriage Act », Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, décision n°60/04 du 1^{er} décembre 2005, *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*. Sur cette affaire voir, P. DE VOS, Afrique du Sud, The « right to be different » : The Same-Sex Marriage Judgement of South Africa's Constitutional Court, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 30-2014, 2015, p. 15-20.

⁴⁰⁰ Lesquelles se réfèrent aux père et mère, époux, épouse.

⁴⁰¹ *Corte di cassazione*, 1^{er} sect. civ., 15 mars 2012, n° 4184. Sur cet arrêt, voir F. LAFFAILLE, « De nouveaux droits pour les couples homosexuels...hors mariage », *Constitutions* 2013, p. 62.

⁴⁰² Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous, les juges français refusaient de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger au motif de leur contrariété à l'ordre public international français.

382. La Cour constitutionnelle elle-même n'avait-elle pas, deux ans auparavant, qualifié les unions homosexuelles de « formations sociales » au sens de l'article 2 de la Constitution leur conférant ainsi la protection offerte par cet article et leur garantissant non seulement le droit de mener une vie familiale mais également le droit de voir leur union reconnue ?⁴⁰³ La Cour de cassation juge que l'homosexualité n'est pas « *un comportement contraire à l'ordre public* » : comment le pourrait-elle alors même que le droit matériel italien prohibe toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ?

La reconnaissance du mariage n'est pas rejetée sur le fondement de l'ordre public international mais sur l'impossibilité de lui faire produire un quelconque effet en droit italien dès lors qu'un tel mariage n'est prévu par aucune norme législative. A l'instar de ses pairs constitutionnels, les juges de la Cour de cassation en appelle à une intervention du législateur pour pallier le déni juridique auquel sont confrontés les couples de même sexe.

Les mains liées par son incompétence pour légiférer, la Cour de cassation, comme la Cour constitutionnelle avant elle, s'engage néanmoins, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, à accorder aux couples homosexuels, dans des situations spécifiques, les mêmes droits que les couples mariés. Si l'intention est louable, une telle solution ne pouvait se pérenniser dès lors qu'elle contraignait les personnes intéressées à saisir de manière régulière les juridictions italiennes, sans garantie aucune, conduisant ainsi à une grande insécurité juridique.

383. En 2014, les juges constitutionnels italiens ont été, de nouveau, confrontés à la question du mariage entre personnes de même sexe, après, cette fois-ci, le changement de sexe de l'un des époux⁴⁰⁴. Le cas d'espèce concernait deux époux, de sexe opposé, qui avaient scellé leur union par un mariage célébré devant les autorités religieuses conformément au Concordat et valide en droit civil italien.

384. Quelques temps après la célébration de leur mariage, l'époux entame une procédure afin de changer de sexe et obtient que soit modifié son état civil conformément aux dispositions de

⁴⁰³ En effet, dans son arrêt du 15 avril 2010, la Cour constitutionnelle italienne a considéré que « *Accordingly, social grouping must be deemed to include all forms of simple or complex communities that are capable of permitting and favouring the free development of the person through relationships, within a context that promotes a pluralist model. This concept must also include homosexual unions, understood as the stable cohabitation of two individuals of the same sex, who are granted the fundamental right to live out their situation as a couple freely and to obtain legal recognition thereof along with the associated rights and duties, according to the time-scales, procedures and limits specified by law* ».

⁴⁰⁴ *Corte costituzionale*, 11 juin 2014, n° 170.

la loi n°164 du 14 avril 1982. Toutefois, alors même que les épouses avaient exprimé leur volonté de maintenir leur statut matrimonial, l'officier de l'état civil a prononcé *ex lege* la cessation des effets civils du mariage en raison de l'identité de sexe des épouses.

385. En effet, en application des articles 2 et 4 de la loi précitée, l'acte établissant le changement de sexe de l'un des époux à l'état civil « *provoque la dissolution du mariage ou la cessation des effets civils de celui-ci consécutifs à la transcription du mariage religieux* ». Le couple, dépourvu de tout lien matrimonial, décide alors de saisir les juridictions italiennes aux fins d'obtenir l'annulation de la mention apposée par l'officier de l'état civil sur leurs certificats de mariage. Si les juges de première instance ont fait droit à la demande du couple, la Cour d'appel, sur appel interjeté par le Ministère public, a jugé que le caractère hétérosexuel du mariage ne saurait souffrir d'aucune exception en droit italien.

386. Les désormais ex-épouses se pourvoient alors en cassation. La Haute juridiction italienne, demande alors à la Cour constitutionnelle de se prononcer, une nouvelle fois⁴⁰⁵, sur la légalité de la procédure de divorce introduite par les articles 2 et 4 de la loi de 1982.

387. Bien qu'il s'agissait, en l'espèce, de déterminer si l'article 4 de la loi de 1982, qui introduit une procédure de divorce automatique sans consentement préalable des époux, était compatible avec les principes fondamentaux garantis tant par la CEDH que par la Constitution italienne, les juges constitutionnels devaient nécessairement se poser la question de l'opportunité d'admettre en droit italien un statut juridique à destination des couples de même sexe.

388. Dans un arrêt remarquable, résonnant comme un avertissement à l'égard du législateur italien, la Cour constitutionnelle italienne, faisant preuve d'un certain militantisme, déclare les dispositions des articles 2 et 4 de la loi du 14 avril 1982 inconstitutionnelles. Selon la Cour, ces dispositions contreviennent aux principes fondamentaux reconnus par la Constitution dès lors qu'elles ne prévoient aucun statut juridique alternatif permettant aux époux, dont le mariage a été dissous ou dont les effets civils ont cessé à la suite du changement de sexe de l'un d'eux, de maintenir leur relation et de bénéficier d'une protection⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ La Cour constitutionnelle avait déjà été saisie de cette question en 1985 mais n'avait pas admis la recevabilité de celle-ci. En conséquence, elle n'avait pu trancher sur le fond, laissant la question ouverte, *Corte costituzionale*, Sentence 161/1985.

⁴⁰⁶ Ainsi, la Corte costituzionale, « *declares that Articles 2 and 4 of Law no. 164 of 14 April 1982 (Provisions on the correction of the assigned gender) are unconstitutional insofar as they do not provide that the order reassigning*

389. La situation des époux était assez exceptionnelle : ces derniers avaient vécu ensemble dans le cadre d'un mariage et avaient, après le changement de sexe opéré par l'un des époux, manifesté leur volonté de maintenir les liens matrimoniaux qui les unissaient. Prononcer la cessation des effets civils du mariage en raison du changement de sexe de l'un des époux revenait non seulement à dénier aux époux l'existence même d'une communauté commencée dès la célébration de leur mariage, mais également à anéantir tous les droits et devoirs nés de ce mariage. Le changement de sexe du conjoint avait annihilé le caractère hétérosexuel du mariage ce qui empêchait, selon la Cour constitutionnelle, son maintien au regard de la législation italienne⁴⁰⁷.

390. Toutefois, dès lors que l'époux avait exercé sa liberté de choix, avec le consentement de l'autre, il était inconcevable qu'il « *soit pénalisé de manière excessive avec le sacrifice intégral de la dimension juridique du rapport préexistant* » que le couple avait souhaité maintenir »⁴⁰⁸. La Cour constitutionnelle s'est trouvée alors dans la délicate position de devoir concilier deux intérêts diamétralement opposés : d'une part, l'intérêt de l'État italien au maintien du caractère hétérosexuel du mariage et d'autre part, l'intérêt pour un individu de ne pas voir son statut totalement anéanti en raison de son changement de sexe.

391. Or, la Cour relève que, conformément à la législation actuelle, ce conflit d'intérêts se résout en faveur du seul intérêt de l'État, sans qu'aucune alternative, permettant au couple de maintenir une relation et de jouir de la protection étatique, ne soit envisagée⁴⁰⁹. Cette absence d'alternative a conduit la Cour constitutionnelle à déclarer les dispositions attaquées contraire à la Constitution. Dès lors, que restait-il du mariage des époux ? La Cour ne pouvait répondre à cette question sans se substituer au législateur.

the gender of one of the spouses, which causes the dissolution of the marriage or the cessation of the civil effects resulting from the transcription of the marriage, must in any case allow the maintenance of a relationship regulated by law, if both spouses so wish, under another form of registered partnership that grants adequate protection to the rights and obligations of the couple, in a manner to be specified by the legislator ».

⁴⁰⁷ Selon la Cour en effet, « *The situation (...) of a married couple who, notwithstanding the issue of a gender reassignment order concerning one of them, do not intend to end their life as a couple, evidently lies outwith the standard model of marriage – which can no longer continue as such as the prerequisite of heterosexuality is no longer fulfilled, which is essential for our legal order* », Corte costituzionale, arrêt n°70/2014, par. 5.1.

⁴⁰⁸ Corte costituzionale, arrêt n°70/2014, par. 5.6.

⁴⁰⁹ Selon la Cour, « *The legislation – the constitutionality of which is questioned by the referring court – resolves those conflicting interests by granting protection exclusively to the state's interest in not changing the fundamental characteristics of the institution of marriage, remaining closed to any form of balancing – even though this is possible – with the interests of the couple which is no longer heterosexual but which, owing to the life previously shared within a lawful marriage, claims that it should in any case be protected as a “form of continuity”, characterised by the “stable cohabitation of two individuals” that is “capable of permitting and favouring the free development of the person through relationships* ».

Reconnaître la validité d'un mariage entre personnes de même sexe revenait à admettre, par la seule voie prétorienne, son introduction au sein de l'ordre juridique italien.

392. La Cour constitutionnelle se réfère à sa précédente jurisprudence et rappelle que les unions entre personnes de même sexe constituent des « *formations sociales* » au sens de l'article 2 de la Constitution. Ces formations se définissent comme « *des cohabitations stables entre deux personnes de même sexe lesquels sont investis du droit fondamental de vivre librement leur situation de couple et d'obtenir, selon les modalités et limites établies par la loi, une reconnaissance juridique ainsi que les droits et devoirs y afférents* »⁴¹⁰.

393. Intégrer, au sein des formations sociales, les couples de même sexe permet ainsi d'offrir à ces derniers une protection minimale en leur accordant un certain nombre de droits et devoirs. Si l'intention des juges constitutionnels est louable, une telle solution plaçait les couples dans un total flou juridique quant à leur situation dès lors qu'ils n'avaient d'autre choix que de saisir le juge chaque fois qu'ils souhaitaient obtenir la reconnaissance de certains de leurs droits.

La Cour constitutionnelle interpelle, une nouvelle fois, le législateur sur la nécessité d'instaurer, en droit italien, un statut permettant la reconnaissance légale des unions entre personnes de même sexe⁴¹¹.

394. La Cour européenne a été alors saisie de la question. La position de l'Italie allait inéluctablement conduire à sa condamnation par les juges de Strasbourg, d'autant plus qu'elle a peine à justifier son incapacité législative à assurer aux couples de même sexe une reconnaissance légale.

395. Dans un arrêt *Oliari c/ Italie*⁴¹², la CEDH a, à l'unanimité, décidé que « *l'Italie n'avait pas respecté l'obligation qui lui incombait de veiller à ce que les requérants disposent d'un cadre juridique spécifique assurant la reconnaissance et la protection de leur union* »⁴¹³. En conséquence, la CEDH conclut à la violation, par l'Italie, de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁴¹⁰ *Corte costituzionale*, arrêt n°70/2014, par. 5.5.

⁴¹¹ Selon la *Corte costituzionale*, « The legislator is called upon to comply with this task with the utmost dispatch in order to resolve the unconstitutionality of the legislation under examination due to the current lack of protection for the individual rights involved », *Corte costituzionale*, arrêt n°70/2014, par. 5.6.

⁴¹² CEDH, *Oliari et autres c. Italie*, 21 juillet 2015, n°18766/11 et n°36030/11.

⁴¹³ CEDH, aff. précitée, Note d'information sur la jurisprudence de la Cour 187, juillet 2015.

396. Cet arrêt condamne fermement l'inaction du législateur italien. Dans le cas d'espèce, le gouvernement italien avait grandement peiné à justifier son inertie alors même que les plus hautes instances du pays avaient appelé, à de nombreuses reprises, à l'intervention du législateur. Dans plusieurs arrêts en effet, la Cour constitutionnelle comme la Cour de cassation avaient décidé que les personnes de même sexe vivant une relation stable avaient droit à la protection de la loi. Ne pouvant se substituer au législateur et offrir elles-mêmes aux couples de même sexe la possibilité de se marier, les hautes juridictions italiennes avait créé, par la voie prétorienne, un système de protection afin de garantir les droits fondamentaux des couples de même sexe. Position jugée insuffisante par les juges de Strasbourg.

397. La CEDH reproche au législateur italien d'avoir maintenu sa position malgré les appels répétés de ses instances juridictionnelles⁴¹⁴. Par son incapacité, volontaire ou non, à mettre en place un statut afin d'assurer aux couples de même sexe une reconnaissance et une protection appropriées, le législateur a placé les individus concernés dans une situation d'insécurité juridique⁴¹⁵.

398. A l'issue d'un débat long de plusieurs années qui a ébranlé tant l'opinion publique que la doctrine⁴¹⁶, le législateur italien a finalement intégré dans son droit une nouvelle institution familiale, *l'unioni civili* (« union civile » ou « partenariat enregistré ») tout en règlementant la cohabitation entre les couples indépendamment du sexe de leurs membres.

399. La loi n°76/2016 du 20 mai 2016 sur l'union civile et les cohabitations⁴¹⁷, entrée en vigueur le 5 juin de la même année, est le fruit d'un processus législatif rendu difficile en raison de la volonté de certains partis d'opposition de faire obstacle à l'adoption du texte⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Cet arrêt est remarquable. En effet, il impose aux États membres du Conseil de l'Europe l'obligation positive d'instaurer un statut pour les couples de même sexe. Jusqu'à l'arrêt *Oliari c/ Italie*, la CEDH avait toujours refusé de mettre à la charge des États une telle obligation. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche*, les juges de Strasbourg avaient fait preuve d'une grande prudence, et avaient avancé à pas feutrés sur la question de la reconnaissance juridique des unions entre personnes de même sexe à une époque où seulement six États sur les quarante-sept du Conseil de l'Europe avait ouvert le mariage aux couples de même sexe et treize États avaient prévu, dans leur législation, la possibilité pour les couples homosexuels de s'enregistrer.

⁴¹⁵ § 184.

⁴¹⁶ Sur cette question, voir P. RONFANI, Les concubinages en Italie : un exemple de « situation statique », in *Des concubinages, droit interne, Droit international, Droit comparé*, Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Paris 2002, p. 509.

⁴¹⁷ Legge 20 maggio 2016, n° 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Gazette officielle de la République italienne, n°118, 21 mai 2016.

⁴¹⁸ A l'origine, le projet de loi avait conçu le partenariat enregistré à l'image du mariage y compris en matière d'adoption. Cependant, plus de 6 000 amendements ont été déposés tant par l'opposition que par la majorité rendant ainsi difficile l'adoption du texte. Une refonte complète du texte a été nécessaire.

Inspirée par le modèle allemand (*Lebenspartnerschaft*), la loi du 20 mai 2016, instaure un partenariat enregistré exclusivement destiné aux personnes de même sexe lesquelles sont définies comme « *une formation sociale spécifique conformément aux articles 2 et 3 de la Constitution* »⁴¹⁹. Tout comme la loi fédérale suisse du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, la loi du 20 mai 2016 n'a pas été introduite dans le *Codice civile* lequel n'a fait l'objet d'aucune modification.

400. Le législateur italien a fait le choix de mettre en place une équivalence du régime juridique applicables au mariage et au partenariat enregistré. Cependant, cette équivalence souffre de plusieurs exceptions révélant le conservatisme imprégnant le droit italien et pouvant conduire à une certaine confusion. Dans un premier temps, au regard des conditions de constitution du partenariat et de sa validité, la loi du 20 mai 2016 reprend, en grande majorité, les dispositions du *Codice civile* relative au mariage se contentant de substituer au terme « époux » celui de « partenaire »⁴²⁰.

Les conditions de validité du partenariat enregistré sont fixées par les alinéas 4 à 7 de l'article 1^{er} de la loi sur l'union civile et sont calquées sur celles du mariage. La validité du partenariat enregistré est subordonnée à la majorité des futurs partenaires et à l'absence de tout lien de parenté entre eux. De même, les futurs partenaires ne doivent être ni mariés ni liés par un autre partenariat enregistré.

401. Enfin, le législateur italien a inséré dans la loi un article en vertu duquel « *dans le seul but de garantir l'efficacité de la protection des droits et le plein respect des obligations découlant d'un partenariat enregistré, les dispositions relatives au mariage et les dispositions contenant les mots « conjoint », les termes équivalents, où qu'ils se trouvent dans les lois, dans les actes ayant force de loi, dans les règlements ainsi que dans les actes administratifs et les conventions collectives, sont également appliqués à chacun des partenaires* »⁴²¹.

⁴¹⁹ Article 1^{er} alinéa 1 de la loi du 20 mai 2016 selon lequel « *La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto* ».

⁴²⁰ Article 1^{er} alinéa 4 et 7.

⁴²¹ En effet, selon les dispositions de l'alinéa 20 de l'article 1^{er} de la loi sur l'union civile, « *Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti* ».

402. Interprétée à la lumière de l'article 3 alinéa 2 de la Constitution italienne⁴²², l'article précité semble clairement poursuivre et défendre un objectif anti-discriminatoire en ce qu'elle offre aux couples de personnes de même sexe un traitement équivalent à celui dont bénéficie les personnes mariées.

403. Cependant, l'article précité souffre de deux réserves. En effet, font exception à cette équivalence, les dispositions du Code civil qui ne sont pas expressément mentionnées dans la loi ainsi que celles de la loi du 4 mai 1983 relative à l'adoption et au placement des mineurs.⁴²³ La première exception doit se lire à la lumière de l'article 1^{er} de la loi selon lequel « *la présente loi établit une union civile entre personnes du même sexe en tant que formation sociale spécifique au sens des articles 2 et 3 de la Constitution* ».

404. L'union civile telle qu'établie par la loi du 20 mai 2016 doit être appréhendée comme une formation sociale au sens des articles 2 et 3 de la Constitution. L'union civile entre deux personnes de même sexe peut certes revêtir un caractère familial⁴²⁴ et bénéficier dès lors d'un régime juridique équivalent à celui du mariage mais, d'un point de vue idéologique, les deux institutions reposent sur des fondements totalement opposés qui font obstacle à ce que l'union civile soit appréhendée dans le cadre des articles 29 et 31 de la Constitution. Ainsi, l'union civile reste maintenue en dehors du champ de la famille.

405. L'insertion d'une équivalence relative des régimes juridiques applicables au mariage et au partenariat enregistré et l'exclusion de ce dernier du Code civil témoigne d'un certain traditionalisme et de l'influence de l'Église catholique. En outre, elles conduisent les

(« *Dans le seul but d'assurer l'effectivité de la protection des droits et la pleine exécution des obligations découlant des unions civiles entre personnes de même sexe, les dispositions se référant au mariage et les dispositions contenant les mots "conjoint", "époux" ou des termes équivalents, où qu'elles apparaissent dans les lois, les actes ayant force de loi, les règlements, les actes administratifs et les conventions collectives, s'appliquent également à chacune des parties aux unions civiles entre personnes de même sexe. La disposition visée à la phrase précédente ne s'applique pas aux dispositions du Code civil qui ne sont pas expressément visées par la présente loi, ni aux dispositions de la loi 184 du 4 mai 1983. Ceci sans préjudice de ce qui est prévu et admis en matière d'adoption par la réglementation en vigueur* »).

⁴²² Selon lequel « *Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays* ».

⁴²³ Loi n°184 du 4 mai 1983 relative à l'adoption et au placement des mineurs (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*), Gazette officielle de la République italienne, n° 28, 17 mai 1983.

⁴²⁴ Dans son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé « qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation » (§ 94).

partenaires, praticiens et autres personnes intéressées à opérer une gymnastique intellectuelle pouvant conduire à des confusions.

406. Sur un plan substantiel, le partenariat enregistré introduit par le droit italien présente de très grandes similitudes avec le mariage. Ainsi, les partenaires comme les époux⁴²⁵ sont tenus d'une obligation d'assistance mutuelle tant morale que matérielle et d'une obligation de contribuer aux besoins communs⁴²⁶. S'appliquent aux partenaires les dispositions du *Codice civile* relatives au régime matrimonial des époux et, notamment les articles 162 et suivants concernant la rédaction d'un contrat de mariage. Rappelons également que, conformément à l'article 1^{er} alinéa 20 de la loi du 20 mai 2016, les dispositions relatives au se référant au mariage, aux époux ou équivalent sont également applicables aux partenaires.

407. Malgré un régime juridique en apparence équivalent à celui du mariage, le partenariat enregistré se distingue néanmoins de ce dernier sur certains points.

En effet, contrairement au mariage qui implique une publication des bans⁴²⁷ ainsi qu'une cérémonie, scellant ainsi l'union entre deux personnes devant leur famille mais également devant la société dans son ensemble, le partenariat enregistré, bien que constitué⁴²⁸ devant l'officier de l'état civil, ne fait pourtant l'objet d'aucune publicité. Sur un plan idéologique, l'absence de toute publicité du partenariat enregistré témoigne une certaine volonté de dissimuler l'union aux yeux de la société.

⁴²⁵ Selon l'article 143 al. 2 du *Codice civile*, les époux sont tenus d'une obligation d'assistance morale et matérielle et de collaboration dans l'intérêt de la famille.

⁴²⁶ En effet, conformément aux dispositions de l'alinéa 11 de l'article 1^{er} de la loi sur l'union civile, l'union civile entre personnes de même sexe fait naître entre les parties les mêmes droits lesquelles assument les mêmes fonctions. De l'union civile, découle une obligation mutuelle d'assistance morale et matérielle et de cohabitation. Les partenaires sont tenus, chacun par rapport à ses propres substances et à ses propres capacités de travail professionnel de contribuer aux besoins communs (« *Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni* »).

⁴²⁷ Article 93 du *Codice civile* selon lequel, « *La celebrazione del matrimonio dev'essere preceduta dalla pubblicazione fatta a cura dell'ufficiale dello stato civile* » (« *La célébration du mariage doit être précédée d'une publication par l'officier de l'état civil* »).

⁴²⁸ Alors que le mariage fait l'objet d'une célébration conformément aux dispositions de l'article 106 du *Codice civile* selon lequel « *Il matrimonio deve essere celebrato pubblicamente nella casa comunale davanti all'ufficiale dello stato civile al quale fu fatta la richiesta di pubblicazione* », le partenariat enregistré, quant à lui, est « constitué » selon les termes de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi sur l'union civile.

408. En outre, alors que l'article 143 alinéa 2 du Code civil italien⁴²⁹ met à la charge des époux une obligation réciproque de fidélité, l'enregistrement du partenariat devant l'officier de l'état civil ne fait naître entre les partenaires aucune obligation de fidélité⁴³⁰.

409. Les alinéas 23 à 25 fixent la procédure de dissolution du partenariat enregistré laquelle est nettement plus aisée que celle de divorce. Si ces dernières différences relèvent plus d'une conception moderne des relations affectives que d'une réelle discrimination entre époux et partenaires, d'autres, quant à elles, ne sauraient être qualifiées autrement que comme étant discriminatoires.

Ainsi, selon l'article 1^{er} alinéa 20 de la loi du 20 mai 2016, les dispositions de la loi du 4 mai 1983 sur l'adoption ne s'appliquent pas aux partenaires. Pour autant, il avait été question, lors des débats autour de l'adoption de la loi sur le partenariat enregistré, de permettre aux partenaires de même sexe d'adopter conjointement dans les mêmes conditions que les époux. Une autre possibilité avait également été envisagée : il s'agissait d'exclure l'application des seules dispositions de la loi de 1983 relatives à l'adoption conjointe et de laisser aux partenaires la possibilité que l'un d'eux adopte l'enfant de l'autre.

410. Ces deux possibilités offertes aux partenaires n'ont cependant jamais entériné en raison de l'opposition des partis conservateurs. En effet, afin de s'assurer un support conséquent gouvernement a dû supprimer de la loi toute référence à l'adoption. Fermement opposé à l'adoption par les couples de même sexe, Angelo ALFANO, alors Ministre de l'Intérieur, avait soutenu le projet délesté de ses dispositions relatives à l'adoption estimant ainsi avoir « *empêché une révolution anthropologique contre nature* »⁴³¹.

411. Cependant, afin de ne pas porter atteinte aux demandes d'adoption, émanant de partenaires désireux d'adopter l'enfant de leur partenaire, pendantes devant les juridictions italiennes, l'article 1^{er} alinéa 20 de la loi du 20 mai 2016 précise que les dispositions du présent article s'appliquent « *sans préjudice de ce qui est prévu et autorisé en matière d'adoption par la*

⁴²⁹ Selon cet article, « *Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione* ».

⁴³⁰ A l'instar de la loi du 20 mai 2016, la loi fédérale suisse sur le partenariat enregistré ne met à la charge des partenaires aucune obligation de fidélité. En France, la conclusion d'un PACS n'emporte également aucune obligation de fidélité entre les pacsés.

⁴³¹ S. KIRCHGAESSNER, Italian senate passes watered-down bill recognising same-sex civil unions, *The Guardian*, 25 février 2016.

règlementation actuellement en vigueur »⁴³². Cette dernière phrase permet de préciser l'étendue de l'exclusion opérée par la précédente. En effet, depuis une sentence rendue par la *Corte Costituzionale*⁴³³, la jurisprudence italienne a fait application de certaines dispositions de la loi n°184/83 relative à l'adoption⁴³⁴ aux couples de même sexe permettant ainsi à l'un de ses membres d'adopter l'enfant naturel de l'autre.

412. La loi du 20 mai 2016 règle également la cohabitation entre deux personnes, de même sexe ou non, liées entre elles de manière permanente et stable par des liens affectifs et qui se prêtent assistance morale et matérielle mutuelle sans liées par les liens du mariage, de parenté, ou engagées dans un partenariat enregistré⁴³⁵.

2. Les partenariats enregistrés : l'exemple de la Suisse

413. La diversité des modes de conjugalité est un fait établi non seulement en France mais également dans de très nombreux pays européens. La vie commune hors mariage n'est plus une exception et elle a mis en exergue des revendications nouvelles notamment de la part des couples de même sexe. En réponse à ces aspirations, le législateur est intervenu et a adopté des réglementations afin de donner à ces nouvelles formes de conjugalité un cadre légal. Cette intervention du législateur dans la sphère familiale s'est faite de manière variée selon les États concernés et en fonction des aspirations politiques et sociales recherchées. Le Danemark ainsi que les États scandinaves ont été les premiers États à offrir aux couples de même sexe la possibilité de voir leur union reconnue et produire des effets dans le cadre du partenariat enregistré.

414. D'autres États, désireux de préserver la conception traditionnelle du mariage entendu comme l'union entre un homme et une femme ont néanmoins offert aux couples de même sexe un cadre juridique afin d'y inscrire leur relation et de pouvoir jouir de droits similaires à ceux des époux à l'exception cependant de ceux relatifs à la filiation.

⁴³² Article 1^{er} alinéa 20, « (...) *Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti* ».

⁴³³ *Corte Costituzionale*, Sentence n°383/99 du 7 octobre 1999.

⁴³⁴ En particulier, son article 44 lettre d).

⁴³⁵ Article 1^{er} al. 36 de la loi du 20 mai 2016 selon lequel, « *Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per « conviventi di fatto » due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile* ».

415. C'est notamment le cas de la Suisse depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 18 juin 2004 relative au partenariat enregistré entre personnes de même sexe (ci-après la « LPart »). Avant l'entrée en vigueur de la LPart, les couples de même sexe ne disposaient d'aucune autre alternative à la vie en union libre et avaient recours à ces constructions juridiques complexes afin de voir leur relation produire des effets. Le législateur suisse a ainsi mis à la disposition des couples de même sexe une institution destinée à leur conférer des droits et des devoirs, se distinguant cependant de l'institution matrimoniale.

416. En Suisse, le partenariat enregistré est exclusivement réservé aux couples de même sexe leur conférant un statut quasi-matrimonial. Le partenariat a été conçu de manière à octroyer aux couples de même sexe des droits similaires à ceux des époux tout en leur refusant la possibilité de fonder une famille. Le législateur suisse n'a pas souhaité offrir aux couples hétérosexuels la possibilité de conclure un partenariat enregistré dès lors qu'ils avaient la possibilité de se marier. Il n'était donc pas nécessaire de créer une nouvelle institution juridique qui serait un « *mariage de deuxième ordre* »⁴³⁶. En effet, les effets du partenariat enregistré et du mariage sont beaucoup trop similaires pour que le premier constitue une alternative au second. Le législateur suisse a ainsi marqué sa volonté de soumettre la communauté de vie entre un homme et une femme, dont peuvent naître des enfants, à une institution juridique uniforme⁴³⁷.

417. Approuvée par les citoyens suisses le 5 juin 2005, la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. La Loi fédérale sur le partenariat enregistré régit la conclusion, les effets ainsi que la dissolution du partenariat⁴³⁸. Présentée comme une institution parallèle au mariage et non concurrente de ce dernier, le partenariat enregistré place, dans de nombreux domaines, les partenaires sur un pied d'égalité avec les époux.

418. Pour autant, le partenariat enregistré tel que conçu en droit suisse peut-il poursuivre un but procréateur au même titre que le mariage.

La consécration du partenariat enregistré a répondu à l'impérieuse nécessité de donner aux couples de même sexe un cadre juridique au sein duquel ils pourraient non seulement inscrire leur relation mais également bénéficier de certains avantages. Cette consécration devait

⁴³⁶ FF 2003 1192 ss, ch. 1.6.2, p. 1213.

⁴³⁷ FF 2003 1192 ss, ch. 1.6.2, p. 1213.

⁴³⁸ Article 1^{er} LPart, « *La présente loi règle la conclusion, les effets et la dissolution du partenariat enregistré entre personnes du même sexe* ».

également permettre de réduire considérablement toute discrimination juridique fondée sur l'orientation sexuelle ou le mode de vie et être ainsi conforme aux exigences des droits fondamentaux⁴³⁹. La Suisse a également été sensible à l'adoption progressive de législations en faveur de la reconnaissance juridique des unions homosexuelles⁴⁴⁰.

419. La nécessité de reconnaître les unions homosexuelles et de conférer aux couples de même sexe des droits équivalents, sous certaines réserves cependant, à ceux des conjoints s'est fait ressentir en Suisse dès la fin des années 1990. Le Tribunal fédéral a rendu, le 25 août 2000, un arrêt révélateur des difficultés rencontrées au quotidien par les couples de même sexe.

420. Cette affaire concernait une jeune femme de nationalité suisse en couple avec une ressortissante néo-zélandaise. Les deux jeunes femmes souhaitant s'installer dans le canton de Zurich s'étaient toutefois heurtées au refus des autorités zurichoises de délivrer un permis de séjour à la ressortissante néo-zélandaise.

421. Saisi d'un recours formé par les intéressées, le Tribunal fédéral, s'affranchissant quelque peu de sa jurisprudence antérieure, a jugé que le refus d'accorder une autorisation de séjour au partenaire étranger peut, à certaines conditions, porter atteinte au droit à la vie privée⁴⁴¹. En revanche, malgré l'évolution des mœurs et une perception plus tolérante de l'homosexualité en Suisse, le Tribunal Fédéral a admis que la vie commune entre partenaires de même n'est pas une vie familiale et, partant, a refusé d'appliquer aux couples de même sexe la protection du droit au respect de la vie familiale au sens de la Constitution fédérale et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En l'espèce, le recours formé par les intéressées avait été rejeté au motif que le refus des autorités zurichoises constituait certes une restriction au droit au respect de la vie privée mais justifiée par un intérêt public.

422. L'arrêt du Tribunal Fédéral est intervenu alors que s'était engagé un débat parlementaire sur le point de savoir s'il convenait de conférer aux couples de même sexe un véritable statut.

⁴³⁹Selon l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, « *Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique* ».

⁴⁴⁰ Ainsi, dans son message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré, le Conseil fédéral a fait une présentation détaillée de l'évolution des législations en faveur des couples homosexuels, FF 2003, p. 1198.

⁴⁴¹ ATF 126 II 425, 25 août 2000, Collection des arrêts du Tribunal fédéral suisse, p. 425.

Avant l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré, les couples homosexuels étaient traités comme des concubins : ils ne disposaient d'aucun statut juridique et, à l'inverse de concubins de sexe opposé, ne pouvaient se marier en vue d'en obtenir un.

423. Attaché à la conception traditionnelle du mariage entendu comme l'union monogame entre un homme et une femme et souhaitant la préserver, le législateur suisse a consacré une institution nouvelle exclusivement destinée aux couples de mêmes sexe et supposée abolir toutes discriminations juridiques subies par les couples de même sexe. Cette nouvelle institution a été largement inspirée par le droit matrimonial mais avec certaines réserves cependant notamment en matière de filiation.

424. Les bouleversements qui ont touché le droit de la famille ont été observés au-delà des frontières françaises. La Suisse, avant d'admettre le mariage entre personnes de même sexe, avait introduit dans sa législation une union, le partenariat enregistré, destiné exclusivement aux couples de personnes même sexe. Cette union, calquée sur le mariage, était détachée des questions de parenté et de famille.

425. Si la France a longtemps ignoré les mutations et les bouleversements qui ont touché le droit de la famille, l'Italie a fait figure de mauvaise élève en Europe. En effet, ce n'est qu'en 2016⁴⁴² et après une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁴³ que le législateur italien a introduit dans sa législation une union, l'union civile, destinée aux couples de personnes de même sexe. Cette union, inspirée du partenariat enregistré allemand, offre aux couples de personnes de même sexe un cadre juridique similaire à celui dont jouit les époux à quelques exceptions près. A l'instar du partenariat enregistré suisse, l'Union civile italienne a été maintenue en dehors du champ de la famille.

§ 2. L'ouverture progressive des ordres juridiques à l'admission de nouveaux modes d'établissement de la filiation

426. La filiation est le lien juridique qui unit des parents, au sens strict du terme, et leurs enfants⁴⁴⁴. Il permet d'inscrire une personne dans une lignée généalogique, forge l'identité

⁴⁴² Loi n°76 du 20 mai 2016 sur les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe et les cohabitations.

⁴⁴³ CEDH, *Oliari et autres c. Italie*, 21 juillet 2015, n°18766/11 et n°36030/11.

⁴⁴⁴ Lexique des termes juridiques, Dalloz 2017-2018.

individuelle⁴⁴⁵ et emporte des droits et des devoirs tant des parents à l'encontre de leur enfant que de l'enfant à l'égard de ses parents. La filiation est un lien de droit pouvant recouvrir différentes réalités juridiques témoignant des choix politiques et sociaux opérés par un ordre juridique à un instant déterminé⁴⁴⁶. Le lien juridique de filiation peut donc reposer sur la procréation naturelle⁴⁴⁷ tout comme il peut également reposer sur l'adoption⁴⁴⁸ ou encore sur une pratique ou technique médicale. Les questions soulevées par l'assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui, qui revêtent une dimension symbolique et éthique extrêmement forte, alimentent encore aujourd'hui un débat passionné, aussi bien en France qu'à l'étranger. Ces techniques médicales ont bouleversé la conception traditionnelle de la famille et de la filiation en dissociant la procréation de l'acte sexuel et en offrant, ainsi, aux individus la possibilité de concevoir un enfant en dehors du processus naturel.

A. La procréation médicalement assistée⁴⁴⁹

427. A la question de l'introduction, au sein de leurs ordres juridiques respectifs, d'une double filiation monosexuée dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, certains législateurs étrangers ont raisonné par analogie, en appliquant aux couples de personnes de même sexe les règles auxquelles sont soumis les couples de personnes de sexe opposé, tandis que d'autres ont opté pour l'adoption de nouvelles règles. La consécration d'un droit de la filiation fondé sur un modèle intentionnel et non plus biologique est donc un phénomène acquis depuis longtemps dans certains États⁴⁵⁰ y compris au sein même de l'Union européenne⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ T. STEGMÜLLER, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant – Étude de droit suisse, p. 50.

⁴⁴⁶ Ainsi, certains États de droit musulman ont ainsi fait le choix de prohiber l'adoption. C'est notamment le cas de l'Algérie et du Maroc.

⁴⁴⁷ Articles 310-1 et suivants du Code civil.

⁴⁴⁸ Articles 343 et suivants du Code civil.

⁴⁴⁹ Cette partie se concentrera sur l'étude de la procréation médicalement assistée à l'exclusion de la gestation pour autrui qui a fait l'objet d'une étude distincte.

⁴⁵⁰ G. KESSLER, Regards comparatistes sur la PMA « pour toutes », *AJ Fam.* 2020, p. 117. Elle est ainsi admise au Québec, en Belgique, aux Pays-Bas, en Angleterre ou encore aux États-Unis.

⁴⁵¹ J. SCHERPE, *The Present and Future of Family Law*, Elgar, 2016, p. 82 et s.

428. Au sein de l'Union européenne⁴⁵², la Belgique est, en matière d'assistance médicale à la procréation, un État pionnier⁴⁵³. Aux termes de l'article 27 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, « à compter de l'implantation des embryons surnuméraires donnés les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental ayant reçu lesdits embryons surnuméraires ». A l'égard d'un couple composé de deux femmes, la filiation est donc établie selon l'article 325/2 largement inspiré du modèle traditionnel de filiation.

429. Selon cet article, « l'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour coparent l'épouse ». L'article 325/4 précise, en outre, que « Lorsque la coparentalité n'est pas établie en vertu de l'article 325/2, le coparent peut reconnaître l'enfant sous les conditions prévues à l'article 329bis ». Les Pays-Bas ont également adopté une position similaire à celle de la Belgique. En effet, aux termes de l'article 1 :198 du Code civil néerlandais, la femme qui, au moment de la naissance de l'enfant, est mariée ou liée par un partenariat enregistré à la femme qui a accouché de l'enfant est, dans le cas où ce dernier a été conçu par fécondation artificielle avec tiers donneur, présumée être la seconde mère de l'enfant. Le même article permet à la compagne de la mère de l'enfant de procéder à sa reconnaissance pour autant que ce dernier ne dispose pas de deux filiations déjà établies.

430. D'autres États ont fait le choix de consacrer de nouvelles règles présidant à l'établissement de la filiation dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. C'est notamment le cas de l'Espagne. Aux termes de l'article 7.3 de la loi 14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction assistée, « Lorsque la femme est mariée avec une autre femme, et qu'elle n'est pas séparée légalement ou dans les faits, cette dernière pourra manifester au Registre civil du

⁴⁵² Hors UE, en 2002, le Québec est devenu le premier État à consacrer une présomption de maternité en faveur de l'épouse ou de la partenaire de la mère biologique de l'enfant. Aux termes de l'article 538.3 du Code civil, « L'enfant, issu par procréation assistée d'un projet parental entre époux ou conjoints unis civilement, qui est né pendant leur union ou dans les 300 jours après sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour autre parent le conjoint de la femme qui lui a donné naissance.

Cette présomption est écartée lorsque l'enfant naît plus de 300 jours après le jugement prononçant la séparation de corps des époux, sauf s'il y a eu reprise volontaire de la vie commune avant la naissance.

La présomption est également écartée à l'égard de l'ex-conjoint lorsque l'enfant est né dans les 300 jours de la fin de l'union, mais après le mariage ou l'union civile subséquent de la femme qui lui a donné naissance ».

⁴⁵³ N. SCHIFFINO / F. VARONE (dir.), Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques, Bruylant, 2003.

domicile conjugal son consentement à ce qu'à la naissance de l'enfant de son épouse, la filiation de ce dernier soit déterminée en sa faveur ».

431. La présomption de maternité ne joue donc pas en faveur des couples de femmes qui bénéficié d'une assistance médicale à la procréation. L'établissement de la filiation, dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, repose donc exclusivement sur la volonté et l'engagement des parents⁴⁵⁴. Le législateur suédois a fait le choix, à l'instar de son homologue espagnol, de fonder l'établissement de la filiation sur un acte de volonté⁴⁵⁵.

432. La législation espagnole en matière de procréation médicalement assistée est considérée comme l'une des législations les plus libérales d'Europe en la matière. A l'inverse de nombreuses législations européennes, la loi du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction assistée (Loi 14/2006) a ouvert l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée aux femmes célibataires⁴⁵⁶. Cependant, cette loi est demeurée silencieuse sur la question de l'établissement du lien de filiation à l'égard de la conjointe de la mère.

433. A cet égard, La loi 3/2007 du 15 mars 2007 aménage la possibilité pour l'épouse de la mère de reconnaître l'enfant à sa naissance, par le biais d'une déclaration effectuée auprès du Service de l'état civil, dès lors que les parents ne sont pas séparés. Ainsi, lorsque « *la femme est mariée avec une autre femme, et qu'elle n'est pas séparée légalement ou dans les faits, cette dernière pourra manifester au Registre civil du domicile conjugal son consentement à ce qu'à la naissance de l'enfant de son épouse, la filiation de ce dernier soit déterminée en sa faveur* »⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ A. QUINONEZ ESCAMEZ, *Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé*, *RID comp.* 2012, vol. 64, p. 69.

⁴⁵⁵ C. FORDER / K. SAARLOOS, *The establishment of parenthood, A story of successful convergence ?* Maastricht 2007. Cf. article 1 :9 du *Children and parents Code*.

⁴⁵⁶ En effet, selon l'article 6.1 de la loi du 22 novembre 1988, «Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar » (Toute femme âgée de 18 ans et en pleine capacité de ses moyens peut être destinataire ou bénéficié des techniques réglementées par la présente loi dès lors qu'elle y a librement et expressément consenti par écrit).

⁴⁵⁷ A. Quinones Escamez, *Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagno comparé*, *RIDC* 2012, vol. 64, n°1, pp. 57-91.

434. Le droit espagnol n'aménage donc aucune présomption de maternité⁴⁵⁸ dans le cadre d'une procréation médicalement assistée entre deux femmes mariées. L'établissement de la filiation ne sera effectif qu'après une déclaration auprès du Service de l'état civil.

435. Plusieurs membres de la Commission nationale pour la reproduction médicalement assistée ont récemment manifesté leur désaccord à l'encontre de l'interdiction légale des maternités pour autrui et ont demandé que cette technique soit admise pour les femmes se trouvant dans l'incapacité physiologique de porter des enfants.

B. La gestation pour autrui

436. Outre le débat, l'accès à ces techniques alimentent également un contentieux important, d'une part, devant les juridictions nationales et également devant la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne.

La gestation pour autrui soulève la problématique de la reconnaissance des filiations non charnelles créées au sein d'un ordre juridique étranger. Cette problématique est considérable dès lors que sont attachés à cette filiation de nombreux effets au rang desquels figurent les obligations alimentaires.

437. En outre, ces difficultés sont renforcées par la grande disparité des législations existant au sein de la communauté internationale. En effet, certaines législations ouvrent l'accès à certaines techniques d'assistance médicale à la procréation permettant ainsi la création de liens de filiation dont la reconnaissance, au sein d'ordres juridiques plus restrictifs ou prohibitifs, ne sera pas nécessairement assurée.

438. En Europe, la gestation pour autrui est tolérée dans plusieurs États au rang desquels le Danemark, la Hongrie, les Pays-Bas ou encore l'Irlande. Elle est admise en Roumanie où elle est rémunérée et au Royaume-Uni (1) et en Grèce (2) ou elle est admise à titre altruiste. Notre

⁴⁵⁸ Contrairement à l'article 538.3 du Code civil du Québec selon lequel : « *L'enfant, issu par procréation assistée d'un projet parental entre époux ou conjoints unis civilement, qui est né pendant leur union ou dans les 300 jours après sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour autre parent le conjoint de la femme qui lui a donné naissance* ». Lorsque la mère n'est pas mariée, sa compagne peut néanmoins souscrire une reconnaissance de maternité conformément à l'article 540 du Code civil du Québec. Sur cette question, Voir G. KESSLER, Regards comparatistes sur la PMA « pour toutes », AJ Fam. 2020, p.117.

étude portera sur ces deux derniers ordres juridiques dès lors que ce sont les premiers, en Europe, à avoir admis le procédé.

1. L'admission de la gestation pour autrui au Royaume-Uni

439. En Europe, le Royaume-Uni a été le premier État à avoir admis la gestation pour autrui⁴⁵⁹. Le *Surrogacy Arrangements Act* de 1985, d'abord, puis la loi du 1^{er} novembre 1990 relative à la fécondité et l'embryologie humaines (*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, ci-après la « LFEH de 1990 ») ont ainsi offert aux conventions de gestation pour autrui un premier cadre légal⁴⁶⁰.

440. La loi de 1990 a par la suite été modifiée par les lois de 2008 relative à la fécondation et l'embryologie humaine (*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, ci-après la « LFEH de 2008 ») et de 2010 sur la fécondation et l'embryologie humaines (*Human Fertilisation and Embryology Act 2010*, ci-après la « LFEH de 2010 ») afin de permettre aux couples non mariés et aux couples de même sexe engagé dans un partenariat civil, désireux de fonder une famille, d'avoir recours à une mère porteuse. En revanche, les personnes célibataires sont exclues du champ d'application de cette loi et ne peuvent donc recourir aux services d'une mère porteuse. La législation britannique prohibe cependant toute rémunération de la mère de substitution et prive d'efficacité les conventions conclues dans un but lucratif. Ainsi, les parents d'intention ne doivent prendre en charge que les frais inhérents au suivi médical de la grossesse et les frais engagés par la mère porteuse. La gestation pour autrui doit intervenir dans un cadre exclusivement privé. La loi sanctionne ainsi pénalement toute personne faisant de la publicité pour une mère porteuse ou servant d'intermédiaire entre une gestatrice et des parents d'intention.

⁴⁵⁹ Pour une étude plus complète sur la question de la GPA au Royaume-Uni, voir K. PARIZER-KRIEF, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 63, n° 3, 2011, p. 645. Voir également, E. Steiner, « Angleterre : Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in *Gestation pour autrui-Surrogate motherhood*, p. 40.

⁴⁶⁰ Cet encadrement de la maternité de substitution au Royaume-Uni fait suite au Rapport de la commission d'enquête concernant la fécondation et embryologie humaine présidée par Mary Warnock (*Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology 1984*). Une copie de ce rapport est disponible sous < https://www.bioeticacs.org/iceb/documentos/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf > (dernière consultation le 11 mars 2020).

441. A la naissance de l'enfant, l'établissement du lien de filiation relève d'un mécanisme juridique relativement complexe. Conformément à la législation britannique, la femme qui a porté l'enfant et en a accouché est considérée comme la mère légale ; elle sera alors désignée comme telle dans l'acte de naissance⁴⁶¹ quand bien même elle n'aurait avec l'enfant qu'elle a mis au monde aucun lien génétique et indépendamment du pays où elle se trouvait lorsqu'elle a été inséminée⁴⁶². De même, le conjoint ou le compagnon de la mère porteuse sera également désigné comme le père légal de l'enfant à condition d'avoir consenti à la gestation pour autrui⁴⁶³. Enfin, si la mère porteuse n'est ni mariée, ni engagée dans un partenariat civil, alors le père d'intention peut être désigné comme le père légal de l'enfant né dès lors qu'il a, avec ce dernier, un lien biologique⁴⁶⁴.

442. Les parents d'intention peuvent choisir la voie de l'adoption ou saisir le juge en vue d'obtenir une déclaration judiciaire, appelée « *Parental Order* » (ordonnance parentale), reconnaissant la filiation entre l'enfant et les parents d'intention et leur transférant, en conséquence, les droits et les devoirs attachés à la qualité de parent. L'octroi d'une telle ordonnance permet donc aux parents d'intention de se voir reconnaître la qualité de parents légaux sans toutefois passer par une procédure d'adoption, plus longue et plus coûteuse. Depuis l'entrée en vigueur de la LFEH de 2008, cette ordonnance peut désormais être sollicitée par les couples de même sexe, par les couples qui ont conclu un partenariat civil et, enfin, par les couples vivant en qualité de partenaires sans toutefois avoir officialisé leur union⁴⁶⁵.

443. L'obtention de ce document est enfermée dans des conditions relativement strictes déterminées par la LFEH de 2008⁴⁶⁶. Elle ne peut concerner qu'une convention de gestation pour autrui conclue à titre gratuit⁴⁶⁷ et ne peut être demandée que lorsque l'embryon a été conçu

⁴⁶¹ Ainsi, selon l'article 27 de la loi de 1990, « The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child » ; Article 33(1) de la LFEH de 2008.

⁴⁶² Article 33(3) de la LFEH de 2008 selon lequel « Subsection (1) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs »

⁴⁶³ Article 28 de la LFEH de 1990 ; Article 35 de la LFEH de 2008.

⁴⁶⁴ Article 36-38 de la LFEH de 2008.

⁴⁶⁵ Article 54(2) de la LFEH de 2008.

⁴⁶⁶ Voir Section 54 de la LFEH de 2008.

⁴⁶⁷ Article 54(8) de la LFEH de 2008. La mère de substitution ne peut percevoir aucune rémunération à l'exception des frais médicaux ou nécessaires à sa grossesse.

avec les gamètes de l'un au moins des parents d'intention avant d'être implanté dans l'utérus de la mère porteuse qui s'est engagée à le porter⁴⁶⁸.

444. Dans ce cas, les parents d'intention doivent, six semaines à compter de la naissance et avant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la même date, saisir le juge et solliciter une ordonnance parentale. La législation britannique octroie à la mère porteuse un délai de réflexion de six semaines avant de consentir à la renonciation de ses droits parentaux.⁴⁶⁹

445. En effet, l'article 54(6) de la LFEH de 2008 conditionne le prononcé du *Parental Order* au consentement de la gestatrice et de son conjoint dans le cas où cette dernière est mariée⁴⁷⁰. Il en résulte que la mère porteuse dispose d'un droit de rétractation⁴⁷¹ et ne saurait être, en principe, contrainte à remettre l'enfant aux parents d'intention. La convention de maternité de substitution ne pourrait faire l'objet d'aucune exécution forcée.⁴⁷² Dans un tel cas, la délivrance de l'ordonnance parentale pourrait être refusée par le juge.

446. Certains auteurs ont proposé que la disposition légale conditionnant l'ordonnance parentale au consentement de la mère porteuse soit abrogée.⁴⁷³ Même s'il est, aujourd'hui, assez rare qu'une mère porteuse change d'avis et revienne sur sa parole,⁴⁷⁴ le droit de rétractation que lui aménage la législation britannique constitue une véritable source d'inquiétude et

⁴⁶⁸ Article 54(1)b de la LFEH de 2008 selon lequel « On an application made by two people (“the applicants”), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants if a) the child has been carried by a woman who is not one of the applicants, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination, b) the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo (...) ».

⁴⁶⁹ Article 54(7) de la LFEH de 2008 en vertu duquel, « Subsection (6) does not require the agreement of a person who cannot be found or is incapable of giving agreement ; and the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purpose of that subsection if given by her less than six weeks after the child's birth ».

⁴⁷⁰ Selon cet article, “The court must be satisfied that both (a)the woman who carried the child, and (b)any other person who is a parent of the child but is not one of the applicants (including any man who is the father by virtue of section 35 or 36 or any woman who is a parent by virtue of section 42 or 43), have freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the making of the order”.

⁴⁷¹ A titre d'illustration, voir l'affaire *In Re Z* [2016] EWFC 34. Dans cette affaire, un couple d'hommes, déjà parent d'un enfant, avait fait appel aux services d'une mère porteuse et conclut, avec cette dernière, un contrat. Inséminée de deux embryons, la mère porteuse fit une fausse couche et perdit l'un des embryons. Elle tut cependant cette information et déclara au couple avoir perdu les deux embryons. Lorsque les parents d'intention eurent vent de la naissance de l'enfant, ils saisirent le juge et sollicitèrent la délivrance d'une ordonnance parentale. Constant l'absence de du consentement informé et inconditionnel de la mère porteuse conformément à la section 54 du *de la* LFEH 2008, le juge ne put faire droit à leur demande et jugea alors que la mère porteuse devait demeurer la mère légale de l'enfant. Il accorda cependant un droit de visite aux parents d'intention.

⁴⁷² Article 1A du *Surrogacy Arrangements Act* 1985 (modifié par la LFEH de 1990) selon lequel “No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it”.

⁴⁷³ Alghrani Amel / Griffiths Danielle, *The Regulation of Surrogacy in the United Kingdom: the case for the reform*, *Child and Family Law Quarterly*, 29(2).

⁴⁷⁴ Alghrani Amel / Griffiths Danielle, *op. cit.*

d'imprévisibilité pour les parents d'intention. En outre, dès lors que l'ordonnance parentale ne peut être sollicitée qu'à l'expiration d'un délai de six semaines au moins, la mère porteuse demeure investie de l'autorité parentale quand bien même elle aurait remis l'enfant aux parents d'intention.⁴⁷⁵

447. Le juge doit s'assurer que les conditions pour délivrer l'ordonnance parentale sont bien satisfaites. Cependant, il doit également tenir compte, au regard des circonstances de l'espèce, de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁷⁶.

448. Conformément à la législation britannique, une fois l'ordonnance parentale obtenue, elle sera inscrite dans un registre spécial et l'acte de naissance initial de l'enfant sera alors annoté afin d'y faire figurer les parents d'intention comme parents légaux.

449. La législation britannique a posé des exigences strictes concernant la résidence habituelle des parents d'intention. Ainsi, l'article 54(4) de la LFEH 2008 exige que l'un au moins des parents d'intention ainsi soit domicilié au Royaume-Uni au moment de l'introduction de la demande de l'ordonnance parentale⁴⁷⁷. Une telle exigence constitue, en principe, un obstacle majeur à la venue au Royaume-Uni de couples étrangers désireux de recourir à une maternité de substitution. L'ordonnance parentale est une étape fondamentale à l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et les parents d'intention. Dès lors, des parents d'intention qui n'auraient pas leur résidence sur le territoire britannique ne seraient pas recevables à solliciter auprès du juge la délivrance de cette ordonnance. Toutefois, même lorsque les conditions ne sont pas toutes satisfaites et notamment celles liées à la résidence des parents d'intention, rien

⁴⁷⁵ Il existe au Royaume-Uni un nombre important d'enfants nés à l'issue de conventions de maternité de substitution sans que les parents d'intention ne sollicitent d'ordonnance parentale, à ce propos voir ALGHRANI Amel / GRIFFITHS Danielle, *op. cit.*

⁴⁷⁶ Sur la question voir notamment, PARIZER-KRIEF Karène, Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif. Voir également l'affaire *Re A and B (Children) (Surrogacy: Parental Orders: Time Limits)* [2015] EWHC 911. Dans cette affaire, un couple avait eu recours à une mère porteuse californienne. Plusieurs années après la naissance de leur enfant, les parents d'intention ont constaté qu'ils n'avaient établi, à l'égard de ce dernier, aucun lien de filiation. Bien que les parents n'aient pas respecté le délai fixé par la législation britannique, le juge leur accorda néanmoins une ordonnance parentale dans l'intérêt de l'enfant.

⁴⁷⁷ Article 54(4) : "At the time of the application and the making of the order (a) the child's home must be with the applicants, and (b) either or both of the applicants must be domiciled in the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man"

n'empêche ces derniers d'obtenir l'établissement du lien de filiation avec leur enfant par la voie de l'adoption⁴⁷⁸.

450. Le *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 a été amendé en 2018 afin de permettre aux personnes célibataires de pouvoir obtenir des *Parental Orders*⁴⁷⁹.

En outre, en 2018, la *Law Commission* a, dans un rapport publié le 6 juin 2019, pris la voie d'un établissement de la filiation pour les familles ayant eu recours à la gestation pour autrui⁴⁸⁰. Au cours de l'année 2019, les britanniques ont pu donner leur avis sur l'opportunité de réformer la loi relative à la gestation pour autrui. Les propositions concernent notamment la possibilité pour les parents d'intention d'être les parents légaux de l'enfant dès sa naissance sans solliciter un *parental order*, la création d'un organisme de réglementation de la maternité de subsistation chargé de superviser les conventions de gestation pour autrui, la suppression, dans certains cas, de l'exigence d'un lien génétique entre les parents d'intention et l'enfant⁴⁸¹, la création d'un registre afin de permettre aux personnes nées à l'issue d'une gestation pour autrui d'accéder aux informations sur leurs origines et la mise en place de dispositions visant à faciliter la reconnaissance de la parenté d'intention dans le cadre de conventions internationales⁴⁸².

La réforme est toujours en cours.

2. L'admission de la gestation pour autrui en Grèce

451. La Grèce fait partie des rares pays européens à avoir autorisé et régulé la gestation pour autrui sur son territoire. En 2002, elle s'est dotée d'un arsenal juridique permettant de conclure des conventions de gestation pour autrui dont l'approbation demeure soumise au contrôle des juridictions et qui conduisent à l'établissement automatique du lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant une fois ce dernier né. Le choix opéré par le législateur grec a été motivé

⁴⁷⁸ A titre d'illustration voir *Re G (Surrogacy : Foreign Domicile) [2007] EWHC 2814*. Dans cette affaire, un couple domicilié en Turquie avait sollicité auprès du juge anglais l'attribution d'une ordonnance parentale. Les conditions n'étant pas réunies, les parents ont alors été contraint de former une demande d'adoption sur le fondement de la section 84 *Adoption and Children Act* 2002.

⁴⁷⁹ Cette modification intervient après la décision *Re Z(A child)* rendue le 16 mai 2016 par la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles dans laquelle la Cour avait jugé que le *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 était incompatible avec le *Human Rights Act*.

⁴⁸⁰ Sur cette volonté voir : <https://www.lawcom.gov.uk/surrogacy-reforms-to-improve-the-law-for-all/> (dernière consultation le 27 novembre 2022).

⁴⁸¹ Ce lien resterait cependant exigé dans les conventions internationales de gestation pour autrui.

⁴⁸² <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2019/06/Surrogacy-summary.pdf> (dernière consultation le 25 janvier 2023).

par la volonté de ne pas mettre en place une interdiction susceptible de ne pas être suivie en pratique et de ne pas, le cas échéant, servir l'intérêt de l'enfant⁴⁸³.

452. Ainsi, en Grèce⁴⁸⁴, les maternités de substitution dans un seul but altruiste ont été autorisées par la loi du 19 décembre 2002 relative à l'assistance médicale à la reproduction humaine. Sur le fondement de cette loi, ont été introduits dans le Code civil les articles 1455 à 1460 lesquels définissent les conditions permettant le recours aux techniques de procréations médicalement assistée. Elle a également apporté certaines modifications aux articles 1461 à 1484 du Code civil⁴⁸⁵ qui régissent la filiation. Cette loi a ensuite été complétée par la loi du 27 janvier 2005 sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée⁴⁸⁶.

Les maternités de substitution sont soumises à l'autorisation préalable du juge laquelle sera délivrée si le procédé répond à un certain nombre de conditions. Outre des exigences procédurales, la loi a également imposé des conditions tenant, d'une part à la mère d'intention et d'autre part, à la mère porteuse.

453. Conformément aux dispositions de l'article 1458 du Code civil, « *le transfert dans le corps d'une autre femme d'embryons étrangers à celle-ci et la gestation par elle sont permis par autorisation judiciaire accordée avant le transfert, s'il existe un accord écrit et sans contrepartie entre les personnes qui désirent avoir un enfant et la femme qui accouchera ainsi que son conjoint, quand elle est mariée* ».

454. La législation grecque autorise les seules maternités pour autrui « gestationnelle »⁴⁸⁷, la mère de substitution ne devant avoir avec l'enfant à naître aucun lien biologique⁴⁸⁸. L'utilisation des ovules issus de la mère porteuse n'est pas autorisée.

⁴⁸³ K. KIPOURIDOU / M. MILAPIDOU, « Surrogacy in Greece. The Legal Framework : a viable model », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2019/I, Vol. 30, pp. 117-132.

⁴⁸⁴ Sur la question voir, A. C. PAPACHRISTOS, « Grèce : le don d'utérus et le droit hellénique », in *Gestation pour autrui-Surrogate Motherhood*, p. 169 ; voir également, P. AGALLOPOULOU, « La loi hellénique concernant les procréations médicalement assistées », *Droit de la famille* n°5, Mai 2004, étude 11. Voir également, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, European Parliament 2013.

⁴⁸⁵ Granet Frédérique, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États membres de la CIEC*, Note de synthèse, CIEC, Février 2014.

⁴⁸⁶ Selon l'article 13 de la loi du 27 janvier 2005, « les maternités de substitution sont admises selon les dispositions de l'article 1458 du Code civil et de l'article 8 de la loi 3089/2002 ».

⁴⁸⁷ Florence G'SELL, *La légalisation de la maternité pour autrui à l'étranger : exemples de droit comparé*, Cahiers Droit, Sciences et Technologies, 7, pp. 93-111.

⁴⁸⁸ Voir également article 3 paragraphe 9 de la loi du 27 janvier 2005.

455. Le droit grec ouvre la gestation pour autrui à tout couple hétérosexuel, marié ou non ainsi qu'aux femmes célibataires⁴⁸⁹ dès lors que son état de santé ne lui permet pas de mener à bien une grossesse. En effet, selon l'article 1458 du Code civil, « l'autorisation judiciaire est accordée après requête de la femme qui désire avoir un enfant s'il est prouvé que la gestation est médicalement impossible et que la femme qui se prête à la gestation y est apte, au vu de son état de santé »⁴⁹⁰.

De même, selon l'article 1455 du Code civil, « l'assistance médicale à la reproduction humaine n'est permise que pour faire face à l'impossibilité de procréation naturelle ou pour éviter la transmission à l'enfant d'une maladie grave ». Selon le même article, « une telle assistance est permise jusqu'à l'âge de la capacité naturelle de procréation de la personne assistée ». En conséquence, le recours à une maternité de substitution ne saurait être fondé sur des raisons autres que celles mentionnées dans les articles 1455 et 1458 du Code civil⁴⁹¹. Il ressort de l'article 1458 du Code civil que la maternité de substitution est ouverte aux femmes qui se trouvent dans l'incapacité de mener une grossesse à terme. Il semblerait donc que les femmes capables de mener une grossesse à terme mais se trouvant dans l'incapacité physiologique de se reproduire ne pourraient recourir à une mère porteuse.

456. En tout état de cause, la mère d'intention doit être en mesure de démontrer son incapacité à mener une grossesse⁴⁹² au moment où elle sollicite auprès du tribunal une autorisation judiciaire préalable⁴⁹³.

457. La femme qui entend jouer le rôle de la mère porteuse doit également satisfaire à certaines conditions. Elle doit non seulement être en bonne santé et pouvoir mener à son terme une grossesse⁴⁹⁴ mais la loi du 27 janvier 2005 lui impose également de se soumettre à des évaluations psychologiques⁴⁹⁵. Elle doit, en outre, être âgée de 25 ans au minimum, être la mère

⁴⁸⁹ Article 1456 paragraphe 1 du Code civil.

⁴⁹⁰ R. A. KONSTANTINOS, L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé, Thèse, Paris 2016, p. 92.

⁴⁹¹ Pour des raisons esthétiques, sociales ou professionnelles par exemple.

⁴⁹² Pour ce faire, elle peut, par exemple, produire l'attestation d'un professionnel.

⁴⁹³ Ainsi, la mère d'intention peut avoir réussi à mener une ou plusieurs grossesses par le passé et donner ainsi naissance à un ou plusieurs enfants. Peu importe. Au jour où elle sollicite l'autorisation judiciaire préalable, la mère d'intention doit être incapable de mener une grossesse à son terme ou alors doit risquer de transmettre à son enfant une maladie.

⁴⁹⁴ La loi n'impose pas de restrictions concernant l'âge de la mère porteuse. Ainsi, le tribunal de Corinthe a autorisé une femme âgée de 52 ans à porter un enfant pour le compte de sa fille laquelle, pour des raisons médicales, ne pouvait mener une grossesse. Cette décision est citée dans K. KIPOURIDOU / M. MILAPIDOU, *Surrogacy op. cit.*

⁴⁹⁵ Article 3 et 4§2 de la loi du 27 janvier 2005.

d'au moins un enfant et ne pas avoir subi plus de deux accouchements par césarienne⁴⁹⁶. En outre, ainsi que le prescrit l'article 1458 du Code civil, la mère porteuse ne doit avoir aucun lien génétique avec l'enfant à naître. Il lui est formellement interdit de mettre à la disposition du ou des parents d'intention son matériel génétique. Il serait en effet inacceptable, au regard de la législation grecque, qu'une femme soit amenée à renoncer à un enfant avec lequel elle entretient un lien biologique⁴⁹⁷. En outre, en cas de donation et, conformément aux dispositions de l'article 1460 du Code civil, l'identité du donneur n'est pas dévoilée afin de garantir son anonymat et le respect de sa vie privée⁴⁹⁸.

458. Conformément à la législation grecque, les femmes désirant avoir recours à une maternité de substitution doivent saisir le tribunal compétent en vue d'obtenir une autorisation judiciaire préalable. Seule la mère d'intention est fondée à solliciter auprès du tribunal compétent la délivrance de cette autorisation ainsi qu'il ressort des dispositions de l'article 1458 du Code civil. Seule la qualité de conjoint ou de partenaire de la mère d'intention permettra, le cas échéant, à ce dernier de voir une filiation établie à son égard s'il a consenti à la convention de gestation pour autrui⁴⁹⁹.

459. En principe, la demande visant à l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable doit être soumise avant tout transfert de l'embryon dans l'utérus de la mère porteuse⁵⁰⁰. C'est ainsi qu'une demande formée après le transfert de l'embryon ne pourra en principe donner lieu à la délivrance d'une autorisation judiciaire préalable, la mère porteuse sera alors, dans un tel cas, considérée comme étant la mère légale de l'enfant⁵⁰¹. Toutefois, certaines juridictions ont, lorsque des circonstances exceptionnelles le commandaient, délivré une autorisation judiciaire préalable après le transfert des embryons dans l'utérus de la mère porteuse⁵⁰².

⁴⁹⁶ K. KIPOURIDOU / M. MILAPIDOU, *op. cit.*

⁴⁹⁷ European Parliament 2013, *op. cit.*, p. 288.

⁴⁹⁸ En revanche, les informations relatives aux antécédents médicaux du donneur pourront être divulguées à la seule demande de l'enfant.

⁴⁹⁹ Article 5 de la loi 3305/2005.

⁵⁰⁰ European Parliament 2013, A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, p. 283.

⁵⁰¹ K. KIPOURIDOU / M. MILAPIDOU, *op. cit.*

⁵⁰² Voir à titre d'exemple, Décision 27035/2003 du Tribunal de première instance de Thessalonique citée dans K. KIPOURIDOU / M. MILAPIDOU, *op. cit.* ; également citée dans European Parliament 2013, *op. cit.*, p. 283.

460. Le tribunal territorialement compétent pour délivrer une autorisation judiciaire préalable est, conformément aux dispositions de l'article 499 al. 1^{er} du Code de procédure civile⁵⁰³, le tribunal dans le ressort duquel la mère d'intention ou la mère porteuse ont leur résidence habituelle.

Lorsqu'il s'agit de délivrer une autorisation judiciaire préalable, le juge dispose de pouvoirs assez restreints. En effet, le juge grec, contrairement au juge anglais, ne statue pas sur l'opportunité du procédé⁵⁰⁴ mais se borne simplement à vérifier que ce dernier répond bien aux conditions requises par la législation⁵⁰⁵.

461. Contrairement à la grande majorité des législations autorisant les gestations et procréations pour autrui, la convention de gestations revêt, en droit grec, un caractère exécutoire. La convention doit être rédigée par écrit conformément aux dispositions de l'article 1458 du Code civil. L'accord doit intervenir entre d'une part, la mère d'intention et son époux ou son partenaire et la mère d'intention et son époux ou partenaire d'autre part. en pratique, afin d'assurer une plus grande protection légale des parties, il est relativement courant que l'accord intervenu entre les parties prennent la forme d'un acte notarié.

462. Si la mère d'intention et la mère porteuse sont chacune engagées dans une vie commune sans toutefois être mariées, chacun de leur partenaire devra alors nécessairement consentir par écrit à la procédure devant un notaire. Cet acte revêt une importance considérable dès lors qu'il constitue une preuve de la volonté du père d'intention de reconnaître ses obligations parentales à l'égard de l'enfant à naître⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Selon cet article, introduit par l'article 6 de la loi 3089/2002, « When permission is requested from the court for postmortem artificial insemination or for a surrogate mother, the court competent to rule on the matter is the court of the district where the mother or the surrogate mother have their habitual residence ».

⁵⁰⁴ Certains auteurs ont dénoncé le caractère « bureaucratique » de la procédure et le fait que le juge ne procède pas à un examen plus poussé de la requête présentée par la mère d'intention désirant faire appel à une mère porteuse, Aristides Hatzis, *The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, disponible sous http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689774 (dernière consultation le 25 mars 2020). Voir également European Parliament 2013, *op. cit.*, p. 284. Dans ce rapport, le caractère insuffisant du contrôle opéré par le juge est pointé du doigt et conduit à admettre des maternités de substitution douteuses.

⁵⁰⁵ Pour rappel, le juge délivrera une autorisation judiciaire préalable si l'ensemble des conditions suivantes sont satisfaites : la mère d'intention prouve qu'elle est dans l'incapacité de mener une grossesse à son terme, elle n'a pas atteint l'âge de 50 ans (une telle restriction n'a pas été imposée au père d'intention qui peut donc être âgé de plus de 50 ans), la mère porteuse doit démontrer qu'elle est en bonne santé physique et psychique, les parties doivent avoir conclu un accord écrit et le soumettre au tribunal saisi, cet accord peut autoriser des frais et des dépenses liés à la grossesse (le paiement de contreparties financières est totalement prohibé), dans le cas où la mère porteuse est mariée, son époux devra également consentir par écrit à la maternité de substitution en signant l'accord, la mère porteuse ne peut fournir son matériel génétique, la mère porteuse et la mère d'intention doivent avoir leur résidence habituelle en Grèce.

⁵⁰⁶ European Parliament 2013, *op. cit.*, p. 290.

463. La convention de gestation pour autrui ne peut stipuler aucune contrepartie financière à l'exception du paiement des frais médicaux relatifs à la procédure d'insémination, à la grossesse, à la naissance et à la puerpéralité. Les parents d'intention peuvent également verser à la mère porteuse une indemnisation correspondant aux salaires perdus durant la période de grossesse sous réserve cependant de ne pas excéder une somme fixée par l'Autorité nationale indépendante pour la procréation médicalement assistée⁵⁰⁷.

La législation grecque prévoit également des sanctions pénales en cas d'infraction. Ainsi, selon les dispositions de l'article 26 § 8 de la loi 3305/2005, quiconque prend part à une maternité de substitution sans respecter les prescriptions des articles 1458 du Code civil, 8 et 13 de la loi 3089/2002 encourt une peine privative de liberté d'au moins deux ans et une amende d'au moins 1 500 euros. Les mêmes peines sont appliquées aux personnes servant d'intermédiaires.

464. Jusqu'à la réforme opérée par la loi 4272/2014, l'article 8 de la loi 3089/2002⁵⁰⁸ avait restreint la possibilité de conclure une convention de gestation pour autrui aux seules femmes, commanditaires et porteuses, domiciliées sur le territoire grec. Une telle exigence n'est pas propre à la Grèce et apparaît dans la législation d'autres pays admettant les maternités de substitution.

465. Cette disposition était fondée sur la volonté de ne pas faire de la Grèce une destination prisée des parents d'intention, de lutter contre le développement du tourisme procréatif⁵⁰⁹ et du trafic dont pouvait pu être victimes les femmes gestatrices⁵¹⁰. Cette condition a été considérablement assouplie par la loi 4272/2014 dont l'article 17 prévoit simplement que la mère porteuse ou la mère d'intention doivent avoir leur résidence permanente ou temporaire en Grèce. En conséquence, la conclusion d'une convention de gestation pour autrui et l'obtention de l'autorisation judiciaire préalable seront possible même si la mère d'intention ou la mère porteuse réside à titre permanent en dehors du territoire grec. Une résidence, même temporaire, en Grèce serait suffisante pour permettre à la mère d'intention de saisir les juridictions en vue d'obtenir une autorisation judiciaire préalable.

⁵⁰⁷ Article 13 de la loi du 27 janvier 2005.

⁵⁰⁸ Ainsi, selon cet article, « Articles 1458 and 1464 are applicable only if the woman petitioning the court authorization and the surrogate mother have their domicile in Greece ».

⁵⁰⁹ Sur la notion de tourisme procréatif, voir J-J LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *Les Petites Affiches*, 28 mars 2001, p. 24.

⁵¹⁰ K. KIPOURIDOU / M. MILAPIDOU, *op. cit.*, p. 125 et s.

467. L'établissement de la filiation dans le cadre du recours à mère porteuse est régi par l'article 1464 du Code civil lequel consacre une exception au principe général *Mater semper certa est*. En effet, conformément à cet article, « *en cas de procréation artificielle et de gestation par une autre femme selon l'article 1458 du Code civil, est présumée mère de l'enfant la femme à laquelle a été accordée l'autorisation* ». *A contrario*, et selon les dispositions de l'article 1463 du Code civil, à défaut d'une autorisation judiciaire préalable, est considérée comme étant la mère légale de l'enfant, la femme qui a accouché. Enfin, si une autorisation judiciaire préalable a été délivrée alors que les exigences légales n'étaient pas satisfaites, la filiation à l'égard de la mère d'intention sera établie dans les conditions de l'article 1458 du Code civil uniquement si l'autorisation est devenue irrévocable.

468. Toutefois, la présomption ainsi établie par l'article 1464 du Code civil peut être renversée par l'action en contestation de la maternité, exercée dans un délai de six mois à compter de la naissance, soit par la mère présumée, soit par la femme gestatrice, s'il est prouvé que l'enfant est issu biologiquement de cette dernière. S'il est fait droit à cette action, alors la filiation sera rétroactivement établie à l'égard de la mère porteuse. Si cette dernière est mariée, la paternité à l'égard de l'époux s'établit, selon les termes de l'article 1465 du Code civil, conformément au droit commun. Ainsi, la paternité de l'époux est présumée si la naissance de l'enfant a eu lieu durant le mariage dans un délai de trois cents jours suivant sa dissolution. Si la femme gestatrice vit en concubinage, alors l'acte notarié par lequel le concubin a consenti à la convention de gestation pour autrui vaudra à titre de reconnaissance volontaire de paternité selon l'article 1456, para. 1 du Code civil.

469. Dans le cadre d'une gestation pour autrui, la mère d'intention sera considérée comme étant la mère légale de l'enfant. Le conjoint de la mère d'intention est réputé être le père de l'enfant. Les parents d'intention seront donc inscrits sur l'acte de naissance en qualité de père et mère dès lors que cette dernière a reçu une autorisation judiciaire en ce sens.

470. Une fois l'enfant mis au monde, un certificat de naissance est établi et les parents d'intention disposent alors d'un délai de 10 jours afin de déclarer leur enfant auprès des services de l'état civil. Ils ont également la possibilité de faire enregistrer, auprès de ces mêmes services, l'autorisation préalable judiciaire en vertu de laquelle la mère d'intention a pu recourir à une mère porteuse.

471. En Grèce, le recours à la gestation pour autrui n'est cependant pas permis aux hommes célibataires bien que la jurisprudence soit revenue sur cette interdiction au nom de l'égalité des sexes⁵¹¹. En 2010, le Conseil d'État grec s'est également prononcé sur la possibilité pour un homme célibataire de recourir à une convention de gestation pour autrui et sur la question de l'établissement de sa paternité dans un tel cas. Selon le Conseil d'État, dès lors qu'un homme célibataire obtient une décision judiciaire préalable l'autorisant à recourir à une maternité de substitution, il doit alors être considéré comme le père légal de l'enfant à naître sur le fondement de l'article 1464 para. 1 du Code civil. La mère porteuse sera, quant à elle, considérée comme étant la mère légale de l'enfant et son nom sera en conséquence inscrit sur les registres de l'état civil.

472. De même, la législation grecque ne permet pas aux couples de même sexe de recourir à une maternité de substitution⁵¹². Cette interdiction concerne aussi bien les couples de femmes que d'hommes.

473. Toutefois, en pratique, il peut apparaître difficile de garantir le respect de cette interdiction spécifiquement à l'encontre des couples de femmes. En effet, l'un des membres du couple pourrait tout à fait, en prétendant être célibataire, solliciter puis obtenir une autorisation judiciaire préalable en vue de recourir à une convention de gestation pour autrui. Dans ce cas, une fois l'enfant né, elle sera considérée comme la mère légale de l'enfant sur le fondement de l'article 1464 para. 1 du Code civil. Sa partenaire pourrait alors entamer une procédure d'adoption en vue d'être également reconnue comme la mère légale de l'enfant de sa partenaire. Toutefois, l'adoption de l'enfant par la partenaire de la mère pourrait se révéler impossible au regard des dispositions de l'article 1561 du Code civil⁵¹³. En effet, il ressort de cet article que

⁵¹¹En effet, dans deux décisions rendues par le Tribunal de première instance d'Athènes et par celui de Thessalonique (Décision 2827/2008 et 13707/2009), se fondant sur le principe de l'égalité des sexes, les juridictions grecques ont autorisé un homme célibataire à recourir à une mère porteuse. Selon les juges, une telle interdiction crée une inégalité entre les sexes intolérable dans une société moderne. En outre, cette interdiction a également un caractère discriminatoire à l'égard des hommes qui n'ont pas de partenaires féminins et qui sont incapables d'avoir un enfant, *European Parliament 2013, A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, p. 286.

⁵¹² Le caractère discriminatoire de cette interdiction a également été pointée du doigt. *European Parliament 2013, op. cit.*, p. 286.

⁵¹³ Selon lequel, "By the adoption shall be interrupted all ties of the minor with his natural family with the exception of the rules regarding impediments to marriage laid down in Articles 1356 and 1357 and the minor becomes a full member of his adoptive parent's family. In regard to the adoptive parent and the latter's relatives the minor shall have all the rights and obligations of a child born in wedlock. The same rule shall apply as regards the descendants of the child adopted. In case of simultaneous or successive adoption of several a relationship shall be created between them similar to the one existing between brothers and sisters".

l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine et a pour effet de rompre tous les liens existants entre le mineur adopté et sa famille naturelle. Toutefois, l'article 1562 du Code civil offre un correctif à la rupture définitive des liens entre l'enfant adopté et sa famille naturelle dans le cas spécifique où ce dernier est adopté par le conjoint de son parent. Ainsi, le lien entre l'enfant et son parent n'est pas rompu lorsque l'enfant est adopté par l'époux ou l'épouse de son parent. Cependant, cet article n'est pas applicable à l'encontre du partenaire de même sexe de la mère. En conséquence, l'adoption de l'enfant par la partenaire de sa mère pourrait ne pas être prononcée dès lors qu'elle aurait pour effet de rompre les liens de filiations existants.

474. En Grèce, le recours à la maternité de substitution est encadré et suppose l'intervention d'une autorité judiciaire. La gestation pour autrui est permise lorsqu'il est médicalement établi qu'une femme, mariée ou vivant en concubinage ne peut assumer la gestation d'un enfant.

475. La maternité de substitution n'est pas rémunérée à l'exception des frais liés à la grossesse, à l'accouchement et à la perte éventuelle des salaires de la mère porteuse.

476. La femme disposant de l'autorisation judiciaire est réputée être la mère légale de l'enfant à naître et sera inscrite, en cette qualité, dans l'acte de naissance de l'enfant. Si la mère légale est mariée, alors son époux sera présumé être le père de l'enfant. En revanche, si la mère légale n'est pas mariée, son compagnon devra exprimer son consentement à la maternité de substitution. Enfin, afin de limiter le « tourisme procréatif », la mère porteuse ainsi que la mère d'intention doivent toutes deux être domiciliées en Grèce.

477. Au Royaume-Uni, contrairement à ce qui est prévu en Grèce, la mère porteuse demeure la mère légale de l'enfant jusqu'à ce qu'à l'obtention par les parents d'intention d'un *parental order*. A cet instant, la mère porteuse cesse d'être la mère légale de l'enfant et la filiation est établie à l'égard des parents d'intention.

478. L'obtention de cette ordonnance est conditionnée et, notamment, les parents d'intention doivent être mariés, l'un de ses membres doit être le parent biologique de l'enfant et il doit être domicilié au Royaume-Uni. A l'instar de la Grèce, la maternité de substitution n'est pas rémunérée à l'exception de la prise en charge par les parents d'intention des frais liés à la grossesse.

479. Une réflexion est actuellement menée au Royaume-Uni pour permettre aux parents d'intention de voir leur filiation établie sans passer par la procédure de l'ordonnance parentale.

Section 2. La résistance de certains ordres juridiques à l'admission de nouvelles relations familiales

480. La résistance des ordres juridiques s'est faite aussi bien sur le terrain de la conjugalité (§1) que sur celui de la parenté (§2).

§ 1. La résistance de certains ordres juridiques nationaux à l'admission d'un statut conjugal nouveau

481. S'il devient accessible aux couples de même sexe dans un nombre croissant d'États européens, d'autres ont réagi de manière conservatrice afin de préserver le caractère hétérosexuel du mariage⁵¹⁴. Certains ordres juridiques nationaux demeurent opposés tant au mariage qu'à la reconnaissance des unions civiles entre personnes de même sexe. Au sein de l'Union européenne, seul un petit groupe d'État, se fondant sur des considérations religieuses ou culturelles, demeurent opposés tant au mariage qu'à la reconnaissance d'une union civile entre personnes de même sexe. Au rang de ces États figurent la Pologne, la Lituanie, la Roumanie, la Bulgarie, la Slovaquie, et la Lettonie. Nous nous proposons de vous donner un aperçu de ces différentes législations.

482. La Pologne a inscrit l'altérité sexuelle dans sa Constitution. Ainsi, selon son article 18, « *la République de Pologne sauvegarde et protège le mariage en tant qu'union de la femme et de l'homme, la famille, la maternité et la qualité de parents* ».

⁵¹⁴ Voir notamment, K. WAALDIJK, *Droit conjugal et union de même sexe. Comparaison entre le mariage, le partenariat enregistré et le concubinage dans neuf États : niveaux de conséquences juridiques*, PUF 2008. Selon l'article 18 de la Constitution polonaise, « *La République de Pologne sauvegarde et protège le mariage en tant qu'union de la femme et de l'homme, la famille, la maternité et la qualité de parents* ».

De même, selon l'article 46 de la Constitution de la République de Bulgarie, « le mariage est une union librement conclue entre un homme et une femme (...) ». La Constitution hongroise protège « l'institution du mariage en tant qu'union pour la vie en commun d'un homme et d'une femme établie par décision délibérée, ainsi que la famille en tant que fondement de la vie de la nation ». L'article 38 de la Constitution lituanienne dispose que « le mariage se conclut par le libre consentement d'un homme et d'une femme ». La Constitution croate définit également le mariage comme l'union entre un homme et une femme. Une telle définition du mariage a été introduite dans la Constitution après le référendum organisé en décembre 2013 à l'issue duquel, une partie des électeurs croates ont fait part de leur volonté d'inscrire le caractère hétérosexuel du mariage dans la Constitution.

483. Le droit matériel polonais appréhende le mariage comme l'union entre un homme et une femme et ne reconnaît aucune forme d'union civile tant à l'égard des couples de personnes de même sexe que de ceux composés de deux personnes de sexe opposé. La Constitution ne définit pas la notion de « famille ». C'est dans un arrêt rendu le 4 septembre 2007 que le Tribunal constitutionnel a apporté quelques précisions sur la notion de famille en décidant que la famille se caractérise par l'union durable de deux ou plusieurs, fondée sur le mariage et les liens de parenté ou d'alliance.

484. Dès lors, la famille revêt un caractère traditionnel et se définit comme une communauté de vie stable comprenant les époux ou les parents seuls et leurs enfants. Le droit matériel polonais ne consacre aucun pluralisme conjugal et, les unions hors mariages ne sont juridiquement pas reconnues. Si le concubinage reste une situation tolérée, elle n'est pas appréhendée par le droit, laissant ainsi le soin aux concubins d'organiser eux-mêmes leur vie commune.

485. A l'instar de la Pologne, la Lituanie prohibe expressément les mariages entre personnes de même sexe. L'article 38 de la Loi constitutionnelle de la République de Lituanie du 21 février 1991 retient une conception traditionnelle tant de la famille que du mariage en disposant, d'une part, que « *la famille est le fondement de la société et de l'État* » et, d'autre part que « *le mariage se conclut par le libre consentement d'un homme et d'une femme* ». Le mariage religieux est également reconnu⁵¹⁵. Ces dispositions constitutionnelles, qui témoignent d'un lien particulièrement étroit entre mariage et famille, constituent le fondement sur lequel les politiques sociales et familiales sont construites.

486. L'altérité sexuelle est également inscrite à l'article 3.7 du Code civil en vertu duquel, « *le mariage est un contrat libre et consensuel entre un homme et une femme en vue de créer des relations de famille légales et régies dans les conditions prévues par la loi* ». L'article 3.12 prohibe expressément les unions entre personnes de même sexe⁵¹⁶.

487. Au sein de la famille lituanienne, les sexes sont hiérarchisés au sein du couple, chacun de ses membres jouant un rôle déterminé : les femmes conservent le monopole de l'éducation des

⁵¹⁵ Article 38 de la Loi constitutionnelle du 21 février 1991 : « *L'État reconnaît également les mariages enregistrés à l'Église* ».

⁵¹⁶ Selon cet article, « *Marriage may be contracted only with a person of the opposite gender* ».

enfants et de la tenue du foyer tandis qu'il appartient aux hommes d'assurer leur bien-être matériel⁵¹⁷. La famille repose sur une vision patriarcale où le mari est le chef de famille et l'épouse est exclusivement restreinte à son rôle de reproductrice et de mère⁵¹⁸.

488. Les politiques sociales et familiales menées dans le pays sont fortement marquées par cette conception conservatrice du mariage et de la famille⁵¹⁹. En juin 2008, le Parlement lituanien a adopté une résolution conférant aux unions scellées par un mariage le statut de « *famille complète* »⁵²⁰.

489. Ce texte, empreint d'un fort conservatisme⁵²¹, permet d'accorder à ces familles des aides financières et des facilités notamment en matière de logement. La loi, qui reprend la définition du mariage déjà ancrée dans la Constitution et le Code civil⁵²², exclut expressément de son champ d'application les familles naturelles ainsi que les familles monoparentales⁵²³. Les familles construites en dehors des liens du mariage ne sont pas considérées comme de véritables familles nécessitant la protection et l'aide de l'État.

490. L'article L de la Loi fondamentale hongroise du 25 avril 2011, définit le mariage comme « *l'union pour la vie en commun d'un homme et d'une femme établie par une décision*

⁵¹⁷ V. PILINKAITE-SOTIROVIC, L'égalité des genres dans la politique familiale de la Lituanie. L'influence des discours conservateurs sur la famille, le congé parental et la conciliation de la vie familiale – vie professionnelle, Politiques sociales et familiales 2014, Dossier Genre, famille et État en Europe centrale et orientale, p. 25-36.

⁵¹⁸ Ainsi, selon le projet de loi sur l'aide à la famille, l'État reconnaît que le rôle primordial joué par les femmes dans la reproduction et l'éducation des enfants permet de contribuer au bien-être étatique et à l'intérêt général. En conséquence, le pouvoir étatique doit permettre à ces femmes d'être déchargées de leurs obligations professionnelles afin qu'elles puissent se dédier entièrement à leur foyer (Art. 2.4 « *Valstybė išskirtinai pripažįsta, kad moteris, gimdydama vaikus ir rūpindamasi šeimos namais, suteikia valstybei tokią paramą, be kurios bendroji gerovė negalėtų būti pasiekta. Todėl valstybė privalo stengtis, kad moteris, auginanti mažametį vaiką, dėl ekonominių nepriteklių nebūtų verčiama dirbti ir tuo pačiu apleisti savo atsakomybę už rūpinimąsi šeimos namais* »).

⁵¹⁹ Ainsi, la loi sur l'assurance sociale couvrant la maladie et la maternité (*Law on Sickness and Maternity Social Insurance*) s'applique à l'égard des membres de la famille lesquels sont identifiés par l'article 3 comme étant l'époux, l'enfant (ou l'enfant adopté), le père, la mère (adoptifs ou non).

⁵²⁰ Resolution no. X-1569 of the 3rd June 2008 on the *Approval of the State Family Policy Concept*.

⁵²¹ Selon l'article 1.4 de ladite Loi, « The family is the principal good of the society, arising from human nature and based on voluntary matrimonial pledge of man and woman to devote their life to developing family relations, ensuring the welfare of all family members – man and woman, children of all generations and the development of a healthy society, the vitality and creativity of the people and the state ».

⁵²² Article 1.6.7 : « Marriage is a voluntary agreement between a man and a woman to create legal family relations executed in the procedure provided for by law ».

⁵²³ Article 1.5.1 : « This concept shall not cover a variety of family types found throughout the private and cultural sectors » ; Article 1.5.2 : « The concept is based on the provision that protecting motherhood, fatherhood and childhood the state protects all the persons directly linked by « kin » connection, mutual assistance and common household. Care of orphans, single mothers (fathers) and their children, the children of cohabitants shall fall within the sphere of regulation of other legal acts ».

délibérée ». Selon le même article, la Hongrie protège également la famille, « *en tant que fondement de la vie de la nation* ».

491. L'article 48 de la Constitution⁵²⁴ roumaine confère une protection juridique à la famille résultant du mariage et des rapports entre les parents et leurs enfants. Se fondant sur une conception conservatrice de la famille, le droit matériel roumain ne reconnaît pas les unions hors mariage et ne confère à ces dernières aucun statut juridique particulier. Si l'altérité sexuelle n'est pas inscrite dans la Constitution, elle l'est, en revanche, dans le Code civil dont l'article 259 al. 1^{er} dispose que le « *mariage est l'union librement consentie entre un homme et une femme, conclue en vertu de la loi* ».

492. L'article 277 du même Code prohibe expressément le mariage entre personnes de même sexe⁵²⁵. Les relations entre les membres d'un couple, de même sexe ou de sexe différent, non marié ne sont pas appréhendées ni organisées par le droit et ces derniers demeurent de parfaits étrangers l'un vis-à-vis de l'autre. Sans être prohibé, le concubinage, défini par la doctrine comme « *l'union d'un homme et d'une femme qui vivent maritalement* »⁵²⁶, est ignoré par le droit matériel roumain malgré plusieurs propositions dans le sens d'une reconnaissance et d'une réglementation du concubinage⁵²⁷.

493. D'ailleurs, en décembre 2015, le Parlement roumain avait rejeté le projet de loi sur le partenariat enregistré dont l'objet était notamment d'ouvrir le mariage à des couples de personnes de même sexe. A l'initiative du gouvernement social-démocrate, un référendum, visant à pérenniser l'interdiction du mariage entre personnes de même en inscrivant l'altérité sexuelle dans la Constitution, fut alors organisé en octobre 2018. Cependant, en raison d'une très grande abstention, le référendum fut invalidé laissant le débat ouvert.

494. La question de la reconnaissance juridique des unions entre personnes de même sexe continue de soulever de nombreux débats au sein de la société civile roumaine incitant le juge

⁵²⁴ Selon l'article 48 al. 1^{er}, « *la famille est fondée sur le mariage librement consenti entre les conjoints, sur leur égalité et sur le droit et le devoir des parents d'assurer la croissance, l'éducation et l'instruction des enfants* ».

⁵²⁵ Selon cet article, « *le mariage entre personnes de même sexe est interdit* ».

⁵²⁶ G. LUPSAN, *Le droit de la famille*, 2001, Ed. Junimea. Une telle définition confère au concubinage un caractère exclusivement hétérosexuel.

⁵²⁷ A. DOHOTARIU, « La vie à deux hors mariage : du juridique au politique dans le postcommunisme roumain, in Dossier : Genre, famille et État en Europe centrale et orientale », *Politique sociales et familiales* 2014, n°115, pp. 37-45.

constitutionnel à prendre position. Au cours de l'année 2016, un comité de réflexion soutenu par l'Église, La Coalition pour la famille (*Coaliția pentru Familie*), avait, conformément à l'article 150 al. 2 de la Constitution, lancé une initiative populaire visant à modifier l'article 48 alinéa 1^{er} de la Constitution.

495. Le projet de révision constitutionnelle visait à redéfinir le mariage comme « *l'union librement consenti entre un homme et une femme* ». Se prononçant sur cette initiative, la Cour constitutionnelle roumaine a, dans une décision du 20 juillet 2016⁵²⁸, admis sa constitutionnalité. En outre, conformément aux dispositions de l'article 277 al. 2 CC, « *les mariages entre personnes de même sexe conclus ou contractés à l'étrangers par des citoyens roumains ou des par des citoyens étrangers ne sont pas reconnus en Roumanie* »⁵²⁹.

496. La disparité législative existant sur le territoire européen combinée à une forte mobilité internationale peut favoriser la formation de statuts boiteux. Les exemples sont légion en la matière. Prenons par exemple le cas d'un ressortissant roumain qui se marie avec son compagnon de longue date, national français. Le mariage est célébré en France et est parfaitement valable. Les époux vivent de nombreuses années en France jusqu'au jour où l'époux, de nationalité bulgare, obtient un emploi en Bulgarie. Les époux décident alors d'entamer des démarches pour aller vivre, en tant qu'époux en Bulgarie, mais se heurte à un refus des autorités du pays.

497. Le mariage ainsi célébré peut aisément être qualifié de mariage « boiteux » : légalement célébré et, en conséquence, reconnu en France et probablement dans une grande majorité d'Etats européens, il est pourtant inexistant au regard des autorités bulgares. Une telle situation est susceptible de conduire à de fâcheuses conséquences notamment en matière alimentaire. *Quid*, en cas de détresse matérielle de l'un des époux qui espère obtenir de l'autre des aliments ?

⁵²⁸ Décision n.580/2016 du 20 juillet 2016. Voir notamment, E.-S. TANASESCU, Roumanie, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2017, p. 901-910.

⁵²⁹ Il en résulte qu'un mariage conclu entre un citoyen Français et un citoyen Belge ou entre deux citoyens Français ne pourrait être reconnu en Roumanie. Sur cette question, voir les développements relatifs à la circulation des institutions familiales.

498. Pour certains, l'hypothèse, par exemple, du mariage « *boiteux* » serait théorique : en effet, il suffirait dès lors pour le couple candidat au mariage désireux de revenir s'établir au sein d'un ordre juridique prohibitif de renoncer à un projet « *risquant fort d'être inutile* »⁵³⁰.

De même, si l'union est plus importante pour un couple de personnes de même sexe que le maintien du centre de leurs intérêts dans un pays prohibant leur union, alors ce même couple devra nécessairement s'établir dans un ordre juridique permissif⁵³¹.

499. Ces solutions, si elles ont le mérite d'assurer la paix des États, ne sont guère satisfaisantes et semble être empreintes d'un certain fatalisme. Les personnes de même sexe mariées ne pourraient alors circuler librement au sein de l'espace européen et pourraient être contraintes de sacrifier certains de leurs droits fondamentaux.

§ 2. La résistance de certains ordres juridiques nationaux à l'admission de nouveaux modes d'établissement de la filiation

500. Parmi les techniques de procréation médicalement assistées, la gestation pour autrui est celle sur laquelle il n'existe aujourd'hui une grande divergence au sein des États européens. La gestation pour autrui ne fait l'objet d'aucun encadrement juridique commun aux États que ce soit dans le cadre de l'Union européenne ou en droit international, et les projets de la Conférence de La Haye ne semblent pas prêt à aboutir⁵³². La prohibition ou l'admission de la gestation pour autrui relève en réalité d'un choix de société propre à chaque État. On l'a vu, certains États, parmi lesquels la Grèce, l'Ukraine ou encore le Royaume-Uni ont une approche plutôt libérale et ont admis la licéité de la maternité de substitution⁵³³. D'autres États, au contraire, au rang desquels la France la Suisse, l'Italie, l'Allemagne ou encore l'Espagne ont adopté une approche relativement restrictive de la pratique et l'interdisent expressément sur leur territoire, et se sont à cet effet, doté d'un arsenal juridique en vue de lutter efficacement

⁵³⁰ D. BUREAU, Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité, in *Les relations privées internationales*, Mélanges en l'honneur du Professeur B. AUDIT, Paris 2014, p. 155.

⁵³¹ D. BUREAU, *op. cit.*

⁵³² Dans son avis n° 126 en date du 15 juin 2017, le Comité Consultatif National d'Éthique préconisait l'élaboration d'une convention internationale pour l'interdiction de la gestation pour autrui. Voir également, H. FULCHIRON, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale », *Journal du droit international (Clunet)*, n°2, avril 2014 *A contrario*, voir AS/Soc (2005) 9 révisé 2, 5 juillet 2005, « Pour une reconnaissance et un encadrement de la maternité de substitution, une alternative à la stérilité », Rapporteur, M. HANCOCK, Royaume-Uni.

⁵³³ Voir ce travail, Titre 2 – Chapitre 1, §2, p. 145 et suivantes.

contre le recours à cette technique⁵³⁴. Ils ont alors prévu un encadrement légal de celle-ci et autorisent sa pratique dans un cadre altruiste ou commercial.

501. Nous aborderons successivement la situation de l'Italie (A), de la Suisse (B), de l'Allemagne (C) et, enfin, de l'Espagne (D) avant d'aborder deux projets de convention en cours : le premier émanant de la Conférence de La Haye et le second émanant des autorités de l'Union européenne (E).

A. La législation italienne

502. En Italie, la question des maternités de substitution est apparue sur le devant de la scène à la fin des années 1980, époque où les techniques de procréations médicalement assistées se sont considérablement répandues.

L'article 42 du Code de déontologie de l'Ordre des médecins⁵³⁵, en vigueur depuis 1995, avait pu fonder une interdiction de la pratique dès lors que ses dispositions prohibaient à tout médecin de mettre en œuvre toutes formes de maternité de substitution. Cependant, à l'instar de la législation française, la législation italienne ne contenait aucune interdiction expresse de la gestation ou de la procréation pour autrui. En revanche, certaines dispositions légales réprimaient certains effets de la maternité de substitution dont la remise de l'enfant aux parents d'intention. L'article 71.1 de la loi du 4 mai 1984 relative à l'adoption sanctionne d'une peine privative de liberté d'un à trois ans quiconque qui, en violation des règles relatives à l'adoption confie un mineur à un tiers. L'article 567 du Code pénal⁵³⁶ sanctionne également d'une lourde peine le fait de falsifier le certificat de naissance d'un nouveau-né. En outre, l'article 5 du Code civil⁵³⁷ consacre le principe de l'indisponibilité du corps humain en vertu duquel le corps humain ne peut faire l'objet d'une convention.

503. La jurisprudence s'était prononcée sur la question de la validité des conventions de gestation pour autrui faisant alors émerger deux courants opposés.

⁵³⁴ Voir ce travail, Première partie – Chapitre 1, Section 2.

⁵³⁵ Selon cet article : « *Le tecniche di procreazione umana medicalmente assistita hanno lo scopo di ovviare alla sterilità. E' fatto divieto al medico, anche nell'interesse del bene del nascituro, di attuare: a) forme di maternità surrogata (...)* ».

⁵³⁶ En vertu de cet article, « *Si applica la reclusione da cinque a quindici anni a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità* ».

⁵³⁷ En vertu duquel, « *Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume* ».

504. Ainsi, dans une décision en date du 27 octobre 1989, le Tribunal de Première instance de Monza⁵³⁸, se fondant sur l'article 5 du Code civil italien, le juge avait déclaré nulle, pour contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs, la convention de procréation pour autrui conclue entre les parents d'intention et la mère porteuse. Dans le cadre de cette convention, la mère porteuse, qui avait également fourni son matériel génétique, s'était engagée, en échange d'une rémunération, à être inséminée avec les gamètes du père d'intention puis à porter l'enfant avant de le remettre, à sa naissance, aux parents d'intention, acceptant ainsi d'abandonner, au profit de ces derniers, ses droits parentaux. Devant le juge, les parents d'intention avaient sollicité la reconnaissance de leur lien de filiation à l'égard de l'enfant né. Cette demande fut rejetée par le juge qui, se fondant sur l'article 269, par. 3 du Code civil italien⁵³⁹, rappela que la mère est celle qui a porté l'enfant avant de lui donner naissance. A la différence de la Cour de cassation qui avait considéré, dans l'arrêt *Alma Mater*, que l'adoption effectuée après une maternité pour autrui constituait une « détournement de l'institution de l'adoption », dans l'arrêt précité, le juge italien a cependant admis que la mère d'intention pouvait adopter l'enfant.

505. A l'inverse, dans une décision en date du 17 février 2000, le Tribunal de Première instance de Rome s'était prononcé en faveur d'une gestation pour autrui. Le cas concernait un couple se trouvant dans l'incapacité d'avoir des enfants en raison d'une malformation de l'utérus de la femme. A partir du matériel génétique des parents, plusieurs embryons furent créés puis préservés. Les parents entrèrent alors en contact avec une femme qui accepta de porter et de donner naissance à leur enfant, sans contrepartie aucune. Ils demandèrent alors au médecin de procéder à l'implantation d'un embryon dans le corps de la mère porteuse. Considérant que les dispositions du Code de déontologie de l'ordre des médecins prohibait une telle pratique, le médecin refusa d'assister le couple.

Le couple saisit alors un juge et sollicita auprès de celui-ci qu'il autorise le médecin à procéder à l'implantation de l'embryon dans l'utérus de la mère porteuse conformément à l'accord intervenu entre eux. Tout en se fondant sur les mêmes dispositions que ses pairs quelques années auparavant, le Tribunal de première instance de Rome a développé, à l'inverse, un raisonnement tout à fait opposé. En effet, le juge a considéré que le contrat liant les parents d'intention à la mère porteuse était valide et a alors demandé au médecin, sans toutefois le

⁵³⁸ Trib. Monza, 27 octobre 1989, Giur. It., 1990, I, 2, 295, note de G. Palmieri.

⁵³⁹ Selon lequel « la maternité découle de l'identité de celui qui se prétend être le fils et dont la vie a été donnée par une femme, laquelle reconnaît en être mère ».

contraindre, à assister les parents dans leur désir d'avoir un enfant. Dans ce cas d'espèce, le juge a considéré que la convention conclue entre les parents d'intention et la mère porteuse était moralement acceptable en raison du caractère altruiste de l'accord. En outre, la juridiction saisie a également décidé que les conventions de mère porteuse ne sont pas incompatibles avec les principes fondamentaux du droit dès lors que la femme gestatrice a consenti sans contrepartie financière et qu'elle n'entretient avec l'enfant aucun lien génétique. Le juge a également considéré que la maternité de substitution ne constituait pas une violation de l'article 5 de la Constitution en raison de la nature temporaire de la grossesse.

506. Finalement, en 2004, à l'issue d'une longue procédure marquée par de virulents débats et de fortes oppositions au sein du Parlement⁵⁴⁰, le législateur italien s'est doté d'un arsenal juridique particulièrement restrictif à l'égard des procréations médicalement assistées dont l'objectif est d'en limiter l'accès au possible. La loi soumet en effet à des conditions très strictes le recours aux techniques de procréation médicalement assistée⁵⁴¹ : seuls les couples dont les membres sont majeurs, de sexe opposé⁵⁴² mariés ou vivant en concubinage⁵⁴³ peuvent y avoir accès. En outre, la procréation hétérologue, c'est-à-dire avec un tiers donneur de sperme, d'ovocytes ou d'un embryon est prohibée⁵⁴⁴. Les parents désireux de recourir à une procréation médicalement assistée n'ont d'autres choix que d'utiliser leur propre matériel génétique ce qui exclue de la loi un grand nombre de couples stériles et soulève la question de l'utilisation des techniques de reproduction assistée pour prévenir la transmission à l'enfant de maladies dont seraient porteurs les parents. A cet égard, dès lors que le couple a consenti à la procréation médicalement assistée, la femme ne peut échapper à l'implantation d'un embryon qui serait mal formé. Dans une décision en date du 3 mai 2004⁵⁴⁵, soit peu après l'entrée en vigueur de la loi, le Tribunal de Catane avait rejeté la demande d'un couple, porteur sain d'une grave maladie

⁵⁴⁰ La question de la procréation médicalement assistée a suscité de fortes oppositions entre la droite, plutôt favorable au texte et, la gauche qui y était hostile. Un mur s'est également formé entre les catholiques, favorables à l'adoption de la loi et les laïcs qui y étaient opposés. Enfin, lors des débats relatifs à l'adoption de la loi, certaines députées se sont réunies sous la bannière du Parti des femmes afin de dénoncer une loi « dangereuse et violente à l'égard des femmes » et « humiliante pour les italiennes ». Ce parti rassemblait Alessandra Mussolini, alors membre de l'Alliance nationale, parti politique de droite, aujourd'hui dissous, Maura Cossuta, membre du Parti communiste italien, devenu aujourd'hui Parti communiste italien, Roberta Pinotti, alors membre des démocrates de gauche, Chiara Moroni, membre du parti socialiste italien, Luana Zanella, membre de la fédération des Verts et enfin Elettra Deiana, membre du parti de la « refondation communiste » (*Rifondazione comunista*).

⁵⁴¹ Article 5 de la loi 40/2004.

⁵⁴² Certains députés (appartenant au parti *Rifondazione comunista*) avaient toutefois proposé d'ouvrir la voie des procréations médicalement assistées aux couples composés de deux personnes de même sexe.

⁵⁴³ Certains députés avaient marqué leur volonté d'exclure du champ d'application de l'article 5 les personnes vivant en concubinage.

⁵⁴⁴ Article 4.3 de la loi 40/2004.

⁵⁴⁵ Tribunale di Catania, 1 sezione civile, 3 mai 2004.

génétique, de soumettre les embryons conçus après fécondation *in vitro* à un diagnostic préimplantatoire afin de s'assurer que l'enfant à naître ne soit pas atteint de cette maladie. Se fondant sur une application stricte et littérale de l'article 14 de la loi⁵⁴⁶, le juge avait considéré que la loi ne permettait pas la réalisation d'un tel diagnostic et que les embryons devaient être implantés malgré le risque existant⁵⁴⁷.

507. Présentée comme une loi controversée⁵⁴⁸ et comme l'une des plus restrictives en Europe⁵⁴⁹, la loi du 19 février 2004 relative à la procréation médicalement assistée prohibe expressément toute forme de maternité de substitution ainsi que toute publicité à cet effet⁵⁵⁰. Les sanctions encourues sont particulièrement sévères et peuvent varier d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à deux ans ou une amende pouvant aller jusqu'à un million d'euros. Sont visés par ces sanctions les médecins ayant pratiqué une technique de procréation prohibée par la loi. Ils risquent également de voir prononcer à leur encontre une suspension d'exercice pouvant aller jusqu'à trois ans. Bien que la législation reste muette sur la question, une partie de la doctrine italienne se fondant sur une interprétation *a contrario* de la loi considère que les parents d'intention tout comme la mère porteuse doivent être sanctionnés⁵⁵¹. En effet, le point 8 de l'article 12 de la loi du 19 février 2004 qui prévoit des dispenses de sanctions pénales pour

⁵⁴⁶ Aux termes duquel « 1. It prohibited the removal and cryopreservation of embryos, except as provided by law May 22, 1978, No 194.

2. The techniques of embryo production, taking account of technical- scientific and the provisions of Article 7, paragraph 3 , shall not create a number of embryos than is absolutely necessary for a unique, contemporary facility, not exceeding three.

3. When the transfer of embryos in the uterus is not possible for serious and documented reasons of force majeure on the health status of women is not foreseeable at the time of fertilization is allowed the cryopreservation of embryos themselves until the date of transfer, to be implemented as soon as possible.

4. For the purposes of this law on medically assisted procreation is prohibited embryonic reduction of multiple pregnancies, except as provided by law May 22, 1978, No 194.

5. The entities referred to in Article 5 shall be informed about the number and, upon their request, the health of embryos and transferred into the uterus.

6. The violation of the prohibitions and obligations in the preceding paragraphs shall be punished with imprisonment up to three years and a fine ranging from 50,000 to 150,000 euros.

7. Is the suspension up to one year from the professional to the operator a health profession convicted of an offense under this article”.

⁵⁴⁷ Pour une critique de cette décision, voir Rachel Anne Fenton, *Catholic Doctrine versus Women's rights : The New Italian Law on Assisted Reproduction*, *Medical Law Review* 2006, 14, pp 73-107.

⁵⁴⁸ Caroline Salvi, *La loi italienne sur la procréation assistée : une loi controversée*, *Droit et cultures* 2006, n°51, pp. 161-167.

⁵⁴⁹ Rachel Anne Fenton, *op. cit.*

⁵⁵⁰ Article 12. 6 de la loi en vertu duquel, « Whoever, in any form, produces, arranges or advertises the sale of gametes or embryos or subrogation of motherhood is punished with imprisonment from three months to two years and a fine ranging from 600,000 to one million euros ».

⁵⁵¹ European Parliament 2013, *A Comparative Study on the Regime of the Surrogacy in EU Member States*, p. 294.

les personnes agissant dans le cadre des points 1, 2, 4 et 5. En revanche, cet article ne fait aucune mention du point 6 relatif aux maternités de substitution.

508. La législation italienne prévoit également la nullité de plein droit de toute convention de gestation pour autrui y compris si celle-ci a été conclue dans un État étranger admettant de tels procédés⁵⁵². Enfin, en cas de convention conclue en violation de la législation en vigueur, la mère d'intention ne pourra pas être reconnue comme la mère juridique de l'enfant.

Cette interdiction se justifie notamment par le fait que la maternité de substitution remet en cause l'établissement du lien de filiation maternelle et bouleverse le schéma filial traditionnel. Ainsi, à l'instar d'un grand nombre d'États européens, la filiation maternelle est déterminée par l'accouchement. Ainsi, selon l'article 269 alinéa 3 du Code civil italien⁵⁵³, « la maternité découle de l'identité de celui qui se prétend être le fils et dont la vie a été donnée par une femme, laquelle reconnaît en être mère ». En outre, les accords portant sur une maternité de substitution seraient illicites au regard de l'article 2 de la Constitution italienne⁵⁵⁴ lequel garantit les droits inviolables de l'homme au rang desquels figure le respect de la dignité humaine.

B. La législation suisse

509. En Suisse, conformément aux dispositions de l'article 252 du Code civil, la filiation à l'égard de la mère résulte de la naissance tandis que la filiation paternelle est établie par son mariage avec la mère, par sa reconnaissance ou encore par jugement. Le processus biologique est donc fondamental et repose, comme dans de nombreux ordres juridiques, sur l'adage latin *mater semper certa est*. Les règles relatives à l'établissement du lien de filiation reposent sur la procréation naturelle et impliquent en conséquence un acte sexuel et une naissance. La femme qui a accouché jouit alors de plusieurs qualités : elle est considérée comme étant la mère génétique de l'enfant, en ce sens qu'elle a, en principe, fournit ses ovules, elle est également sa mère biologique, puisqu'elle a accouché et enfin, dès lors qu'elle entend élever son enfant, elle est sa mère sociale. Parce qu'elle entrave l'établissement d'un lien de filiation selon les règles

⁵⁵² Pour une étude de droit comparé plus complète, voir L. LORENZINI, « Gestation pour autrui : entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant. – Analyse de droit comparé (droit français et droit italien) au regard de la position de la CEDH, *Journal du droit international (Clunet)*, n°3, Juillet 2007, doct. 10.

⁵⁵³ Article 269 *Codice Civile*, « La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre ».

⁵⁵⁴ Selon cet article, « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, comme individu et comme membre de formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé ».

posées par le Code civil et rompt avec ce schéma, la maternité de substitution est formellement interdite.

510. Adoptée sur le fondement de l'article 119 de la Constitution fédérale⁵⁵⁵, la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (ci-après « LPMA ») prohibe expressément, en son article 4,⁵⁵⁶ les maternités de substitution⁵⁵⁷. L'interdiction, en Suisse, de la maternité de substitution vise à la protection de la dignité de la mère porteuse, de la dignité et de l'intérêt de l'enfant à naître⁵⁵⁸. En outre, l'article 31 de la LPMA puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une amende pécuniaire quiconque applique une méthode de procréation médicalement assistée à une mère de substitution ou sert d'intermédiaire dans un tel procédé. Toutefois, contrairement au droit français, le droit suisse ne prévoit aucune sanction pénale à l'égard des parents d'intention ou de la mère porteuse. Les parents d'intention s'exposent à la seule sanction de voir leur projet parental échouer. En effet, un contrat organisant une maternité de substitution serait nul conformément aux dispositions de l'article 20⁵⁵⁹ de la Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil et ne pourrait donc faire l'objet d'aucune exécution. L'enfant né sur le territoire suisse dans le cadre d'une maternité de substitution verra alors sa filiation établie à l'égard de la gestatrice.

⁵⁵⁵ Conformément auquel, « L'être humain doit être protégé contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique. La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et respecte notamment les principes suivants :

- a. toute forme de clonage et toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes et d'embryons humains sont interdites ;
- b. le patrimoine génétique et germinal non humain ne peut être ni transféré dans le patrimoine germinal humain ni fusionné avec celui-ci ;
- c. le recours aux méthodes de procréation médicalement assistée n'est autorisé que lorsque la stérilité ou le danger de transmission d'une grave maladie ne peuvent être écartés d'une autre manière, et non pour développer chez l'enfant certaines qualités ou pour faire de la recherche; la fécondation d'ovules humains hors du corps de la femme n'est autorisée qu'aux conditions prévues par la loi; ne peuvent être développés hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryon que le nombre d'ovules humains nécessaire à la procréation médicalement assistée.
- d. le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits ;
- e. il ne peut être fait commerce du matériel germinal humain ni des produits résultant d'embryons ;
- f. le patrimoine génétique d'une personne ne peut être analysé, enregistré et communiqué qu'avec le consentement de celle-ci ou en vertu d'une loi ;
- g. toute personne a accès aux données relatives à son ascendance ».

⁵⁵⁶ En vertu duquel, « Le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution sont interdits ».

⁵⁵⁷ L'article 2 de la LPMA définit la mère de substitution comme « la femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement ».

⁵⁵⁸ Ainsi, selon un message du Conseil fédéral, « Toutes les formes de maternité de substitution doivent être interdites. Elles ravalent la femme au rang de l'objet et elles sont particulièrement discutables par rapport à l'enfant, qui est assimilé à une marchandise pouvant être commandée à un tiers. Il est dans l'intérêt de la mère de substitution d'interdire cette pratique qui la mettra dans une situation conflictuelle entre le lien psychique qui la lie à son enfant et l'engagement qu'elle a pris envers les parents sociaux », Message relatif à la LPMA, FF 1996 III 273.

⁵⁵⁹ Selon lequel, « Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs ».

C. La législation allemande

511. En Allemagne, plusieurs séries de dispositions législatives prohibent le recours aux maternités de substitution. Ainsi, la loi du 13 décembre 1990 sur la protection de l’embryon (« *Embryonenschutzgesetz* ») punit d’une peine d’emprisonnement pouvant aller jusqu’à trois ans ou d’une amende quiconque prend part à une gestation pour autrui⁵⁶⁰. La loi punit également toute personne apportant une aide à des parents d’intention⁵⁶¹. Les personnes facilitant la mise en place d’un procédé de gestation pour autrui peuvent également être sanctionnés sur le fondement de la loi du 1^{er} janvier 1977 sur la médiation en matière d’adoption (« *Adoptionsvermittlungsgesetz* »)⁵⁶². Contrairement au droit français, le droit allemand ne fonde pas de sanction à l’égard des parents d’intention ou de la mère porteuse. Cependant, les dispositions de l’article 236 du Code pénal pourrait éventuellement fonder une sanction à l’égard des parents d’intentions et de la mère porteuse mais dans le seul cas où la gestation pour autrui aurait été conclue à titre onéreux. Enfin, l’article §1591 du Code civil⁵⁶³ (*Bürgerliches Gesetzbuch*) consacre l’adage latin en vertu duquel la mère de l’enfant est celle qui accouche. Si le Code civil ne prohibe pas expressément le recours aux gestations pour autrui, l’article §1591 du BGB y fait néanmoins obstacle. Le lien de filiation entre l’enfant né à l’issue d’un tel procédé et la mère d’intention ne pourra pas être établi.

D. La législation espagnole

512. En Espagne, l’interdiction de la maternité pour autrui a été déterminée par la loi du 22 novembre 1988 relative aux techniques de procréation médicalement assistée. Cette interdiction a, ensuite, été confirmée par l’article 10 alinéa 1^{er} de la loi relative aux techniques de reproduction humaine assistée du 26 mai 2006 aux termes duquel « *sera nul de plein droit le contrat par lequel est convenue la gestation, à titre onéreux ou gratuit d’une femme qui renoncera à la filiation maternelle en faveur du cocontractant ou d’un tiers* ». Conformément à l’alinéa 2 dudit article, « *la filiation des enfants nés à l’issue d’une maternité de substitution sera déterminée par l’accouchement* ». Enfin, l’article précité laisse la possibilité au père

⁵⁶⁰ § 1 de la loi du 13 décembre 1990, disponible sous <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/ESchG.pdf> (dernière consultation le 3 mars 2020).

⁵⁶¹ Il peut s’agir de personnes intervenant à titre professionnel ou encore de personnes mettant en relation des couples désireux d’être parents avec des mères porteuses.

⁵⁶² Loi *Adoptionsvermittlungsgesetz* du 1^{er} janvier 1977 disponible sous https://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/BJNR017620976.html, dernière consultation le 3 mars 2020.

⁵⁶³ En vertu duquel, « *The mother of a child is the woman who gave birth to it* ».

biologique de l'enfant né dans le cadre d'une gestation pour autrui de revendiquer la paternité conformément aux règles de droit commun.⁵⁶⁴.

513. Des sanctions sont également prévues à l'encontre des parents d'intention ou du personnel médical en cas de manquement aux dispositions de l'article précité. La législation espagnole prévoit ainsi une peine d'amende pouvant aller de 10.000 à 1 million d'euros ainsi que la fermeture de l'établissement médical ayant offert ses services aux parents d'intention.

C'est en considération du principe de l'indisponibilité de l'état civil des personnes et conformément au principe du respect de la dignité humaine que le législateur espagnol a prohibé le recours à toute gestation pour autrui.

Conclusion. Il existe donc au sein des Etats européens une très grande disparité du droit matériel en matière de maternité de substitution. Si chaque Etat conserve la maîtrise sur la question de savoir s'il convient ou non d'admettre un tel procédé, une telle disparité n'a pourtant pas vocation à rester enfermée dans les frontières de chaque Etat.

⁵⁶⁴ Certains auteurs ont cependant eu une lecture assez libérale de cet article en considérant qu'il ne fondait pas une interdiction de la gestation pour autrui en tant que telle mais simplement de la convention organisant un tel procédé. Cette position a notamment été défendue par M. Atienza, De nuevo sobre las madres de alquiler, El notario del siglo XXI, septembre-octobre 2009, n. 27, disponible sous <http://www.elnotario.es/opinion/opinion/1446-de-nuevo-sobre-las-madres-de-alquiler-0-45517130145353385>, dernière consultation le 5 mars 2020.

E. La mise en place d'une coopération étatique en matière de filiation

514. La question de l'admission de la gestation pour autrui déclenche les passions et alimente de longs débats à la fois philosophiques, éthiques et juridiques. Certains États prohibent strictement la pratique⁵⁶⁵, tandis que d'autres la tolèrent ou l'autorisent⁵⁶⁶.

Parmi ces États, les Etats-Unis offrent un système particulièrement libéral avec un développement accru des cliniques spécialisées lesquelles fixent non seulement leurs propres règles mais également leurs honoraires⁵⁶⁷.

Ce système particulièrement laxiste, combiné à l'affranchissement des frontières, encourage fortement les personnes à se déplacer et favorise ainsi le « tourisme procréatif »⁵⁶⁸.

Face à ce système libéral, la France, plus rigoureuse, prohibe et condamne le procédé.

Dans un monde globalisé où la mobilité est facilitée et aisée, les personnes désireuses de fonder une famille n'hésitent plus à franchir la frontière et à se rendre au sein d'un ordre juridique autorisant la gestation pour autrui pour y avoir recours, plaçant ensuite les autorités françaises devant le fait accompli⁵⁶⁹.

Pendant de longues décennies, l'ordre juridique français s'était refusé à reconnaître les effets d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Cette position a été sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme ce qui a contraint la France à infléchir sa jurisprudence.

515. Les gestations pour autrui transfrontières, de plus en plus fréquentes, soulèvent de délicates problématiques de droit international privé. Le refus, par l'ordre juridique du for, de reconnaître les effets d'une gestation pour autrui effectuée à l'étranger remet en cause la stabilité du statut personnel de l'enfant né à l'issue du procédé et favorise ainsi la création de situations boiteuses.

516. Ces situations ne sont pas sans danger sur un plan juridique. Elles peuvent, en effet, laisser l'enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui, sans filiation rendant difficile la question de la détermination des personnes en charge de son entretien et de son éducation.

⁵⁶⁵ C'est le cas par exemple de la France, de la Suisse ou encore de l'Espagne.

⁵⁶⁶ C'est le cas par exemple, du Royaume-Uni, de la Grèce, de la Roumanie, de l'Ukraine, de l'Inde, de la Californie ou encore du Texas.

⁵⁶⁷ G. KESSLER, Bioéthique - Le marché de la procréation : fatalité ou opportunité ? *Dr. Fam.* n° 10, octobre 2020, étude 24.

⁵⁶⁸ G. KESSLER, *op. cit.*; J. MESSINEO, « Libres propos – L'élaboration d'un traitement international des gestations pour autrui transfrontières », *Revue de droit international d'Assas*, n°1, janvier 2018, 28 ; J.-J. LEMOULAND, Le tourisme procréatif, *LPA*, n°62, 28 mars 2001, p. 24.

⁵⁶⁹ J. HAUSER, après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! *RTD civ.* 2014, p. 616 ; Y. LEQUETTE, De la proximité au fait accompli, *in* Mélanges en l'honneur du Professeur P. MAYER, 2015, LGDJ, pp. 481-518.

517. En outre, l'absence de convention internationale régulant la matière avait été dénoncée⁵⁷⁰ dès lors qu'une telle absence risquait fort de favoriser les mauvaises pratiques et l'exploitation⁵⁷¹ notamment des femmes.

518. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et celle du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ont instauré un système efficace aujourd'hui en vigueur dans un grand nombre d'États. En prenant appui sur le succès de ces conventions⁵⁷², l'idée a donc germé de mettre au point un instrument similaire dans le domaine des maternités de substitution.

519. Ainsi, dès les années 2010, la question était à l'étude au sein de la Conférence de La Haye⁵⁷³ (1). Les autorités européennes se sont également saisies de la question sous le prisme, plus général cependant, de celui de la filiation (2).

1. La mise en place d'une coopération internationale : le projet de convention de La Haye sur la filiation

520. Le Conseil de 2015 sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye a constitué un groupe chargé d'étudier l'opportunité et la « faisabilité » d'un ou plusieurs instruments de droit international privé sur la filiation⁵⁷⁴.

Il faut dire que la tâche s'avère délicate et assez rude tant les législations sont divergentes et la question de la gestation pour autrui particulièrement sensible.

⁵⁷⁰ J.-J. LEMOULAND, op. cit.

⁵⁷¹ J. MESSINEO, op. cit.

⁵⁷² H. BAKER, A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are These 'Lessons' to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention? in K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT (dirs.) International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level, Portland, Hart, 2013. Dans sa communication, cette auteur avait mis en avant les difficultés juridiques découlant de l'absence d'une réglementation internationale en matière d'adoption internationale.

⁵⁷³ Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international, note établie par le bureau permanent : Conf. La Haye de droit international privé, 2011, p. 21.

⁵⁷⁴ Les différents rapports de ce groupe peuvent être consultés sur le site de la Conférence : <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (dernière consultation le 20 janvier 2023). Les travaux ont commencé en 2011 et le rapport final a été déposé en novembre 2022.

521. Dans le cadre de son étude, la Conférence de La Haye a mis au point plusieurs questionnaires destinés à des praticiens du droit, des professionnels de la santé, des agences de maternité de substitution et des États membres de la Conférence.

522. Les questions ont été articulées autour de deux préoccupations principales : d'une part, le statut juridique des enfants nés à l'issue d'une gestation pour autrui transfrontière et, d'autre part, la garantie des droits, notamment de la mère porteuse et la prise en compte du bien-être de l'enfant⁵⁷⁵.

523. La prise en compte de ces préoccupations conduit nécessairement à envisager un instrument hybride instituant des règles de droit international privé dans un contexte dans lequel les droits de l'homme ont une place centrale⁵⁷⁶.

524. Le rapport final met en évidence la nécessité de consacrer deux instruments distincts : une convention sur la filiation d'une part et un protocole portant sur la filiation résultant d'une convention de gestation pour autrui d'autre part.

a) Le projet de Convention sur la filiation

525. La convention devrait s'appliquer à la filiation de toute personne indépendamment de son âge. Serait cependant exclues de son champ d'application les filiations résultant d'une gestation pour autrui transfrontière et celles résultant d'une adoption internationale dès lors que cette dernière fait déjà l'objet d'une convention⁵⁷⁷.

526. Sur la question de la reconnaissance de la filiation établie ou contestée par une décision judiciaire, il a été recommandé de mettre en place une reconnaissance de plein droit, sans révision de la décision et sans qu'une procédure ne soit nécessaire dans l'État requis.

⁵⁷⁵Ces préoccupations concernent notamment l'exploitation des personnes vulnérables dans les pays pauvres. LA disparité économique existant aujourd'hui au sein de notre monde conduit les personnes les plus riches à se rendre dans les pays les plus pauvres de la planète afin d'avoir recours à une gestation pour autrui. L'exemple de l'Inde est, à cet égard, sans cesse évoqué.

⁵⁷⁶ I. THERY, A-M LEROYER, *Filiation, origines, parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile JACOB, 2014, p. 226.

⁵⁷⁷ Rapport final du Groupe d'experts sur le projet filiation / Gestation pour autrui, p. 15.

527. De manière assez classique, la reconnaissance pourrait être refusée notamment⁵⁷⁸ pour des motifs d'ordre public en tenant compte cependant de l'intérêt supérieur de l'enfant. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant est une nécessité que l'on retrouve également dans la Convention de La Haye relative à l'adoption internationale⁵⁷⁹. Eu égard à l'importance, pour un enfant, de voir sa filiation établie, les motifs d'ordre public de l'État requis, pouvant justifier une non-reconnaissance, devront, dans de nombreux cas, céder le pas face à l'intérêt supérieur de l'enfant⁵⁸⁰.

528. Lorsque la filiation a été établie en dehors de l'intervention d'une décision judiciaire, le groupe d'experts a proposé de soumettre la filiation à la loi de l'État de naissance de l'enfant. Cette loi présente l'avantage d'être facile à identifier et à appliquer par les autorités en charge d'enregistrer les déclarations de naissance.

En revanche, soumettre la filiation à la loi de l'État de naissance de l'enfant peut favoriser la *law shopping* et la recherche d'un ordre juridique avantageux. Cette situation conduira également à soumettre la filiation à la loi d'un État avec lequel l'enfant entretient très peu de liens⁵⁸¹.

529. Afin de prévenir cette difficulté, les experts ont préconisé un rattachement « de repli »⁵⁸² dans le cas où les parents ont peu de liens avec l'État de naissance de leur enfant. Dans ce cas, la filiation sera régie par la loi de l'État de la résidence habituelle de la personne qui a donné naissance à l'enfant. La Convention prévoirait également une règle d'exception applicable si l'intérêt supérieur de l'enfant le commande. Dans ce cas, la filiation sera régie par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant.

530. Eu égard au risque de *law shopping* en cas de soumission de la filiation à la loi de l'Etat de naissance de l'enfant, l'on se demande bien pourquoi les experts ne font pas l'économie de cette règle. La règle de repli ne devrait pas en être une et devrait intervenir à titre de règle générale.

⁵⁷⁸ Rapport final du Groupe d'experts sur le projet filiation / Gestation pour autrui, p. 17.

⁵⁷⁹ Aux termes de l'article 24 de la Convention, « La reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un État contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

⁵⁸⁰ Une prise en compte trop stricte des motifs d'ordre public viderait la Convention de tout sens. La raison d'être de cette Convention est d'éviter la naissance de situations boiteuses et la remise en cause du statut personnel d'un enfant en raison des circonstances de sa naissance.

⁵⁸¹ En effet, *quid* si l'enfant naît au cours de vacances à l'étranger ?

⁵⁸² Rapport final du Groupe d'experts sur le projet filiation / Gestation pour autrui, p. 20.

531. Cette convention ne serait donc pas applicable à la question des filiations issues d'une gestation pour autrui pour des considérations politiques. Il ressort en effet du Rapport final que « *pour respecter les préoccupations politiques de nombreux États et les diverses approches de la GPA dans le monde, l'option la plus faisable serait d'exclure la filiation résultant d'une convention de GPA internationale du champ d'application d'un instrument sur la filiation en général (une convention) et de la traiter dans un instrument à part (un protocole)* »⁵⁸³.

b) Le projet de protocole sur la filiation résultant d'une convention de gestation pour autrui

532. Le protocole serait donc applicable à l'établissement de la filiation d'un enfant né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui c'est-à-dire une convention conclue entre une mère porteuse et un ou des futurs parents d'intention. La convention doit avoir été conclue avant la conception de l'enfant et doit stipuler qu'à sa naissance, l'intention des parties sera que les parents d'intention soient les parents juridiques de l'enfant et que celui-ci leur soit donc confié⁵⁸⁴.

533. Comme dans le cadre de la Convention relative à la filiation en général, il est possible de consacrer une règle de reconnaissance de plein droit de la filiation établie à l'issue d'une gestation pour autrui. Cependant, l'objectif étant de réguler la pratique et de l'encadrer, une reconnaissance de plein droit sans aucun contrôle pourrait dissuader les États qui prohibent la pratique à l'instar de la France.

534. En revanche, subordonner la reconnaissance de la filiation à la réunion de certaines conditions pourrait encourager les États les plus réticents à adhérer. Cette solution aurait également l'avantage de préserver l'interdiction de la pratique en droit interne et sa cohérence tout en s'assurant que le statut de l'enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui ne sera pas remis en cause.

535. La reconnaissance pourrait ainsi être subordonnée à la vérification de la compétence internationale indirecte.

⁵⁸³ Rapport final du Groupe d'experts sur le projet filiation / Gestation pour autrui, p. 27.

⁵⁸⁴ Rapport final du Groupe d'experts sur le projet filiation / Gestation pour autrui, p. 26.

536. Le critère de rattachement proposé par les experts est celui de l'État de résidence habituelle de la mère porteuse lequel, en pratique, devrait correspondre à l'État de naissance. La reconnaissance pourrait être refusée pour des motifs d'ordre public ou encore de fraude.

537. La Conférence de La Haye n'a pas été la seule à se saisir de la question. La Commission européenne a très récemment adopté une proposition de règlement visant à harmoniser, au sein de l'Union européenne, les règles de droit international privé relative à la filiation.

2. *Le projet de règlement européen sur la compétence, la loi applicable et la reconnaissance des décisions et l'acceptation des actes authentiques en matière de parentalité et sur la création d'un certificat européen de parentalité.*

538. Dans son sur l'état de l'Union prononcé le 16 septembre 2020, la présidente de la Commission européenne, Ursula VON DER LEYEN a déclaré : « *Si vous êtes parent dans un pays, vous êtes parent dans tous les pays* »⁵⁸⁵.

539. La Commission européenne, se fondant sur le constat que la parentalité établie dans un État de l'Union européenne, peut être remise en cause dans un autre et compromettre les droits d'un enfant notamment en matière d'aliments a, en 2021, engagé des discussions en vue de parvenir à l'élaboration d'un instrument règlementaire destiné à régir la question de la filiation et de sa reconnaissance au sein de l'Union européenne⁵⁸⁶.

540. Il est apparu particulièrement nécessaire à la Commission européenne, dans un monde de plus en plus affranchi de toutes frontières, de garantir que la filiation établie dans un État membre sera reconnue dans tous les autres États membres.

541. La Cour de justice de l'Union européenne a pris position sur la question et les États membres sont tenus de reconnaître la filiation établie dans un autre État membre. Cependant, cette reconnaissance a une portée limitée dès lors qu'elle doit uniquement intervenir aux fins

⁵⁸⁵ Discours du l'état de l'Union 2020 : https://state-of-the-union.ec.europa.eu/system/files/2022-12/soteu_2020_fr.pdf (dernière consultation le 20 janvier 2023).

⁵⁸⁶ Voir l'Analyse d'impact : https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12878-Situations-familiales-transfrontieres-reconnaissance-de-la-parentalite_fr (dernière consultation le 20 janvier 2023).

de l'exercice des droits découlant du droit de l'Union en particulier de ceux conférés à l'enfant conformément à la législation applicable en matière de libre circulation⁵⁸⁷.

Les États membres ne sont donc pas tenus de reconnaître la filiation d'un enfant à d'autres fins ce qui peut entraîner des conséquences préjudiciables pour l'enfant notamment sur le terrain alimentaire.

542. Parallèlement à la création d'un statut boiteux, la non-reconnaissance de la filiation d'un enfant porte atteinte à ses droits fondamentaux au rang desquels son droit à une vie privée et familiale et au droit à son identité.

543. L'objectif des discussions menées par les autorités de l'Union européenne était donc de parvenir à l'adoption de règles communes visant d'une part, à garantir le respect des droits fondamentaux des enfants dans les affaires touchant à la reconnaissance de la filiation et, d'autre part, à garantir la sécurité, la prévisibilité et la continuité juridiques de la filiation au sein de l'Union européenne⁵⁸⁸.

544. Ces discussions ont donc conduit à l'adoption d'un projet de règlement européen sur la compétence, la loi applicable et la reconnaissance des décisions et l'acceptation des actes authentiques en matière de parentalité et sur la création d'un certificat européen de parentalité.

545. A l'instar du Règlement Aliments, la proposition vise à l'adoption d'un instrument complet régissant la question de la compétence, de la loi applicable et de la reconnaissance.

546. Aux termes de l'article 3 du règlement, ce dernier serait applicable aux questions civiles de la parentalité dans les situations transfrontières. En revanche, sont notamment exclues de l'application du Règlement les questions relatives l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage et celles concernant l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage ou d'une relation réputée avoir des effets comparables par la loi qui lui est applicable, telle qu'un partenariat enregistré.

⁵⁸⁷ S. CORNELOUP, « Du couple à l'enfant, les libertés de circulation poursuivent leur chemin », *Rev. crit. DIP* 2022, p.554.

⁵⁸⁸ Document de travail des services de la Commission – Résumé du Rapport d'analyse d'impact – SWD(2022) 392 final.

Il ressort de l'article 4 du Règlement que la parentalité se définit comme la relation parent-enfant telle qu'établie par la loi.

547. Conformément à l'article 6, sont compétentes pour statuer en matière de parentalité les juridictions de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant ou de la nationalité de l'enfant au moment où la juridiction est saisie, ou de la résidence habituelle du défendeur au moment de la saisine de la juridiction, ou de la résidence habituelle de l'un des parents au moment où la juridiction est saisie, ou de la nationalité de l'un des parents au moment où la juridiction est saisie, ou de la naissance de l'enfant. Il s'agit ici de critères alternatifs et non hiérarchisés.

548. L'article 7 prévoit une compétence fondée sur la présence de l'enfant sur le territoire de l'État membre. Dans ce cas, les juridictions de cet État seront compétentes pour statuer sur les questions liées à la parentalité si la compétence ne peut être déterminée conformément à l'article 6.

549. L'article 8 opère un renvoi aux règles de droit international privé de l'État membre du for lorsque la compétence ne peut être déterminée sur le fondement des articles 6 et 7 et enfin, l'article 9 consacre une règle de compétence fondée sur le for de nécessité.

550. L'article 10, intitulé *questions incidentes*, est une disposition plus originale. Aux termes du premier paragraphe de cet article, « *si l'issue d'une procédure engagée dans une affaire ne relevant pas du champ d'application du présent Règlement devant une juridiction d'un État membre dépend de la détermination d'un élément de preuve, une juridiction de cet État membre peut statuer sur cette question aux fins de cette procédure même si cet État membre n'est pas compétent en vertu du présent règlement* ».

Selon le second paragraphe, « *La détermination d'une question incidente en application du paragraphe 1 ne produit des effets uniquement dans le cadre de l'instance pour laquelle cette détermination a été faite* ».

551. Aux termes de l'article 17 du Règlement, « *La loi applicable à l'établissement de la filiation est celle de l'État de la résidence habituelle de la personne qui accouche au moment de la naissance ou, lorsque la personne qui accouche au moment de la naissance ne peut être déterminée, la loi de l'État de naissance de l'enfant* ».

552. L'article 24 prévoit les règles relatives à la reconnaissance des décisions. Aux termes de cet article, « *une décision judiciaire sur la filiation rendue dans un État membre est reconnue dans tous les autres États membres sans qu'aucune procédure particulière ne soit requise* ». A l'instar du règlement Aliments, le Règlement relatif à la filiation supprimera ainsi toute condition relative à l'exequatur ce qui est particulièrement ambitieux dans une matière aussi sensible

Il en ressort qu'une décision établissant une filiation entre des parents d'intention (deux pères, deux mères ou un père et une mère) et un enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui effectuée à l'étranger pourra être reconnue sans qu'aucune procédure de contrôle ne soit requise.

Il s'agit ici d'une reconnaissance de principe. La décision judiciaire pourra néanmoins faire l'objet d'un contrôle. Il ressort ainsi de l'article 25 que « *toute partie intéressée peut, conformément aux procédures prévues aux articles 32 à 34, demander qu'il soit décidé qu'il n'y a pas de motifs de refus de la reconnaissance visée à l'article 31* ».

553. De même, la mise à jour des actes d'état civil d'un État membre établis sur le fondement d'une décision judiciaire relative à la filiation rendue dans un État membre ne requiert aucune procédure particulière.

Enfin, lorsque la reconnaissance d'une décision juridictionnelle est soulevée à titre incident devant une juridiction d'un État membre, cette juridiction peut trancher cette question.

554. L'article 31 prévoit qu'une décision judiciaire sera refusée notamment « *si cette reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre où la reconnaissance est invoquée, compte tenu de l'intérêt de l'enfant* ». L'intérêt supérieur de l'intérêt doit rester au centre des préoccupations et encore une fois, les considérations d'ordre public devront peut-être céder le pas face à l'intérêt supérieur de l'enfant et à la nécessité de voir sa filiation établie de manière stable et continue.

555. Enfin, le Règlement prévoit la création d'un certificat de parentalité destiné à prouver la filiation d'un enfant à l'égard de ses parents. Ce certificat permettra de garantir la stabilité et la pérennité du statut personnel de l'enfant et favorisera ainsi sa libre circulation.

CHAPITRE 2. LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES EN DROIT COMPARE

556. En droit comparé, l'obligation alimentaire recouvre diverses appellations et concerne diverses situations⁵⁸⁹. Dans la grande majorité des pays européens, la loi organise une solidarité matérielle sous la forme d'une obligation alimentaire mise à la charge d'une personne en raison du lien l'unissant à une personne se trouvant dans le besoin.

557. Cette solidarité sera plus ou moins intense et réglementée selon la nature de la relation familiale en cause. Sera étudiée la solidarité matrimoniale (section 1), la solidarité dans les unions maritales (section 2) et celle dans le cadre du concubinage (section 3).

Section 1. La solidarité matrimoniale

558. Dans les relations entre époux, la solidarité intervient en cours d'union (§1) et après la séparation des époux au stade de la désunion (§2).

§ 1. La solidarité entre les époux en cours du mariage

559. La majorité des États européens reconnaissent une obligation alimentaire entre époux⁵⁹⁰. Une solidarité est organisée entre les époux par le droit allemand⁵⁹¹. En Italie, l'article 433 du Code civil (*Codice Civile*) détermine, de manière exhaustive, la liste des personnes pouvant être tenues à une obligation alimentaire au rang desquelles se trouve le conjoint. De même, l'article 213 du Code civil belge met à la charge des époux un devoir de secours tandis que l'article 221 du même Code leur impose de contribuer aux charges du mariage.

560. En Suisse, l'article 163 alinéa 1^{er} du Code civil met également à la charge des époux un devoir mutuel d'entretien en disposant que « *mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille* ». Le devoir d'entretien incombe à chacun des

⁵⁸⁹ Une présentation de ces obligations est faite en introduction de ce travail.

⁵⁹⁰ Pour rappel, en France, l'article 212 du Code civil met à la charge des époux un devoir de secours tandis que l'article 214 du même Code leur impose de contribuer aux charges du mariage à « *proportion de leurs facultés respectives* ».

⁵⁹¹ Article §1360 BGB en vertu duquel les époux sont tenus l'un envers l'autre de contribuer de façon appropriée, par leur travail et leur patrimoine, à l'entretien de la famille.

deux époux. Il leur appartient dès lors de s'entendre sur le mode et l'étendue de la contribution⁵⁹² de chacun en tenant compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle⁵⁹³. Sous l'empire du droit suisse, l'entretien de la famille couvre deux types de besoins : les besoins ordinaires et les besoins personnels. Les premiers comprennent les dépenses liées au logement, à l'habillement, à l'alimentation aux soins médicaux ou encore à la prévoyance et aux assurances sociales tandis que les seconds visent les dépenses liées aux loisirs ou encore à la formation aussi bien des enfants que des époux. L'entretien se détermine sur le fondement des besoins de la famille et sur leur train de vie. Le droit suisse retient, ainsi, une définition plutôt large de la notion d'entretien laquelle ne doit pas s'entendre strictement des besoins vitaux.

561. La direction matérielle de la famille est également prévue en Bulgarie (Article 18 Code de la famille), au Danemark (§2 loi danoise sur les effets du mariage), en Finlande (§ 46 loi sur le mariage), en Grèce (article 1390 du Code civil), en Hongrie (§ 32 para. 1 loi sur la famille), en Lituanie (article 3.27 du Code civil), aux Pays-Bas, en Norvège (§38 Loi sur le mariage), en Pologne (article 27 Code de la famille), au Portugal (Article 1672 et 1676 CC), en Espagne (article 1318 du Code civil) et en Suède (Ch. 6§1 Code du mariage).

562. *A contrario*, en Angleterre, il n'existe pas d'obligation spécifique de contribuer aux charges du mariage bien que chaque époux soit tenu de maintenir son conjoint dans une certaine sécurité sociale. De même en Irlande, les époux sont tenus de se maintenir mutuellement pendant et après le mariage. En Ecosse, il n'existe aucune disposition imposant une contribution aux époux. En revanche, ces derniers sont tenus d'une obligation alimentaire, dont l'étendue dépendra des circonstances, durant le mariage.

563. En matière alimentaire, le mariage entre personnes de même sexe entraîne les mêmes droits et obligations que le mariage entre deux personnes de sexe opposé.

⁵⁹² Article 163 al. 2 Code civil.

⁵⁹³ Article 163 al. 3 Code civil.

§ 2. La solidarité dans le cadre de la désunion du couple

564. Un grand nombre de législations européennes se sont inspirées de la doctrine du *clean-break* en matière de désunion⁵⁹⁴. Ainsi, en Suède, après le divorce, chacun des ex-époux est tenu d'assurer seul son entretien⁵⁹⁵. Il en est de même en Allemagne⁵⁹⁶, en Angleterre et au Pays de Galles et en Norvège⁵⁹⁷.

Cette doctrine, qui vise à ce que chacun des époux pourvoie seul à son entretien après le divorce, ne peut, cependant, fonctionner que dans le cadre de famille aisées où chacun perçoit un revenu substantiel⁵⁹⁸. Dans le cadre de familles plus modestes ou au sein de celles où l'un des époux, dans la grande majorité des cas, la femme, s'est exclusivement investie dans les activités domestiques ou dans l'activité professionnelle de l'autre conjoint, la doctrine du *clean-break* ne peut s'appliquer⁵⁹⁹. En l'absence de patrimoine ou dans le cas où l'un des époux a sacrifié sa propre carrière pour satisfaire celle de son conjoint, une rupture nette des relations patrimoniales ne pourra avoir lieu sans risquer de creuser les écarts entre les patrimoines des époux et favoriser les inégalités entre ces derniers au moment de leur divorce.

565. Cette doctrine, si elle poursuit une cause honorable, à savoir l'extinction de tout contentieux post-divorce, n'apporte aucun correctif à la disparité que la rupture du mariage peut causer dans les patrimoines de chacun des époux. En outre, la doctrine, qui fonde une absence totale de devoirs réciproques entre les époux, est susceptible d'être remise en cause en présence d'enfants communs. La coparentalité et la prise en charge des besoins de l'enfant commun, même en cas de séparation des parents, rend difficile la mise en œuvre d'un *clean-break*. Sur un plan purement symbolique, le *clean-break* a pour effet de redonner, de manière nette et parfois brutale, leur liberté, à deux personnes qui, le temps de leur mariage au moins, ont été intimement liées et dépendantes entre elles.

⁵⁹⁴ Voir également Principe 2 :2 des Principes européen du droit du divorce et de l'obligation alimentaire entre ex-époux en vertu duquel, « *Sous respect des principes suivants, chaque époux subvient à ses propres besoins après le divorce* ». Ces principes ont été rédigés par la Commission permanente pour le droit européen de la famille.

⁵⁹⁵ Ch. 6 section 7 Marriage Act (Äktenskapsbalken), « Following a divorce, each spouse shall be responsible for his or her own support ».

⁵⁹⁶ §1569 BGB : « *Nach der Scheidung obliegt es jedem Ehegatten, selbst für seinen Unterhalt zu sorgen* » (« Après le divorce, il appartient à chaque époux de subvenir à ses propres besoins »).

⁵⁹⁷ Section 79 of the Marriage Act, « The mutual obligations of spouses pursuant to section 38 cease to exist upon separation and divorce ».

⁵⁹⁸ Guillaume KESSLER, « Sacrifice professionnel et prestation compensatoire », *AJ Famille* 2018, p. 218.

⁵⁹⁹ La doctrine du *clean-break* pourrait éventuellement déployer ses effets dans les pays où l'État pourvoit, dans une très large mesure, aux besoins des personnes isolées et des familles monoparentales.

566. Si la grande majorité des droits nationaux tendent de plus en plus à mettre en place des règles visant à permettre un *clean-break*, ils ont néanmoins adopté une conception de ce principe qui diffère quelque peu de celle que lui avait, à l'origine, assigné le législateur anglais. Dans certaines législations, le *clean-break* est appréhendé comme un mécanisme permettant, non pas d'éteindre de manière définitive la solidarité entre les ex-époux, mais de la limiter⁶⁰⁰.

567. En effet, au lendemain du divorce, les époux se retrouvent rarement dans une situation économique identique à celle dans laquelle ils étaient au cours de leur mariage. Le divorce peut entraîner une disparité dans le niveau de vie de chacun d'eux. Certains droits ont donc prévu un mécanisme destiné à réparer l'éventuel déséquilibre dans les patrimoines des époux pouvant découler de la rupture du mariage. Qu'il soit qualifié de pension alimentaire ou de prestation compensatoire, qu'il revête un caractère alimentaire, compensatoire, indemnitaire ou qu'il soit hybride, ce mécanisme est destiné à corriger les inégalités économiques découlant de la rupture du mariage et peut prendre la forme d'une rente, d'un versement de capital ou encore d'un transfert de propriété.

568. Ainsi, en Suisse, chacun des ex-époux est tenu, en principe, d'assurer seul son entretien⁶⁰¹. Cependant, l'article 125 du Code civil permet à l'un des anciens époux de percevoir une contribution équitable dans le cas où l'on ne peut raisonnablement attendre de ce dernier qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable. Ainsi, les personnes incapables de subvenir à leur entretien pourront solliciter, de la part de leur ex-conjoint, le versement d'une contribution qui sera alors allouée sous forme de rente⁶⁰².

569. A l'instar de la Suisse, de nombreux États européens ont choisi de maintenir une obligation alimentaire après le divorce. C'est notamment le cas de l'Autriche⁶⁰³, de la Belgique⁶⁰⁴, de la Bulgarie⁶⁰⁵, de l'Angleterre⁶⁰⁶, de l'Allemagne⁶⁰⁷, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Italie, des Pays-Bas, de la Pologne ou encore de la Suède. Ainsi, dans le cas où l'un des anciens époux se trouve dans une situation de besoin et ne peut, avec ses ressources propres, assurer les dépenses

⁶⁰⁰ Message concernant la révision du Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial) du 15 novembre 1995, p. 115 et s.

⁶⁰¹ Article 125 du Code civil.

⁶⁰² Article 126 du Code civil.

⁶⁰³ Section 66 Austrian Marriage Act.

⁶⁰⁴ Article 301 du Code civil belge.

⁶⁰⁵ Article 145 du Code civil bulgare.

⁶⁰⁶ Sections 23(1) et 23(1)b *Matrimonial Causes Act* 1973.

⁶⁰⁷ § 1569 BGB.

essentielles à son entretien, il pourra alors solliciter, de la part de l'autre ex-époux, le versement d'une pension alimentaire. Le droit à pension alimentaire après le divorce n'est cependant pas systématique et reste conditionné à l'état de besoin de l'ex-époux qui la sollicite.

570. Certaines législations prévoient également la possibilité d'allouer une pension alimentaire même plusieurs années après le prononcé du divorce. C'est notamment le cas en Allemagne, en Angleterre⁶⁰⁸, en Autriche, aux Pays-Bas ou encore en Suède. En Pologne, la demande n'est, en principe, enfermée dans aucun délai. Cependant, l'obligation de fournir des aliments à son ex-conjoint s'éteint en cas de remariage de ce dernier. Elle prend également fin après l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du prononcé du jugement dans le cas où l'ex-époux débiteur n'est pas responsable de la rupture du mariage⁶⁰⁹.

571. La France et l'Espagne, dont la position demeure cependant isolée en Europe, ont abandonné le système de la pension alimentaire⁶¹⁰ pour lui substituer celui de la prestation compensatoire. Le système alimentaire alors en place, en France, jusqu'alors, était marqué par un fort contentieux entre les ex-époux. En effet, l'octroi de la pension alimentaire était subordonné à l'innocence du créancier ce qui conduisait à un affrontement acharné entre les époux afin de déterminer la répartition des torts. En outre, les nombreuses contestations et demandes de révision dont elle pouvait faire l'objet ne permettait pas de mettre un terme définitif aux relations entre les ex-époux qui demeuraient encore, malgré le divorce, attachés l'un à l'autre.

Dénoncée comme étant « *médiocre, mal payée* » et « *génératrice de conflits sans cesse resurgis* »⁶¹¹, la pension alimentaire a été évincée par le législateur qui lui a alors substitué la prestation compensatoire, « *notion juridique absolument nouvelle* »⁶¹².

⁶⁰⁸ Cependant, après le divorce, cette demande ne peut plus être introduite par le défendeur au divorce si ce dernier se remarie, *Matrimonial Causes Act*, Section 28(3).

⁶⁰⁹ F. FERRAND / H. FULCHIRON, *La rupture du mariage en droit comparé – Rapports nationaux 2015*, Question 64, p. 381.

⁶¹⁰ En droit français, la pension alimentaire était prévue par l'ancien article 301 du Code civil selon lequel l'époux responsable de la rupture du mariage devait verser à l'autre conjoint, dans le besoin, une pension alimentaire. Dès lors que l'époux avait été à l'origine de la rupture, il devait continuer de prendre en charge les besoins élémentaires du conjoint qu'il avait abandonné.

⁶¹¹ J. CARBONNIER, *La question du divorce – mémoire à consulter*, *D.* 1975, Chron. 118.

⁶¹² Rapport AN Donnez, JOAN CR, 28 mai 1975, p. 3296.

Consacrée par l'article 270 du Code civil⁶¹³ français, la prestation compensatoire est également prévue par l'article 97 du Code civil⁶¹⁴ espagnol.

572. En Espagne, le *Tribunal Supremo* avait décidé que la prestation compensatoire, telle que prévue par la loi, ne devait pas s'entendre comme un mécanisme d'équilibre patrimonial ou d'égalisation patrimoniale. Son objectif est seulement de modérer le déséquilibre que la rupture du mariage peut faire naître dans les conditions de vie de l'un des ex-conjoints par rapport à la situation dont il jouissait au cours de l'union⁶¹⁵.

La nature partiellement alimentaire de la prestation compensatoire prévue par l'article 270 du Code civil, laquelle est fixée en tenant compte des ressources et des besoins réciproques de chacun des ex-époux, a conduit la Cour de justice à appréhender ce mécanisme comme une obligation alimentaire⁶¹⁶ sur le terrain du droit international privé.

573. A noter cependant, la position de l'Autriche où les critères à prendre en compte pour évaluer le montant de la pension alimentaire post-divorce dépendent de la nature du divorce. Ainsi, dans le cadre d'un divorce pour faute⁶¹⁷, la pension alimentaire, versée par l'époux aux torts duquel le divorce aura été prononcé, devra permettre au créancier de maintenir un niveau de vie comparable à celui dont il jouissait durant le mariage⁶¹⁸.

574. En revanche, lorsque le divorce aura été prononcé sans qu'aucune faute ne puisse être imputée à l'un des époux, alors la pension alimentaire sera déterminée uniquement en tenant compte des besoins de celui qui la sollicite.

575. La grande majorité des droits nationaux attachent néanmoins au divorce diverses conséquences pécuniaires en détachant ces dernières des causes du divorce à l'exception de la

⁶¹³ En vertu duquel « L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge ».

⁶¹⁴ Selon lequel le conjoint, à l'encontre duquel, la séparation ou le divorce entraîne un déséquilibre financier par rapport à la situation de l'autre, a droit à une compensation pouvant prendre la forme d'une rente temporaire ou définitive ou d'une somme forfaitaire décidé par accord des parties ou par le juge.

⁶¹⁵ STS 7774/2011, 25.11.2011.

⁶¹⁶ CJCE, 6 mars 1980, aff. C-120/79, De Cavel II, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 621, note G.-A.-L. Droz ; *JDI* 1980, p. 442, obs. Huet. Dans cet arrêt, selon la Cour de justice, « les prestations compensatoires prévues par les articles 270 et suivants du Code civil français (...) concernent les obligations financières éventuelles entre ex-époux après le divorce fixées à raison des ressources et besoins réciproques et ont également un caractère alimentaire ».

⁶¹⁷ Section 49 Austrian Marriage Act.

⁶¹⁸ Section 66 Austrian Marriage Act. Voir également, Rapports nationaux – Rupture du mariage en droit comparé, p. 69, question 76.

Bulgarie, de la Hongrie et de la Pologne où le prononcé d'un divorce aux torts exclusifs exclut la possibilité pour l'époux fautif de bénéficier d'une compensation. En Roumanie, la loi admet l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice né de la dissolution du mariage alors que la Bulgarie permet aux époux de prévoir l'allocation de dommages-intérêts au moment du divorce par convention matrimoniale.

Section 2. La solidarité dans le cadre des unions non maritales

576. Dans le cadre des unions non maritales, une solidarité peut être organisée. L'exemple du partenariat enregistré en Suisse sera étudié (§1) avant d'envisager la question du concubinage (§2).

§ 1. Le partenariat enregistré : l'exemple de la Suisse

577. Tant au regard des conditions de sa conclusion, de ses effets que de sa dissolution, le partenariat enregistré a été conçu comme une véritable institution à destination des couples de même sexe. Ainsi, l'enregistrement du partenariat est effectué devant l'officier d'état civil, l'autorité également compétente pour célébrer l'union matrimoniale. Les empêchements existant dans le cadre du partenariat sont les mêmes que ceux relatifs au mariage.

578. Dans son aspect institutionnel, le partenariat crée, entre les partenaires, des effets similaires à ceux du mariage. C'est notamment le cas du devoir d'assistance (article 12 LPart), de l'obligation d'entretien (article 13 LPart), des questions successorales ou encore fiscales.

L'article 13 LPart prévoit que « *les partenaires contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la communauté* ». L'obligation réciproque telle qu'inscrite dans l'article 13 LPart doit être interprétée de la même manière que l'obligation mise à la charge des époux par l'article 163 du Code civil. Les dispositions de la loi sur le partenariat enregistré sont, pour la grande majorité, calquées sur celles relatives au mariage. Il existe cependant certaines différences justifiées par la nature spécifique du partenariat et du mariage. En effet, alors que le partenariat offre à des couples de même sexe la reconnaissance juridique de leur communauté de vie en organisant leurs rapports, le mariage, lui, poursuit une finalité procréative.

579. C'est cette différence majeure entre les deux institutions qui a conduit le législateur suisse à exclure la LPart du Code civil. Justifiée par le fait que le partenariat enregistré, contrairement au mariage, ne permet pas de fonder une famille⁶¹⁹, l'exclusion du partenariat enregistré du Code civil insiste également sur cette différence existant entre ces deux institutions.

§ 2. La solidarité dans le cadre du concubinage

580. De manière générale, en Europe, même si peu d'États ont consacré un véritable statut du concubinage, certains des effets du mariage ont été appliqués à la cohabitation informelle et au concubinage.

Les conditions à satisfaire afin qu'une cohabitation informelle soit reconnue par la loi et les conséquences en découlant varient cependant d'un pays à un autre.

581. La Hongrie a reconnu et fait entrer dans le Code civil le concubinage. Le concubinage est défini par l'article 685 A du Code civil comme une situation de deux personnes non mariées qui vivent en ménage, dans une communauté sentimentale et économique. A l'instar du droit français, le droit hongrois ne met à la charge des concubins aucun devoir de fidélité ni aucune obligation réciproque particulière. En revanche, et, contrairement à ce qui est en vigueur en France, le concubin survivant jouit de la qualité d'héritier.

582. En Suède, la cohabitation légale hors mariage est règlementée par la loi sur les cohabitants. Cette dernière s'applique à tout couple non marié, de même sexe ou non, résidant dans le même logement. L'application de la loi sur les cohabitants n'est pas conditionnée par l'enregistrement du couple auprès d'une autorité, contrairement à ce qui est observé en Islande où, dans le but de bénéficier de certaines lois spécifiques notamment en matière sociale et familiale, tout couple cohabitant doit se déclarer à l'état civil.

La loi sur les cohabitants a surtout vocation à intervenir au moment de la rupture du concubinage lorsque la séparation s'inscrit dans un contexte conflictuel. Elle vise avant tout à protéger le concubin le plus faible sur un plan économique. Alors que la Suède a été l'un des premiers pays européens à reconnaître les unions de même sexe, elle avait, à l'époque, promulgué deux lois distinctes selon le sexe des cohabitants.

⁶¹⁹ FF 2003 1192 ss, ch. 1. 6. 2, p. 1212.

583. Au Portugal, le Code civil ne définit pas le concubinage ou la cohabitation hors mariage. Toutefois, la loi accorde une protection aux concubins, peu importe qu'il existe une identité de sexe ou non, dès lors que leur union remplit certaines conditions. Ainsi, l'article 2020 du Code civil prévoit l'existence d'une créance alimentaire en faveur du survivant contre la succession du concubin décédé dès lors qu'ils cohabitaient ensemble, dans des conditions similaires à celles des époux, depuis au moins avant le décès. Toutefois, le droit attache très peu de conséquences patrimoniales à la rupture du concubinage. Ainsi, l'un des concubins ne peut obtenir aucun aliment ni aucun partage du patrimoine acquis au cours de l'union.

584. En Angleterre, le concubinage ne jouit d'aucun statut et les droits des concubins, de même sexe ou de sexe différents, demeurent donc encore faibles. En 1999, la Chambre des Lords a néanmoins reconnu le droit au transfert du bail au compagnon homosexuel du locataire initial en assimilant, pour cela, le compagnon survivant à un membre de la famille du locataire initial au sens de la loi sur le bail de 1977 (*Rent Act 1977*)⁶²⁰.

585. La Suède ainsi que les Pays-Bas sont les pays européens qui attachent à la cohabitation informelle le plus de conséquences juridiques⁶²¹. Dans ces deux pays, les différences entre le mariage et la cohabitation informelle concernent essentiellement la paternité, la pension alimentaire, le nom de famille ou la succession en l'absence de testament⁶²². A contrario, la France, l'Allemagne et la Belgique sont les pays européens où la cohabitation informelle engendre le moins de conséquences juridiques⁶²³.

586. En Suisse, il n'existe, dans les législations, aucune définition du concubinage. Le Code civil ne définit pas la notion, l'article 298a se contentant simplement d'admettre l'exercice, par les parents non mariés, de l'autorité parentale conjointe sur leurs enfants communs⁶²⁴.

⁶²⁰ Chambre des Lords, 28 octobre 1999, Affaire *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd.*

⁶²¹ Kees WAALDIJK/Eric FASSIN, *op. cit.* Ainsi, aux Pays-Bas, 75 % des conséquences juridiques rattachées au mariage sera applicable aux concubins de sexe différent et 73 % aux concubins de même sexe. En Suède, en revanche, 68 % des conséquences juridiques du mariage sera applicable aux concubins de même sexe.

⁶²² Kees WAALDIJK/Eric FASSIN, *op. cit.*

⁶²³ Kees WAALDIJK/Eric FASSIN, *op. cit.* Ainsi, en France comme en Belgique, environ 42 % des conséquences juridiques rattachées au mariage sera applicable aux concubins de sexe différent et environ 34 % aux concubins de même sexe. En Allemagne, 23 % des conséquences juridiques du mariage sera applicable aux concubins de sexe différent et 17 % aux couples de même sexe non marié. En Allemagne, la cohabitation informelle peut avoir un impact négatif notamment sur la sécurité sociale de base.

⁶²⁴ Selon l'article 298a 1, « Si la mère n'est pas mariée avec le père et que le père reconnaît l'enfant, ou si le lien de filiation est constaté par décision de justice et que l'autorité parentale conjointe n'est pas encore instituée au moment de la décision de justice, les parents obtiennent l'autorité parentale conjointe sur la base d'une déclaration commune ».

Malgré certaines garanties accordées par la Constitution fédérale, le concubinage demeure dépourvu de tout cadre légal ce qui engendre certaines difficultés pratiques aujourd'hui comblées par la loi sur le partenariat enregistré.

587. Constituant une communauté de fait dont les formes peuvent être multiples, le concubinage n'est pas défini par le Code civil suisse. Dans un arrêt *Dame Fleury*, le Tribunal Fédéral a admis que les unions libres présentaient une grande variété pouvant aller « du simple partage temporaire de la couche à la vie commune aussi classique que celle d'un couple marié »⁶²⁵. La nature variable de l'union de fait faisait obstacle, selon le Tribunal Fédéral à l'application des règles normalement dévolues aux conjoints⁶²⁶. Le caractère relativement instable et précaire de l'union empêchait les juges d'assimiler la situation des concubins à celles des conjoints.

588. Malgré certaines garanties accordées par la Constitution fédérale, le concubinage demeure encore aujourd'hui dépourvu de tout cadre légal ce qui engendre certaines difficultés pratiques en partie comblées par la jurisprudence. En effet, le concubinage est devenu un mode d'organisation de la vie privée utilisée par de très nombreux couples, ces derniers mettant en commun leurs ressources financières ou personnelles. Au moment de la séparation du couple ou du décès de l'un d'eux, des difficultés peuvent alors survenir. L'intervention du juge a, en effet, été nécessaire afin de pallier l'absence de statut légal.

589. Lorsque le concubinage ne présente pas les caractéristiques de l'union matrimoniale, il est alors qualifié de « simple » et emporte peu de conséquences juridiques⁶²⁷. *A contrario*, lorsque le concubinage embrasse au maximum les caractéristiques du mariage, il peut alors produire certains effets seulement. Le concubinage demeure alors appréhendé dans le sillage du mariage et évolue dans son ombre. Les composantes du concubinage telles que précitées ne revêtent pas toutes la même importance conférant ainsi au concubinage un visage polymorphe⁶²⁸ pouvant rendre délicate l'application de règles visant à le régir.

⁶²⁵ ATF 106 V 58, 13 février 1980, *Fleury contre Service de l'industrie, du commerce et du travail*, Lausanne, et Commission Cantonale Vaudoise d'arbitrage pour l'assurance-chômage.

⁶²⁶ En effet, selon le Tribunal Fédéral, les unions libres « peuvent se modifier d'une telle façon au cours du temps, qu'une claire délimitation est impossible entre des situations qui seraient assimilables à celle de conjoints et celles qui ne le seraient pas. Vouloir s'écarter (...) des notions du droit civil entraînerait un certain arbitraire et aboutirait à une insécurité du droit ».

⁶²⁷ Tribunal Fédéral, 1^{er} avril 2003, 5C.285/2002, considérant 2.4.

⁶²⁸ TF, 16 janvier 1992, *Journal des tribunaux* 1994 I p. 331. Dans cet arrêt, le Tribunal Fédéral définit le concubinage comme « une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, de deux personnes de sexe opposé, à caractère exclusif, qui présente aussi bien une composante spirituelle, corporelle et économique et peut être également définie comme une communauté de toit, de table et de lit ». Selon le Tribunal Fédéral, les trois

590. La jurisprudence a cependant posé les critères en vertu desquels une situation donnée peut être qualifiée de concubinage. Ainsi, le concubinage doit s'entendre d'une communauté de vie stable et durable, entre deux personnes, à caractère en principe exclusif présentant une composante tant spirituelle que corporelle et économique et qui est parfois désignée comme une communauté de toit, de table et de lit⁶²⁹. Lorsque le concubinage ne présente pas l'ensemble de ces caractéristiques, il sera alors qualifié de « simple » et emportera peu de conséquences juridiques⁶³⁰.

Les composantes du concubinage telles que précitées ne revêtent pas toutes la même importance conférant ainsi à l'union de fait un visage polymorphe⁶³¹ pouvant rendre délicate l'application de règles visant à le régir.

591. Ainsi, il est possible d'obtenir sur le fondement de l'article 129 du Code civil⁶³², la suspension conditionnelle de la rente mise à la charge de l'un des époux au moment du divorce, est admise lorsque le débiteur vit en concubinage depuis au moins trois ans. En revanche, elle est supprimée lorsque le concubinage a duré au moins cinq ans et ce, indépendamment de la situation financière des concubins⁶³³, l'existence d'un concubinage qualifié dépendant uniquement de leurs sentiments mutuels et de l'existence d'une communauté de destins.

En matière d'assurance sociale, les normes de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS) constituent des recommandations à destination des organismes sociaux de la Confédération, des cantons et des communes. Selon ces normes, une contribution de concubinage peut être prise en compte dans le calcul du budget de la personne bénéficiaire d'une aide sociale dès lors que le concubinage est stable. Ainsi, lorsqu'une personne, vivant en

composantes ne revêtent pas la même importance. Ainsi « s'il manque la cohabitation ou la composante économique, mais que les deux partenaires vivent tout de même une relation à deux stable et exclusive et s'accordent une assistance réciproque, l'on doit admettre qu'il s'agit d'une communauté de vie assimilable au mariage ».

⁶²⁹ ATF 138 III 157, 2 février 2012.

⁶³⁰ Tribunal Fédéral, 1^{er} avril 2003, 5C.285/2002, considérant 2.4.

⁶³¹ TF, 16 janvier 1992, Journal des tribunaux 1994 I p. 331. Dans cet arrêt, le Tribunal Fédéral définit le concubinage comme « une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, de deux personnes de sexe opposé, à caractère exclusif, qui présente aussi bien une composante spirituelle, corporelle et économique et peut être également définie comme une communauté de toit, de table et de lit ». Selon le Tribunal Fédéral, les trois composantes ne revêtent pas la même importance. Ainsi « s'il manque la cohabitation ou la composante économique, mais que les deux partenaires vivent tout de même une relation à deux stable et exclusive et s'accordent une assistance réciproque, l'on doit admettre qu'il s'agit d'une communauté de vie assimilable au mariage ».

⁶³² Selon l'article 129 al. 1^{er} du Code civil, « Si la situation du débiteur ou du créancier change notablement et durablement, la rente peut être diminuée, supprimée ou suspendue pour une durée déterminée ; une amélioration de la situation du créancier n'est prise en compte que si une rente permettant d'assurer son entretien convenable a pu être fixée dans le jugement de divorce ».

⁶³³ Tribunal Fédéral, 2 juin 2016, 5A_373/2015, considérant 4.3.2 et 4.3.3.

concubinage, est bénéficiaire d'une aide sociale, il est possible de tenir compte des revenus de son concubin alors même qu'il n'existe, entre concubins, aucun devoir légal et réciproque d'entretien.

592. En Belgique, la cohabitation légale fait naître, à l'égard des cohabitants, une obligation de contribution aux dépenses communes⁶³⁴. La loi impose également aux cohabitants une obligation de solidarité aux charges de la vie commune. Ainsi, les cohabitants sont tenus de, en fonction de leurs moyens financiers respectifs, participer aux charges engendrées par l'existence d'une communauté de vie.

Section 3. La solidarité dans les familles recomposées en droit comparé

593. La recomposition familiale est un phénomène qui s'observe au-delà de nos frontières et dont le traitement diffère de ce qui est actuellement en vigueur en France. En Europe⁶³⁵, la Suisse, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Suède ou encore le Danemark organisent un statut pour le beau-parent et règlementent son rôle tandis que l'Italie, l'Espagne ou encore la Belgique ne prévoient aucun statut pour le beau-parent⁶³⁶.

§1. La prise en charge de l'entretien de l'enfant non commun par le beau parent conditionné par l'existence d'un mariage ou d'un partenariat enregistré

594. Les droits suisse, suédois ou encore néerlandais n'organisent un statut pour le beau-parent que dans le seul cas où ce dernier est marié au parent de l'enfant non commun ou engagé avec lui dans un partenariat enregistré.

⁶³⁴ Article 1477 du Code civil belge en vertu duquel « les cohabitants légaux contribuent aux charges de la vie commune en proportion de leurs facultés ».

⁶³⁵ J. SOSSON, Le statut juridique des familles recomposées en Europe : quelques aspects de droit comparé, *in* Les Recompositions familiales aujourd'hui, Paris, Nathan, (collection Essais et Recherches), 1993.

⁶³⁶ M. DOUCET, Vers un nouveau statut parental ? *AJ Fam.* 2012, p. 542 ; M. BEAGUE, Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées ? *JDJ* n°268, 2008.

A. La position de la Suisse

595. En Suisse, le beau-parent n'est pas titulaire de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant de son conjoint né d'un premier lit. En revanche, lorsqu'il est engagé dans les liens du mariage avec le père ou la mère de l'enfant, l'article 299 du Code civil met à la charge du beau-parent une obligation d'assister « *son conjoint de façon appropriée dans l'exercice de l'autorité parentale* » à l'égard de ses enfants et « *de le représenter lorsque les circonstances l'exigent* ». Cette obligation découle de l'obligation d'assistance consacrée par l'article 159 alinéa 2 du Code civil en vertu duquel « *les époux s'obligent mutuellement à en assurer la prospérité d'un commun accord et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants* ».

La faculté d'assistance dont dispose le beau-parent lui permet notamment de représenter son conjoint et d'agir en son nom lorsque ce dernier n'est pas en mesure de le faire.

596. Sur le terrain de l'entretien de l'enfant né d'un premier lit, il ressort de l'article 277 alinéa 1^{er} que « *pendant le mariage, les père et mère supportent les frais d'entretien conformément aux dispositions du droit du mariage* »

Aux termes du second alinéa du même article, « *chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers les enfants nés avant le mariage* ».

597. Comme en France, le beau-parent marié peut ainsi être tenu de pourvoir, de manière indirecte, à l'entretien et à l'éducation des enfants de son conjoint nés d'un premier lit qu'ils soient mineurs ou majeurs⁶³⁷. Dans un arrêt en date du 2 septembre 1994⁶³⁸, le Tribunal fédéral a ainsi précisé que conformément à l'article 278 alinéa 2 du Code civil « *chaque époux doit aider l'autre de manière appropriée à remplir son obligation d'entretien envers les enfants nés*

⁶³⁷ TF, 5A_129/2019, 10 mai 2019, c. 4.3.1. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral précise qu'il découle « *du devoir général d'assistance entre les époux selon l'art. 159, al. 3, CC - et non de sa concrétisation à l'art. 278, al. 2, CC pour les enfants nés avant le mariage - que les époux doivent en principe s'entraider financièrement pour l'éducation même des enfants nés hors mariage, même si ce sont en premier lieu les parents de l'enfant né hors mariage, et non leurs époux, qui sont responsables de son entretien* ». Selon le Tribunal, « *lorsque les ressources de l'un des époux ne lui permettent pas de contribuer à l'entretien de l'enfant hors mariage en plus de sa contribution actuelle à l'entretien du mariage, une modification proportionnelle de la contribution à l'entretien du mariage au détriment de l'autre époux est inévitable ; dans cette mesure, le conjoint du débiteur a un devoir d'assistance indirect envers ses enfants hors mariage. Dans des cas exceptionnels, cette obligation peut également avoir pour conséquence que le conjoint doit commencer une activité professionnelle ou étendre une activité professionnelle existante* ».

⁶³⁸ ATF 120 II 285 du 2 septembre 1994.

avant le mariage. Si le beau-parent accepte d'accueillir les enfants nés avant le mariage de son conjoint dans le ménage, il est tenu de les prendre en charge ».

598. L'obligation d'entretien à laquelle est tenue le beau-parent est cependant limitée à plusieurs égards. Dans un arrêt du 10 mai 2019⁶³⁹, le Tribunal fédéral a, en premier lieu, précisé que cette obligation demeurerait subsidiaire⁶⁴⁰ à l'obligation parentale d'entretien. En conséquence, avant de prendre en compte la situation du beau-parent, la capacité d'entretien des parents biologiques doit d'abord être épuisée avant que le devoir d'assistance du conjoint ne s'applique.

Dans un second temps, le devoir d'assistance du conjoint n'entre en jeu que si celui-ci dispose encore d'un substrat de prestations après avoir couvert son minimum vital et celui de ses propres enfants ; en d'autres termes, le devoir d'assistance présuppose que le minimum vital du beau-parent débiteur et de ses propres enfants est couvert. Enfin, le Tribunal Fédéral a jugé que lorsque l'enfant vit auprès de l'un de ses parents et de son beau-parent, il appartient à l'autre parent biologique de supporter les coûts financiers liés à l'entretien de l'enfant, l'assistance du beau-parent devant se résumer à compenser une éventuelle différence entre la contribution d'entretien insuffisante du parent biologique, d'une part, et, d'autre part, les besoins de l'enfant.

599. En principe, l'assistance du beau-parent est due à compter du moment où le parent de l'enfant n'est plus à même, en raison des obligations résultant de son mariage, d'assumer l'entretien de son enfant né d'une précédente union⁶⁴¹.

600. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que *« lorsque les moyens dont dispose un conjoint ne sont pas suffisants pour qu'il assume, en sus des charges de l'union conjugale, sa part de l'entretien de l'enfant né hors mariage, une modification proportionnelle de la part de l'autre conjoint aux charges du ménage est inévitable ; dans cette mesure les beaux-parents ont un devoir indirect d'assistance qui, dans certains cas exceptionnels, peut aussi avoir pour conséquence que le conjoint du débiteur de l'entretien doit prendre une activité lucrative ou augmenter celle qu'il exerce déjà »*⁶⁴².

⁶³⁹ TF, 5A_129/2019, 10 mai 2019, c. 4.3.1.

⁶⁴⁰ Dans le même sens, ATF 120 II 285 du 2 septembre 1994.

⁶⁴¹ TF, 14 juillet 2004, 5C.82/2004.

⁶⁴² ATF 127 III 68, c. 3.

601. Concernant les partenariats enregistrés, aux termes de l'article 27 alinéa 1^{er} de la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, « *Lorsque l'un des partenaires a des enfants, l'autre est tenu de l'assister de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien et dans l'exercice de l'autorité parentale et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent. Les droits des parents sont garantis dans tous les cas* ».

602. En revanche, l'obligation d'entretien telle que prévue par le Code civil et la Loi fédérale sur le partenariat enregistré n'existe pas pour les couples engagés dans un concubinage sauf engagement volontaire de l'un des concubins.

603. Par ailleurs, aux termes de l'article 285 du Code civil, « *1. La contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources de ses père et mère ; il est tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant. 2. La contribution d'entretien sert aussi à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers. 3. Elle doit être versée d'avance. Le juge fixe les échéances de paiement* ».

604. Au visa de cet article, le Tribunal Fédéral a consacré le principe d'égalité financière entre tous les enfants à charge du parent débiteur peu importe qu'ils soient issus de différentes unions⁶⁴³. Le principe d'égalité financière n'est cependant pas d'application stricte : conformément aux dispositions de l'article 285 du Code civil, il convient en effet de tenir compte des besoins effectifs de chacun des enfants.

Des contributions d'entretien inégales ne sont donc pas exclues dès lors qu'elles sont justifiées par les besoins spécifiques des enfants en termes d'éducation, d'instruction ou encore de soin⁶⁴⁴. En effet, un enfant âgé de 3 ans n'aura pas les mêmes besoins qu'un enfant âgé de 15 ans. De même, un enfant dont la santé est fragile et qui nécessite de recevoir des soins médicaux réguliers aura des besoins plus spécifiques et potentiellement plus coûteux que l'enfant en bonne santé.

605. Il convient également de noter que le montant de la contribution n'est pas seulement fonction de la capacité du parent débiteur de l'obligation d'entretien : elle dépend également de

⁶⁴³ ATF 137 III 59, c. 4.2.

⁶⁴⁴ ATF 126 III 353, c. 2b.

la situation financière du parent chez qui la résidence de l'enfant a été fixée⁶⁴⁵. Il en ressort que le débiteur d'aliments peut devoir des contributions différentes à plusieurs enfants qui ont des besoins d'entretien comparables, ne serait-ce que parce qu'ils vivent dans des ménages différents avec des conditions financières différentes⁶⁴⁶.

606. Le Tribunal fédéral a cependant précisé que l'égalité financière valait entre les enfants du débiteur, même issus de différentes unions, mais ne s'étendait pas aux beaux-enfants c'est-à-dire aux enfants de son conjoint nés d'une précédente union⁶⁴⁷.

607. Le traitement, par l'ordre juridique suisse, des contributions d'entretien dans le cas de familles recomposées et, spécialement celui accordé aux pensions alimentaires versées à des enfants issus de plusieurs unions, est particulièrement remarquable et procède d'une certaine équité familiale.

608. Sur cette question, la solution apportée par les juridictions françaises ne semble pas aussi fixée.

609. On l'a précédemment vu, lorsque le parent débiteur vit avec une autre personne, qu'elle soit engagée dans les liens du mariage ou non, les ressources du beau-parent seront prises en compte dans l'appréciation des ressources du parent débiteur de l'obligation alimentaire et de ses charges⁶⁴⁸. De même, les revenus du conjoint, du partenaire ou du concubin du débiteur doivent être pris en compte en raison de l'incidence qu'ils peuvent avoir sur ses charges⁶⁴⁹.

610. A propos de la prise en compte de la nouvelle situation familiale du débiteur et, plus spécifiquement, la naissance d'un nouvel enfant, les juridictions françaises ont, en premier lieu, jugé que l'augmentation des charges liées à ladite situation ne sauraient porter atteinte aux intérêts d'un premier enfant.

Dans l'espèce concernée⁶⁵⁰, la compagne du débiteur d'aliments ne déclarait plus aucun revenu alors même qu'au moment de la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation de

⁶⁴⁵ ATF 126 III 353 c. 2 b.

⁶⁴⁶ ATF 126 III 353 c. 2 b

⁶⁴⁷ TF 5C.218/2005.

⁶⁴⁸ Cour de cassation, Civ. 1, 8 novembre 1989, n°88-17.950, *D.* 1990, p. 118, obs. A. BENABENT.

⁶⁴⁹ Cour de cassation, Civ. 22 mars 2005, n°02-10.153, *RTD. Civ.* 2005, p. 379, obs. J. HAUSER ; Cour de cassation, Chambre civile 1, 14 avril 2021, n°19-24.843.

⁶⁵⁰ Cour de cassation, Chambre civile 2, 13 décembre 2001, n°99-21.557.

l'enfant de son compagnon, elle exerçait une activité professionnelle. Le parent débiteur avait échoué à justifier cette situation qui avait été, dès lors, considérée comme relevant d'un choix volontaire du débiteur dont les conséquences ne pouvaient être répercutées sur la contribution due aux enfants nés d'un premier lit. Dans la même espèce, la Cour de cassation avait également considéré que la naissance d'un nouvel enfant relevait d'un choix personnel devant être assumé par le parent débiteur. Les choix de vie fait par les parents et, notamment le fait d'avoir d'autres enfants, n'ont aucune incidence sur les aliments dus à un enfant (ou aux enfants) né d'un premier lit⁶⁵¹. Il en ressort, qu'en principe, le parent débiteur d'une contribution d'entretien à l'égard d'un enfant né d'un premier ne pouvait exciper de sa nouvelle situation familiale pour obtenir une diminution de la contribution versée à un enfant (ou plusieurs enfants) né d'une précédente union.

611. La solution ainsi consacrée par les juridictions françaises instaurait une certaine inégalité entre les enfants nés d'un premier lit et ceux issus d'une union ultérieure qui se justifiait difficilement. Certaines juridictions avaient poussé la réflexion un peu plus loin en jugeant que l'obligation parentale d'entretien est prioritaire⁶⁵².

612. Plus récemment, dans un arrêt rendu le 11 septembre 2018, la Cour d'appel de Metz avait rejeté une demande de partage des dépenses exceptionnelles exposées pour les enfants en retenant que la mère, demanderesse, assumait la prise en charge quotidienne de deux jeunes enfants. Or, la mère avait démontré, document à l'appui, qu'elle assumait la charge non pas de deux enfants mais de trois dont l'un était né d'une précédente union. La Cour d'appel de Metz avait donc fait fi de cet enfant et ne l'avait pas pris en compte dans le calcul des charges de la mère. La position de la Cour d'appel de Metz a été censuré par la Cour de cassation pour manque de base légale au regard des articles 371-2, alinéa 1er, et 373-2-2 du Code civil⁶⁵³.

613. La Cour de cassation semble donc avoir infléchi sa position. Déjà, dans un arrêt en date du 16 avril 2008, la Cour de cassation avait, pour violation des articles 310⁶⁵⁴ et 371-2 du Code

⁶⁵¹ Cour de cassation, Chambre civile 1, 25 févr. 2009, n°07-20.181.

⁶⁵² Cour d'appel de Riom, 2^e chambre, 29 mai 2001, n°00/02347 ; Cour d'appel de Lyon, Chambre 2, 9 janvier 2001, n°1999/07265.

⁶⁵³ Cour de cassation, Chambre civile 1, 2 décembre 2020, n°19-17.989, Chronique de droit de la famille, JCP n°7, 15 février 2021, doct. 202.

⁶⁵⁴ Aux termes duquel, « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ». Cet article a été abrogé par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

civil, censuré une Cour d'appel qui avait augmenté le montant de la contribution due par le père de trois enfants issus d'un mariage sans prendre en compte la situation familiale du débiteur. En l'espèce, le père débiteur d'aliments avait eu un quatrième enfant, né de relations adultères. La Cour d'appel avait alors jugé que les nouvelles charges contractées par le débiteur dès lors « *qu'il appartenait à celui-ci de ne décider de nouveaux engagements qu'en fonction de sa capacité à les honorer après s'être acquitté de ses obligations envers ses enfants issus de son mariage et qu'il lui incombait de faire son affaire personnelle des obligations qu'il avait contractées envers l'enfant* » adultérin « *né en 2004, conçu au mépris de l'obligation de fidélité entre époux et dont les droits ne sauraient préjudicier à ceux des enfants légitimes* »⁶⁵⁵.

B. La position des Pays-Bas : un statut du beau-parent conditionné par la durée du mariage et l'intégration de l'enfant au sein de la famille recomposée

614. Aux Pays-Bas⁶⁵⁶, il ressort de l'article 1 :253 du Code civil que le beau-parent se verra attribuer l'exercice de l'autorité commune à l'égard de l'enfant de son conjoint ou de son partenaire uniquement si deux conditions sont satisfaites : en premier lieu, l'enfant est né au cours du mariage ou du partenariat enregistré et, en second lieu, la filiation est établie à l'égard d'un seul parent.

615. Si le conjoint ou le partenaire entend exercer l'autorité parentale à l'égard de l'enfant non commun, l'intervention d'une décision judiciaire sera nécessaire.

616. L'octroi de l'exercice de l'autorité parentale au beau-parent est subordonné à la réunion de plusieurs conditions.

En premier lieu, la demande doit être formée conjointement par les deux membres du couple : le parent de l'enfant et son conjoint ou partenaire. Ces derniers doivent avoir pris soin de l'enfant et s'être occupés de lui pendant une période continue d'au moins un an au moment du dépôt de la demande. Le parent de l'enfant, quant à lui, doit s'être occupé de son enfant pendant une période continue de trois ans.

⁶⁵⁵ Cour de cassation, Chambre civile 1, 16 avril 2008, n°07-17.652, D. 2008, p. 1271, note V. AVENA-ROBARDET ; RTD. Civ. 2008, p. 472, note J. HAUSER.

⁶⁵⁶ F. FERRAND, « Droit de la famille et obligations alimentaires - Aperçu comparatif », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 n°3, 2013. pp. 637-680 ; Le statut du beau-parent, Étude de législation comparée, Service des études juridique, Sénat, Avril 2009.

617. En second lieu, le beau-parent doit entretenir des liens personnels avec l'enfant de son conjoint ou de son partenaire et, enfin, l'exercice conjoint de l'autorité parentale doit répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁵⁷.

618. Sur le terrain de l'entretien, le beau-parent est ainsi tenu d'une obligation alimentaire à l'égard des enfants mineurs et majeurs de son conjoint ou de son partenaire.

L'obligation alimentaire est cependant conditionnée : elle ne dure que le temps du mariage ou du partenariat enregistré et n'est due que dans le seul où les enfants du conjoint ou du partenaire enregistré font effectivement partie de sa famille⁶⁵⁸.

619. A l'instar de la Suisse et des Pays-Bas, la Suède reconnaît également le statut du beau-parent mais uniquement au sein des familles homoparentales.

C. La position de la Suède : une reconnaissance cantonnée aux familles homoparentales

620. En Suède, comme en France, l'autorité parentale est exercée conjointement par les deux parents même s'ils sont séparés. Il en ressort qu'en cas de recomposition familiale, le beau-parent n'exerce aucune autorité parentale à l'égard de l'enfant de son conjoint ou de son compagnon.

621. En revanche, lorsque l'enfant naît au sein d'un couple de personnes de même sexe dans le cadre d'un projet parental, dans ce cas, l'autorité parentale sera exercée conjointement par les deux membres du couple uniquement dans le cas où ces derniers sont liés par un partenariat enregistré.

⁶⁵⁷ Article 1 :253 du Code civil.

⁶⁵⁸ Article 1 :395 du Code civil, intitulé Obligation alimentaire du beau-parent, aux termes duquel « sans préjudice de l'article 395a, le beau-parent n'est tenu d'assurer l'entretien des enfants mineurs de son conjoint ou de son partenaire enregistré que pendant son mariage ou son partenariat enregistré et seulement dans la mesure où ces enfants font effectivement partie de sa famille ». Il ressort de l'article 395a du Code civil néerlandais que : « 1) Les parents sont tenus de pourvoir à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants majeurs qui n'ont pas encore atteint l'âge de 21 ans.

2) Le beau-parent n'est tenu envers les enfants majeurs de son conjoint ou de son partenaire enregistré de pourvoir aux frais visés à l'alinéa précédent que pendant la durée de son mariage ou de son partenariat enregistré, jusqu'à ce que ces enfants aient atteint l'âge de 21 ans, et seulement dans la mesure où ces enfants font effectivement partie de sa famille ».

622. Sur le terrain de l'entretien, le droit suédois prévoit des règles assez similaires à celles consacrées par le droit néerlandais. Ainsi, le droit suédois met à la charge du beau-parent une contribution d'entretien uniquement lorsque ce dernier et le père ou la mère de l'enfant non commun sont mariés ou liés par un partenariat enregistré. La contribution d'entretien sera due si le beau-parent et l'enfant non commun vivent ensemble de manière permanente. Enfin, à l'instar de ce qui est prévu en Suisse, l'obligation alimentaire du beau-parent demeure subsidiaire par rapport à celle de l'autre parent⁶⁵⁹.

623. Il existe, également sur cette question, une certaine disparité au sein des États européens. Si le statut du beau-parent est organisé en Suisse, en Suède ou encore au Pays-Bas, il demeure ignoré dans d'autres pays et notamment en Belgique.

§2. L'absence du statut du beau-parent

624. En Belgique, l'autorité parentale est exercée conjointement par les deux parents y compris lorsque ces derniers sont séparés⁶⁶⁰. Le beau-parent n'est pas titulaire de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant de son conjoint ou concubin dès lors qu'il n'existe, entre eux, aucun lien de filiation. Si de nombreuses propositions de lois relatives à la création d'un statut du beau-parent ont été déposées, aucune d'elle n'a encore abouti.

625. En Belgique, le beau-parent n'est pas tenu de participer à l'entretien de l'enfant de son conjoint ou de son concubin. Cependant, le droit belge connaît, à l'instar du droit français, le mécanisme de l'obligation naturelle novée en obligation civile permettant, dans certains cas, d'obtenir du beau-parent le versement d'une contribution d'entretien⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ F. FERRAND, Droit de la famille et obligations alimentaires - Aperçu comparatif, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 n°3, 2013. pp. 637-680 ; Le statut du beau-parent, Étude de législation comparée, Service des études juridique, Sénat, Avril 2009 ; P. KOERFER, Législations et pratiques européennes, *Journal des psychologues* 2011/9, n°292, pp. 30-34.

⁶⁶⁰ Articles 373 et 374 du Code civil.

⁶⁶¹ M. BEAGUE, « Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées ? » *JDJ* n°268, 2008.

DEUXIEME PARTIE : LES RELATIONS DE FAMILLE ET LA CIRCULATION DES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES

626. Dès les années 1950, les instances supranationales ont porté leur réflexion sur les obligations alimentaires et sur la nécessité de les soumettre à une réglementation uniformisée (Titre 1). La réglementation adoptée en matière alimentaire a cependant soulevé la délicate question de la circulation des relations de famille au fondement de ces aliments : en cas de déplacement d'un État à un autre, l'effet alimentaire suit-il la relation de famille ? (Titre II).

TITRE I. LA NECESSITE DE LA SOUMISSION DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE A UNE REGLEMENTATION SUPRANATIONALE

627. Si le créancier d'aliments peut être vite confronté à des difficultés et épreuves en cas d'impayés, ces dernières semblent insurmontables dès lors que le litige alimentaire implique plusieurs ordres juridiques. En effet, lorsque le créancier et le débiteur ne résident pas sur le même territoire, l'obtention ou encore le recouvrement d'une pension alimentaire non acquitté peut s'avérer extrêmement délicat. Dans une situation matérielle précaire, le créancier d'aliments peut donc, lorsque le débiteur est domicilié dans un État étranger, être confronté à certains obstacles tenant notamment à la divergence des législations matérielles nationales. Les frontières peuvent constituer de redoutables obstacles à surmonter lorsqu'il s'agit d'obtenir ou encore de recouvrer, à l'étranger, des pensions alimentaires. Le contentieux transfrontière en matière alimentaire, qui était caractérisé par une multitude de sources entre lesquelles il n'existait guère d'harmonisation, a fait l'objet de nombreuses discussions tant au sein des instances européennes qu'au niveau de la Conférence de La Haye.

628. Ces discussions ont abouti à l'élaboration, au niveau européen, d'un Règlement unique, pionnier et innovateur (Chapitre 1) et par plusieurs instruments conventionnels adoptés dans le cadre de la Conférence de La Haye (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LE TRAITEMENT DU CONTENTIEUX ALIMENTAIRE PAR LES AUTORITES DE L'UNION EUROPEENNE

629. Le 18 juin 2011⁶⁶², est entré en vigueur le Règlement n°4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (Règlement Aliments). Il s'agit d'un instrument pionnier qui rassemble en son sein des règles de conflit de lois, de conflit de juridictions⁶⁶³ et un mécanisme de coopération entre autorités centrales dont le but est de favoriser le recouvrement des créances alimentaires au sein de l'Union européenne⁶⁶⁴.

630. A l'instar d'autres règlements européens, le Règlement Aliments est applicable sur le territoire de tous les États membres de l'Union européenne y compris le Danemark. En revanche, à la différence du Règlement Bruxelles I, auquel il succède, le Règlement Aliments confère aux règles de compétence directe qu'il édicte une impérativité qui s'étend aux relations entre les États membres et les États tiers. L'applicabilité du Règlement Aliments n'est donc pas subordonnée à la résidence habituelle du défendeur sur le territoire d'un État membre. Ce Règlement sera applicable dès lors que l'un des chefs de compétence qu'il édicte est réalisé dans un État membre⁶⁶⁵.

631. Saisi d'un contentieux à l'encontre d'un défendeur domicilié sur le territoire d'un État tiers, le juge français sera privé de son pouvoir modérateur et devra, pour déterminer sa compétence, faire application des règles contenues dans le Règlement. Il ne pourra désormais

⁶⁶² Conformément à l'article 76 du Règlement Aliments, celui-ci est applicable aux procédures engagées après cette date.

⁶⁶³ Par la suite, d'autres instruments communautaires adoptant une structure similaire ont été adoptés. Il en est ainsi du 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, 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 et le Règlement (UE) 2016/1104 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

⁶⁶⁴ Cf. considérant 10 selon lequel « Afin d'atteindre cet objectif, il est opportun de créer un instrument communautaire en matière d'obligations alimentaires regroupant les dispositions sur les conflits de juridictions, les conflits de lois, la reconnaissance et la force exécutoire, l'exécution, l'aide judiciaire et la coopération entre autorités centrales ».

⁶⁶⁵ L'extension du Règlement Aliment au-delà des frontières européennes est consacrée par le considérant 15 de ce dernier en vertu duquel « la circonstance qu'un défendeur a sa résidence habituelle dans un État tiers ne devrait plus être de nature à exclure l'application des règles communautaires de compétence, et plus aucun renvoi aux règles de compétence du droit national ne devrait désormais être envisagé ».

plus se fonder sur les articles 46⁶⁶⁶ et 1070⁶⁶⁷ du Code de procédure civile ni même, à titre subsidiaire, sur les articles 14 et 15 du Code civil. Par ailleurs et contrairement au Règlement Bruxelles II Bis⁶⁶⁸, le Règlement Aliments ne permet pas au juge saisi de faire application de ses propres règles de droit international privé⁶⁶⁹ pour déterminer sa compétence dans le cas où il ne peut régler cette dernière en vertu des chefs de compétence prévus par ledit Règlement.

632. L'extension extra-européenne du champ d'application du Règlement Aliments ne soulève guère de difficultés⁶⁷⁰. L'innovation majeure du Règlement Aliments réside avant tout dans la suppression de toute exequatur des décisions rendues par les juridictions d'un État membre lié par le Protocole de La Haye (Section 2). Cette suppression de l'exequatur a été possible dès lors que le Règlement Aliments a organisé une dissociation entre, d'une part, l'obligation alimentaire et le lien de famille sur lequel elle est fondée (Section 1).

Section 1 : Le principe de la dissociation de la catégorie obligations alimentaires des catégories connexes dans le Règlement Aliments

633. La dissociation de la catégorie obligations alimentaires sera étudiée sur le terrain de la compétence juridictionnelle (§1), sur celui de la compétence législative (§2) et sur celui de la circulation des décisions au sein de l'Union européenne (§3).

⁶⁶⁶ Selon lequel, « Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur (...) en matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage, la juridiction du lieu où demeure le créancier ».

⁶⁶⁷ En vertu duquel, « Le juge aux affaires familiales territorialement compétent est :

- le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ; si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ; dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure.

En cas de demande conjointe, le juge compétent est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre.

Toutefois, lorsque le litige porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs ».

⁶⁶⁸ Dont l'article 7 dispose que « Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4 et 5, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État ».

⁶⁶⁹ La même approche a été retenue par le Règlement Successions. Sur ce point, voir Andrea BONOMI / Patrick WAUTELET, *Le droit européen des successions*, 2^e éd., 2016, Bruylant, n°22 et p. 181 et s.

⁶⁷⁰ Pour une critique de cette extension cependant, voir H. MUIR-WATT / B. ANCEL, « Aliments sans frontières », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 457.

§1. La compétence juridictionnelle

634. Sur le plan de la compétence juridictionnelle, le Règlement Aliments se substitue à l'article 5.2 du Règlement Bruxelles I⁶⁷¹ et prévoit un nombre considérable de chefs de compétence dont l'objectif est de favoriser la saisine, par le créancier d'aliments, d'une juridiction située sur le territoire d'un État membre. Les règles de compétence ainsi consacrées par le Règlement Aliments sont fondées sur une idée de faveur au créancier. Le Règlement Aliments prévoit d'une part des règles de compétence objectives (1) et d'autre part, des règles de compétence fondées sur la volonté des parties (2).

A. Les règles de compétence objectives

635. Le Règlement Aliments prévoit des règles de compétence (1) et des règles relatives au maintien de la compétence juridictionnelle (2).

1. Les chefs de compétence du Règlement Aliments

636. Le Règlement Aliments édicte des règles de principe (a) et des règles destinées à favoriser la concentration du contentieux (b).

a) Les règles de compétence de principe

637. L'article 3 du Règlement Aliments consacre une compétence fondée sur la résidence habituelle du créancier. La consécration d'un *forum actoris*⁶⁷² en matière d'obligations alimentaires, s'explique au regard du caractère sensible de la matière⁶⁷³. La situation précaire dans laquelle peut se retrouver le créancier d'aliments, sa vulnérabilité et l'inégalité

⁶⁷¹ Ainsi, aux termes du considérant 44 du Règlement Aliments, « Le présent règlement devrait modifier le règlement (CE) n° 44/2001 en remplaçant les dispositions de celui-ci applicables en matière d'obligations alimentaires. Sous réserve des dispositions transitoires du présent règlement, les États membres devraient, en matière d'obligations alimentaires, appliquer les dispositions du présent règlement sur la compétence, sur la reconnaissance, la force exécutoire et l'exécution des décisions et sur l'aide judiciaire à la place de celles du règlement (CE) n° 44/2001 à compter de la date d'application du présent règlement ».

⁶⁷² Avant d'être consacré par certains instruments conventionnels, la compétence fondée sur la résidence habituelle du demandeur avait été dénoncée par certains États. Voir, à cet égard, Actes et Documents de la Huitième Session 1956, T.1, p. 204 et s.

⁶⁷³ De manière générale, cette compétence soulève la méfiance des États car jugée exorbitante. En matière alimentaire, aucun État ne s'est opposé à sa consécration.

économique intrinsèque à toute relation alimentaire justifient que soit accordée au créancier un statut protecteur⁶⁷⁴.

638. Le Règlement Bruxelles I reposait sur une idée de faveur au créancier d'aliments et lui offrait la possibilité, en sus du for général de l'article 2, de saisir les juridictions de l'État sur le territoire duquel il avait son domicile ou sa résidence habituelle. Cette idée de faveur imprègne également le Règlement Aliments lequel confère au créancier d'aliments un statut protecteur.

639. L'article 3 du Règlement Aliment prévoit ainsi plusieurs chefs de compétence alternatifs, non hiérarchisés, au choix du demandeur⁶⁷⁵. Sont ainsi alternativement compétentes « *la juridiction du lieu où le défendeur a sa résidence habituelle ou la juridiction du lieu où le créancier a sa résidence habituelle* ». Le Règlement Bruxelles I permettait au créancier d'aliments de saisir, selon son propre choix, le tribunal compétent de son domicile ou de sa résidence habituelle ou bien le tribunal du domicile du débiteur. Le débiteur, quant à lui, ne pouvait saisir que la juridiction du domicile du créancier.

640. Le Règlement Aliment abandonne le critère du domicile pour fonder la compétence juridictionnelle sur la seule résidence habituelle et assoit ainsi définitivement la primauté de ce critère de rattachement⁶⁷⁶. A l'instar de ses pairs, le Règlement Aliment ne définit cependant pas la notion de résidence habituelle.

641. La saisine du juge de la résidence habituelle du créancier d'aliments se justifie parce que ce dernier est le mieux placé pour statuer sur sa situation⁶⁷⁷ dès lors qu'il est au fait de ses conditions de vie et connaît l'environnement économique dans lequel évolue le créancier.

⁶⁷⁴ Une telle protection est également aménagée par le droit interne de certains États. Ainsi, en France, aux termes de l'article 1070 du Code de procédure civile, « *Toutefois, lorsque le litige porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs* ». La compétence du juge de la résidence habituelle ou du domicile du créancier d'aliments est également consacrée, en Suisse, par l'article 26 du Code de procédure civile. C'est également le cas en Allemagne (article § 232 FamFG) et en Belgique (article 626 du Code judiciaire).

⁶⁷⁵ Les règles édictées par le Règlement Aliments pour déterminer la compétence directe sont, à quelques nuances près, analogues à celles issues du Règlement Bruxelles I.

⁶⁷⁶ La prépondérance de ce critère transparaisait déjà dans le Règlement Bruxelles II Bis du 27 novembre 2003 qui définit les règles de compétence internationale en matière de désunion et de responsabilité parentale. Voir notamment articles 3 et 8 de cet instrument. Les Règlements européens successifs ont également généralisé ce critère de rattachement. Ainsi, le Règlement Rome III du 20 décembre 2010 érige également la résidence habituelle comme critère principal de rattachement. Le Règlement successions du 4 juillet 2012 offre également une place prépondérante à la résidence habituelle.

⁶⁷⁷ E. PATAUT, note sous CJCE 15 janv. 2004 : *Rev. crit. DIP* 2004, p. 471.

642. L'article 3 donne compétence aux juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le défendeur a sa résidence habituelle. Ici, aucune distinction n'est faite et le défendeur peut très bien être le créancier d'aliments ou bien le débiteur.

643. En pratique, cependant, l'article 3 consacre une option inégalitaire de compétence en faveur du créancier d'aliments.

En effet, tandis que le créancier d'aliments, dispose d'une véritable option lui permettant de saisir soit les juridictions de la résidence habituelle du débiteur d'aliments soit celles de sa résidence habituelle, le débiteur d'aliments, quant à lui, demandeur à l'instance ne pourra jamais saisir d'autres juridictions que celles de la résidence habituelle du créancier d'aliments, également défendeur à l'instance⁶⁷⁸.

644. Est également compétente, aux termes du même article, la juridiction qui est, selon la loi du for, compétente pour connaître d'une action relative à l'état des personnes ou à la responsabilité parentale dès lors que la demande relative à l'obligation alimentaire en est l'accessoire et que la compétence n'est pas exclusivement fondée sur la nationalité de l'une des parties. Les règles de compétence consacrées par le Règlement sont des règles spéciales en ce sens qu'elles désignent directement la juridiction de l'État membre compétente pour statuer sur l'obligation alimentaire. Le renvoi au droit procédural interne de l'État membre pour déterminer laquelle de ses juridictions est compétente est ainsi écarté.

b) Les règles de compétence en faveur de la concentration du contentieux

645. Outre la faveur clairement affichée à l'encontre du créancier d'aliments, le Règlement Aliments plaide également pour une concentration des contentieux lorsque la demande relative à l'obligation alimentaire est accessoire à une demande relative à l'état des personnes ou à la responsabilité parentale. L'article 3 du Règlement Aliments permet ainsi d'étendre la compétence du juge du divorce, déterminée par l'article 3 du 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 abrogeant le

⁶⁷⁸ N. JOUBERT, La mise en œuvre de l'obligation alimentaire en présence d'un élément d'extranéité dans les relations entre parents et enfants, *Dr. Fam.* janvier 2018, n°1, dossier 3 ; E. GALLANT, Le nouveau droit international privé alimentaire de l'Union : du sur-mesure pour les plaideurs, *Europe* février 2012, n°2, étude 2.

règlement (CE) n° 1347/2000⁶⁷⁹, et, depuis le 1^{er} août 2022, par l'article 3 du Règlement (UE) 2019/1111 du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants dit Bruxelles IIter⁶⁸⁰, et celle du juge de la responsabilité parentale, déterminée par l'article 8 du même instrument⁶⁸¹. Le Règlement précise que ces chefs de compétence ne peuvent être mis en œuvre lorsque la compétence principale est exclusivement fondée sur la nationalité de l'une des parties. Le chef de compétence prévu par l'article 3 c) du Règlement Aliments a été intégré dans la Convention de Bruxelles à la suite d'une modification du texte opérée en 1978. Ce chef de compétence était également consacré par l'article 5.2 du Règlement Bruxelles I. En revanche, le chef de compétence introduit par l'article 3 d) est une nouveauté du Règlement. Certains ont pu douter de son utilité en raison de son caractère superflu au regard de l'article 3 c).

646. Pour certains auteurs, l'action relative à la responsabilité parentale entre dans le sillon de l'action relative à l'état des personnes⁶⁸². En réalité, cette disposition revêt une certaine importance dès lors que le juge compétent pour se prononcer sur le divorce ne l'est nécessairement pas pour statuer sur les questions relatives à la responsabilité parentale notamment lorsque les enfants résident dans un autre État membre que celui dans lequel la demande de divorce a été formée.

⁶⁷⁹ Aux termes duquel, « 1. Sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux, les juridictions de l'État membre :

a) sur le territoire duquel se trouve :

- la résidence habituelle des époux, ou

- la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou

- la résidence habituelle du défendeur, ou

- en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou

- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou

- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'État membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son « domicile »;

b) de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du "domicile" commun ».

⁶⁸⁰ Sur ce Règlement voir notamment : GALLANT Estelle, « Le nouveau Règlement Bruxelles IIter », *AJ Fam.* 2019, p. 401 ; A. BONOMI, « La compétence internationale en matière de divorce – Quelques suggestions pour une (improbable) révision du Règlement Bruxelles IIbis », *Rev. Crit. DIP* 2017, n°4, pp. 511-534 ; S. CORNELOUP / T. KRUGER, « Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du terrain », *Rev. Crit. DIP* 2020, n°2, pp. 215-245 ;

⁶⁸¹ Selon lequel, « Les juridictions d'un État membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet État membre au moment où la juridiction est saisie ».

⁶⁸² A. BOICHE, « Les règles de compétence judiciaire », *AJ fam.* 2009, p. 107 ; C. NOURISSAT, « 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 », *Procédures* juin 2009, n°6, étude 5.

647. La Cour de justice est intervenue pour préciser la mise en œuvre des articles 3 c) et 3 d) du Règlement dans un arrêt en date du 16 juillet 2015⁶⁸³.

648. L'espèce concernait deux époux de nationalité italienne, résidant à Londres et parents de deux enfants. L'époux avait introduit, auprès des juridictions italiennes, une procédure de séparation de corps à l'encontre de son épouse. Il avait également sollicité auprès du juge italien qu'il statue sur la question de la résidence des enfants, de la contribution alimentaire en faveur de ces derniers et sur celle relative à la pension alimentaire en faveur de son l'ex-épouse.

De son côté, l'épouse avait introduit, auprès de la juridiction italienne, une demande reconventionnelle en séparation et avait sollicité le versement d'une pension mensuelle. Elle avait également relevé l'incompétence de la juridiction italienne pour statuer sur le sort des enfants tant en matière de droits de visite et d'hébergements qu'en matière de contribution alimentaire. La juridiction italienne avait alors procédé à une distinction des contentieux puis avait réparti les compétences entre elle-même et la juridiction britannique. S'il a admis sa compétence pour se prononcer sur le divorce, le juge saisi a en revanche considéré, sur le fondement de l'article 8 § 1 du Règlement Bruxelles IIbis, que seules les juridictions britanniques étaient compétentes pour statuer sur le sort des enfants dès lors que ces derniers résidaient habituellement à Londres.

649. Se fondant sur l'article 3 c) du Règlement Aliments, le juge italien avait admis sa compétence pour statuer sur la pension alimentaire sollicitée par l'épouse mais avait, en revanche, décliné sa compétence, au profit des juridictions britanniques, pour connaître de la demande relative à l'entretien des enfants mineurs, celle-ci étant accessoire à l'action relative à la responsabilité parentale.

650. Saisie de la question, la Cour de justice a décidé que « *l'article 3, sous c) et d), du règlement (...) doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une juridiction d'un État membre est saisie d'une action portant sur la séparation ou la rupture du lien conjugal entre les parents d'un enfant mineur et qu'une juridiction d'un autre État membre est saisie d'une action en responsabilité parentale concernant cet enfant, une demande relative à une obligation alimentaire concernant ce même enfant est uniquement accessoire à l'action relative à la responsabilité parentale, au sens de l'article 3, sous d), de ce règlement* ».

⁶⁸³ CJUE, 3e ch., 16 juill. 2015, aff. C-184/14, A. c/ B, *Procédures* octobre 2015, p. 16, note C. NOURISSAT ; *Rev. crit. DIP* 2016, p. 180, note F. MARCHADIER.

651. La Cour de justice avait relevé que « *par sa nature une demande relative aux obligations alimentaires concernant les enfants mineurs est ainsi intrinsèquement liée à l'action en responsabilité parentale* »⁶⁸⁴ tandis que cette demande n'était pas « *nécessairement liée à une action relative au divorce ou à la séparation* »⁶⁸⁵. La Cour part de l'idée que la demande relative à la contribution alimentaire en faveur des enfants ne peut être l'accessoire de l'une ou l'autre des actions sans distinction.

652. Dans son arrêt, la Cour rappelle que les objectifs poursuivis par le Règlement Aliments visent à préserver les intérêts des créanciers d'aliments et à favoriser une bonne administration de la justice au sein de l'Union européenne⁶⁸⁶. Il appartient au juge qui statue sur la responsabilité parentale de déterminer avec lequel des deux parents l'enfant résidera et de définir un droit de visite et d'hébergement au profit de l'autre parent. Le juge fixera alors le montant de la pension alimentaire et désignera lequel des deux parents en sera le débiteur. Le juge compétent en matière de responsabilité, parce que juge de la résidence habituelle des enfants est certainement le mieux placé statuer sur la contribution due à ces derniers simplement parce qu'il connaît l'environnement au sein duquel les enfants évoluent.

653. En conséquence, le juge saisi pour statuer sur une demande relative à un divorce ne peut pas statuer sur la demande accessoire relative à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants s'il n'est pas le juge de la résidence habituelle des enfants. Si les solutions consacrées par le Règlement Aliments et par la jurisprudence conduisent à un morcellement du contentieux, elles favorisent néanmoins son règlement en se fondant sur une certaine proximité entre le juge saisi et le litige. Dans ses conclusions, l'Avocat général⁶⁸⁷ avait, au nom du critère de proximité et de l'intérêt supérieur des enfants, prôné une restriction de la liberté offerte aux époux par l'article 3 du Règlement Bruxelles IIbis quant au choix de la juridiction compétente pour statuer sur leur divorce.

654. Ce dernier avait relevé qu'« *en raison du caractère impératif de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, la compétence de la juridiction appelée à en connaître doit respecter le critère de proximité à l'exclusion de tout autre* »⁶⁸⁸. Il en résulte que, dans le cas

⁶⁸⁴ CJUE, 16 juillet 2015, *A. c. B.*, pt. 40.

⁶⁸⁵ CJUE, 16 juillet 2015, *A. c. B.*, pt. 42.

⁶⁸⁶ CJUE, 16 juillet 2015, *A. c. B.*, pt. 41.

⁶⁸⁷ Le raisonnement de l'Avocat général a été suivi par la Cour de justice de l'Union européenne.

⁶⁸⁸ Conclusions de M. Y. BOT, Avocat Général, § 63.

d'espèce, « *l'intérêt supérieur de l'enfant nous impose, dès lors, de décliner la compétence des juridictions italiennes au profit des juridictions de l'État membre sur le territoire duquel les enfants ont leur résidence habituelle, à savoir les juridictions anglaises, ces dernières étant, d'ailleurs, compétentes pour connaître de l'action relative à la responsabilité parentale* » aux termes de l'article 8 du Règlement Bruxelles IIbis⁶⁸⁹. La compétence doit alors être déterminée par le critère de proximité. Dans ce cas les juridictions italiennes auraient dû décliner leur compétence pour l'intégralité de la procédure au profit des juridictions britanniques lesquelles étaient, en l'espèce, certainement les mieux placées pour statuer sur la séparation du couple et les questions y afférentes.

655. Quelques années plus tard, la Cour de justice a apporté une nouvelle réponse à la délicate question de l'articulation des chefs de compétence consacrés par l'article 3 du Règlement Aliments⁶⁹⁰. L'espèce concernait un couple de nationalité roumaine, résidant habituellement au Royaume-Uni et parents d'un enfant. Le couple se sépare et l'époux décide alors de rentrer en Roumanie. Son épouse, demeurée au Royaume-Uni avec l'enfant du couple, assigne alors son époux devant les juridictions roumaines et sollicite l'obtention de la dissolution du mariage, la fixation de la résidence de l'enfant à son domicile, l'exercice exclusif de l'autorité parentale et la condamnation du père au paiement d'une pension alimentaire en faveur de l'enfant. Le juge roumain a admis sa compétence pour statuer sur le divorce mais il a, en revanche, décliné sa compétence pour se prononcer sur la responsabilité parentale, la résidence de l'enfant étant située au Royaume-Uni.

656. La question qui se posait au juge roumain était dès lors de savoir s'il pouvait, malgré son incompétence pour statuer sur la responsabilité parentale, se prononcer sur la question de la contribution alimentaire en faveur de l'enfant sur le fondement des articles 3 a) et 5 du Règlement Aliments. La solution adoptée par la Cour de justice dans son arrêt du 16 juillet 2015 signifiait-elle que le juge de la responsabilité parentale disposait d'une compétence exclusive pour statuer sur les demandes alimentaires en faveur d'un enfant ? Dans l'affaire en

⁶⁸⁹ Conclusions de M. Y. BOT, Avocat Général, § 64.

⁶⁹⁰ CJUE, 5 septembre 2019, R. c/ P, aff. C-468/18, *Procédures* 2019, comm. 287, C. NOURRISSAT ; *Europe* 2019, comm. 472, L. IDOT ; *Dr. Fam.* 2020, comm. 36, M. FARGE ; *AJ Fam.* 2020, 63, obs. A. BOICHE ; *Dalloz Actualité*, 11 octobre 2019, obs. F. MELIN.

cause, la Cour de justice a souligné que les circonstances de l'espèce différaient de celles qui avait donné lieu à l'arrêt du 16 juillet 2015⁶⁹¹.

657. Elle a ensuite décidé que « *le fait qu'une juridiction se soit déclarée incompétente pour statuer sur une action relative à l'exercice de la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant mineur ne préjuge pas de la compétence de celle-ci pour statuer sur des demandes en matière d'obligations alimentaires en faveur de celui-ci si cette compétence peut être fondée, comme dans l'affaire au principal, sur l'article 3, sous a), du Règlement n°4/2009 voire sur l'article 5 de ce Règlement* »⁶⁹². Il en ressort que le juge de la responsabilité parentale n'est pas exclusivement compétent pour statuer sur une demande relative à une obligation alimentaire en faveur d'un enfant, le juge de la résidence habituelle du défendeur pouvant également se prononcer sur cette question sur le fondement de l'article 3 a) du Règlement Aliments.

2. Le maintien de la compétence juridictionnelle

658. La faveur à l'encontre du créancier et la protection que lui accorde le Règlement Aliments sont également maintenues en présence d'une décision rendue par les juridictions d'un État membre. Ainsi, aux termes de l'article 8 du Règlement, le débiteur ne pourra pas introduire, dans un autre État membre, une procédure aux fins de modifier la décision rendue ou d'en obtenir une nouvelle « *tant que le créancier continue à résider habituellement dans l'État dans lequel la décision a été rendue* ». Dans le cas où le débiteur transfère sa résidence habituelle sur le territoire d'un autre État membre, l'article 3 ne lui permettra pas de saisir d'autres autorités que celles de la résidence habituelle du créancier. La protection offerte au créancier par l'article 8 du Règlement a donc uniquement vocation à s'appliquer dans tous les cas où le débiteur d'aliments peut saisir les juridictions d'un autre État membre que celles de la résidence habituelle du créancier.

⁶⁹¹ CJUE, 5 septembre 2019, pt. 39. La Cour a rappelé que « par l'arrêt du 16 juillet 2015 (...), la Cour a uniquement interprété les points c) et d) de l'article 3 du Règlement n°4/2009 et non les autres critères de compétence prévus à cet article 3 ou à l'article 5 de ce règlement. Ces autres critères n'étaient pas pertinents dans cette affaire dès lors que, contrairement aux circonstances de fait de l'affaire au principal, les conjoints, parents des enfants créanciers d'aliments, avaient leur résidence habituelle dans le même État membre que leurs enfants, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 52 de ses conclusions, et, par ailleurs, que le défendeur avait comparu devant la juridiction saisie, uniquement pour contester la compétence de celle-ci ».

⁶⁹² CJUE, 5 septembre 2019, pt. 40.

659. Ce cas de figure peut se présenter dans le cadre de l'application de l'article 3 c). Aux termes de cet article, est compétente pour statuer en matière d'obligations alimentaires, la juridiction compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à l'état des personnes dès lors que la demande alimentaire est accessoire à cette action. Cet article permet de concentrer entre les mains d'un juge unique, la demande principale relative au statut personnel et la demande accessoire portant sur une obligation alimentaire.

660. Prenons l'exemple d'un enfant, résidant habituellement à Paris qui saisit les juridictions françaises d'une demande en aliments à l'égard de son père, résidant habituellement à Prague (République Tchèque). Le juge français accède à sa demande. Devant les juridictions pragoises, le père conteste son lien de filiation paternelle et sollicite, à titre accessoire, la suppression de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant fixée par le juge français. Dans ce cas, le débiteur d'aliments se trouvera dans une situation dans laquelle il pourra saisir les juridictions d'un autre État membre que celles de la résidence habituelle du créancier.

661. Cependant, une telle configuration demeure hypothétique. En effet, l'option de compétence ouverte au demandeur à l'article 3 c) du Règlement Aliments se trouvera anéantie par le jeu de l'article 8 dès lors que le créancier d'aliments aura obtenu, dans son État de résidence habituelle, une décision. Le débiteur n'aura alors d'autres choix que de saisir les autorités de la résidence habituelle du créancier s'il entend solliciter une modification ou obtenir une nouvelle décision.

En droit matériel français, la pension alimentaire est fixée selon les besoins du créancier et les facultés du débiteurs⁶⁹³. De manière générale, au sein de la communauté des Etats européens, il existe, dans le cadre de la fixation d'une pension alimentaire, une proportionnalité entre d'une part, les ressources du débiteur et, d'autre part, les besoins et nécessités du créancier d'aliments⁶⁹⁴. Dès lors que le montant de la pension alimentaire est proportionnel tant aux

⁶⁹³ Ainsi, aux termes de l'article 214 du Code civil français, « *Si le contrat de mariage ne règle pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils contribuent à celles-ci en proportion de leurs facultés respectives* ». L'article 371-2 du même Code prévoit que « *Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* ». En Suisse, l'article 329 du Code civil prévoit que « *L'action alimentaire est intentée contre les débiteurs dans l'ordre de leurs droits de succession ; elle tend aux prestations nécessaires à l'entretien du demandeur et compatibles avec les ressources de l'autre partie. En Allemagne, le montant des aliments est déterminé par les besoins et nécessités du créancier, d'une part, et par les ressources du débiteur, d'autre part* » (voir § 1578 BGB).

⁶⁹⁴ Cette proportionnalité est notamment consacrée en Autriche, en Belgique (articles 208 et 209 du Code civil), en Bulgarie, à Chypre (article 33 de la loi 216/1990), en Croatie, en Espagne, en Finlande (voir par exemple, article 2 de la loi 704/1975 sur l'entretien des enfants), en Hongrie, en Italie (article 438 du *Codice Civile*), au

besoins du créancier qu'aux ressources du débiteur, elle revêt un caractère provisoire et peut, dès lors, faire l'objet d'une modification, à charge pour le débiteur de démontrer que le montant de la pension est devenu inadapté aux besoins du créancier et aux ressources du débiteur ou bien qu'un changement des situations respectives, sur lesquelles le juge s'était fondé pour statuer, est intervenu. En raison du caractère provisoire de la décision fixant des aliments, la tentation peut alors être grande pour le débiteur désireux de se libérer de sa dette, de saisir les autorités d'un autre for, en vue d'obtenir une nouvelle décision. Le maintien de la compétence du juge de la résidence habituelle du créancier, aussi longtemps que ce dernier continue de résider habituellement dans l'État dans lequel la décision a été rendue, se justifie par la nécessité de faire obstacle à un recours dilatoire du débiteur désireux d'échapper à une condamnation à verser des aliments. L'article 8 du Règlement Aliments consacre ainsi une sorte de *perpetuatio fori* et confère à la compétence du juge de l'État de la résidence habituelle du créancier un caractère exclusif⁶⁹⁵. Le maintien de compétence, prévue par le Règlement aliments dans le but de prévenir toute manœuvre dilatoire du débiteur visant à obtenir la modification d'une décision rendue par les juridictions d'un État membre, n'a pas été consacrée par la Convention de Lugano.

662. En revanche, il a été consacré par le système conventionnel de La Haye. En effet, aux termes de l'article 18.1 de la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille, seul article de la Convention consacrant une règle de compétence directe⁶⁹⁶, « *lorsqu'une décision a été rendue dans un État contractant où le créancier a sa résidence habituelle, des procédures pour modifier la décision ou obtenir une nouvelle décision ne peuvent être introduites par le débiteur dans un autre État contractant, tant que le créancier continue à résider habituellement dans l'État où la décision a été rendue* ». La convergence du Règlement Aliments et de la Convention de La Haye de 2007 sur la question du maintien de la compétence des juridictions de l'État de la résidence habituelle du créancier, aussi longtemps que ce dernier y réside, est un mécanisme de protection efficace et favorable au créancier. Ce mécanisme de protection a vocation à

Luxembourg, à Malte, aux Pays-Bas, en Pologne, au Portugal, en République Tchèque, en Roumanie, en Slovaquie (article 75 § 1 de la loi sur la famille), et en Suède.

⁶⁹⁵ N. JOUBERT, Aliments, *Rép. Dr. Int.* Janvier 2019, n°55.

⁶⁹⁶ P. BEAUMONT, International Family Law in Europe – The Maintenance Project, The Hague Conference and the EC : A Triumph of Reverse Subsidiarity, *RabelZ* 2009, p. 509 et particulièrement p. 532.

s'appliquer aussi bien dans les rapports entre Etats membres que dans les rapports entre Etats membres et Etats tiers, parties à la Convention de La Haye⁶⁹⁷.

B. Les règles de compétence fondées sur la volonté des parties

663. La compétence fondée sur la volonté des parties découle de deux évènements : la conclusion d'une clause d'élection de for (1) et la comparution volontaire du défendeur à l'instance (2).

1. La désignation conventionnelle d'un for compétent : l'élection de for

664. Le Règlement Aliments permet aux parties de désigner conventionnellement un for compétent. Cette possibilité existait déjà sous l'empire du Règlement Bruxelles I mais n'était cependant pas encadrée⁶⁹⁸ et une grande liberté était alors laissée aux parties.

665. Afin de protéger le créancier d'aliments engagé dans une relation inégalitaire, le Règlement Aliments encadre strictement le recours aux clauses attributives de juridiction. Le créancier est appréhendé, dans le système du Règlement Aliments, comme une partie faible à laquelle il convient d'accorder une protection particulière à l'instar de celle dont bénéficient l'assuré, le consommateur et le travailleur dans le système du Règlement Bruxelles Ibis.

666. En matière d'élection de for, le choix des parties ne peut donc se porter que sur les juridictions de l'État membre de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'une d'entre elles⁶⁹⁹. L'article 4 c) introduit une règle spéciale applicables aux époux et ex-époux qui pourront soumettre les questions alimentaires les concernant, à la juridiction compétente déjà

⁶⁹⁷ B. ANCEL, H. MUIR-WATT, « Aliments sans frontières », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 457.

⁶⁹⁸ Aux termes de l'article 23 du Règlement Bruxelles I, « 1. Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue :

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou

c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite (...) ».

⁶⁹⁹ Article 4 du Règlement Aliments.

compétente pour connaître de leurs différends en matière matrimoniale ou à la juridiction de l'État membre de leur dernière résidence habituelle commune sous réserve que cette dernière ait duré au moins un an. En revanche, en raison de la situation particulièrement vulnérable dans laquelle ils se trouvent, les accords d'élection de for sont exclus pour les « *litiges portant sur une obligation alimentaire à l'égard d'un enfant de moins de dix-huit ans* »⁷⁰⁰.

667. Cependant, l'article 5 du Règlement, qui consacre une compétence fondée sur la comparution du défendeur, confère à cette protection un caractère relatif. Aux termes de cet article, « *la juridiction compétente d'un État membre devant laquelle le défendeur comparait est compétente* » sauf si cette comparution a pour objet de contester la compétence de la juridiction saisie⁷⁰¹.

668. A l'instar de l'article 26.1 du règlement Bruxelles *Ibis* et de l'article 24 de la Convention de Lugano⁷⁰², l'article 5 du Règlement Aliments ne contient aucune règle permettant de limiter le cercle des personnes concernées ou encore les effets d'une telle comparution.

669. Enfin, l'article 4.4 donne aux parties la possibilité de désigner, pour résoudre leurs différends, les juridictions d'un État partie à la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 relative concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁷⁰³. A cet égard, les solutions prévues par le Règlement Aliments ne coïncident pas avec celles retenues par la Convention de Lugano. En matière de prorogation volontaire de compétence, l'article 4.5 du Règlement Aliments encadre strictement le choix des parties tandis que, dans le système de la Convention de Lugano, le choix reste peu encadré.

2. La compétence fondée sur la comparution du défendeur

670. La comparution volontaire du défendeur attribuée à la juridiction d'un État membre saisie la compétence pour statuer sur un litige porté devant elle. Dès lors que le défendeur comparait devant la juridiction de l'État membre saisie par le demandeur sans en contester la compétence,

⁷⁰⁰ Article 4 § 3.

⁷⁰¹ Une compétence similaire est consacrée par l'article 26.1 du Règlement Bruxelles *Ibis* et par l'article 24 de la Convention de Lugano.

⁷⁰² Ces deux articles réservent cependant le cas où une juridiction détient une compétence exclusive.

⁷⁰³ Cette Convention lie les États membres de l'Union européenne, la Suisse, la Norvège et l'Islande.

il est alors réputé avoir accepté cette dernière⁷⁰⁴. La volonté du défendeur de se soumettre à l'autorité de la juridiction saisie est entièrement déduite de son comportement dont on estime qu'il est significatif et sans ambiguïté. Appréhender la comparution du défendeur comme la manifestation tacite de sa volonté de se soumettre à la compétence du juge saisi peut s'avérer périlleux pour le défendeur non aguerri. Ce dernier peut en effet soulever des moyens de défense au fond alors même que le juge devant lequel il plaide est incompetent.

671. L'admission d'une prorogation tacite de for ne peut être acquise si le défendeur n'a pas conscience des conséquences de sa comparution. L'intention du défendeur de se soumettre à la compétence de la juridiction saisie doit être non équivoque. Le juge saisi se retrouve alors en première ligne pour apprécier l'intention du défendeur de se soumettre à son autorité. En présence d'une partie faible, comme un créancier d'aliments, le juge saisi pourrait vérifier, d'office, que le défendeur a pleine conscience des effets de sa comparution. Cette proposition avait été faite par les gouvernements tchèque et slovaque, devant la Cour de justice, dans le cadre de l'application du Règlement Bruxelles I⁷⁰⁵.

672. Si la Cour de justice a approuvé la nécessité de vérifier l'intention du défendeur, elle ne l'a assortie d'aucune contraintes⁷⁰⁶. La balle a été renvoyée au législateur européen, une telle obligation ne pouvant découler que d'une disposition expresse du Règlement⁷⁰⁷. Il en ressort que le juge saisi peut, sans toutefois y être tenu, s'assurer, spécialement en présence d'une partie faible, que le défendeur attire devant lui et comparaisant a pleinement conscience des effets de sa comparution.

673. Au regard du droit des contrats, l'enfant mineur, vulnérable, ne dispose pas de la capacité de contracter⁷⁰⁸. Si la prorogation volontaire de for est exclue lorsque sont en jeu des obligations alimentaires à l'encontre d'enfants n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit ans, la prorogation tacite de compétence demeure, quant à elle, admise, la rédaction, peu restrictive, de l'article 5 laissant,

⁷⁰⁴ CJCE, 13 juillet 2000, Aff. C-412/98, *Group Josi Reinsurance Company SA*. Dans cet arrêt, la Cour de justice a jugé que « la comparution volontaire du défendeur fonde la compétence de la juridiction d'un État contractant saisie par le demandeur, sans que le lieu du domicile du défendeur soit pertinent (pt. 44).

⁷⁰⁵ CJUE, 20 mai 2010, *Vienna Insurance Group*, Aff. C-111/09, pt. 31, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 575, note E. PATAUT.

⁷⁰⁶ CJUE, *Vienna Insurance Group*, pt. 32.

⁷⁰⁷ CJUE, *Vienna Insurance Group*, pt. 32.

⁷⁰⁸ Article 1145 du Code civil aux termes duquel, « sont incapables de contracter dans la mesure définie par la loi : 1. Les mineurs non émancipés (...) ».

en effet, supposer que la comparution du défendeur sera susceptible de fonder la compétence de la juridiction saisie y compris en présence d'un enfant mineur⁷⁰⁹.

674. Pourtant, la vulnérabilité du mineur et le caractère intrinsèquement inégalitaire de la relation alimentaire auraient dû conduire le législateur européen à limiter les effets de la comparution du défendeur lorsque ce dernier n'a pas atteint l'âge de raison. En conséquence, la protection dont bénéficie le mineur cesse dès lors que ce dernier comparait devant la juridiction saisie par le demandeur. Une fois acquise, la compétence de la juridiction saisie ne pourra être remise en question tant sur le terrain de la vérification de la compétence⁷¹⁰ que sur celui de la reconnaissance et de l'exécution des décisions.

675. Le Règlement Aliments, à l'instar du Règlement Bruxelles *Ibis* et de la Convention de Lugano mais, contrairement aux Règlements européens relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, ne limite pas le cercle des juridictions dont la compétence est susceptible d'être fondée sur la comparution volontaire du défendeur⁷¹¹. Dans le système des Règlements régimes matrimoniaux⁷¹² et partenariats enregistrés⁷¹³, la protection du défendeur comparissant est assurée. En effet, la comparution volontaire du défendeur attribue compétence à la juridiction saisie par le demandeur seulement si la juridiction saisie est celle dont la loi est applicable soit en vertu d'un choix de loi soit, à défaut de choix, lorsque la compétence est fondée sur la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage ou, à défaut, sur leur nationalité commune au moment de la célébration du mariage⁷¹⁴. Les Règlements assurent ainsi une convergence entre le for compétent et la loi

⁷⁰⁹ N. JOUBERT, *Aliments*, Rép. Dr. int., janvier 2019, n°47 et s. et spéc. n°49.

⁷¹⁰ Aux termes de l'article 10 du Règlement Aliments, « La juridiction d'un État membre saisie d'une affaire pour laquelle elle n'est pas compétente en vertu du présent règlement se déclare d'office incompétente ».

⁷¹¹ Aux termes de l'article 8.1 du Règlement régimes matrimoniaux, « outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, la juridiction d'un État membre dont la loi est applicable en vertu de l'article 22 ou de l'article 26, paragraphe 1, point a) ou b), et devant laquelle le défendeur comparait est compétente. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence, ou dans les affaires relevant de l'article 4 ou de l'article 5, paragraphe 1 ». Rédigé d'une manière très similaire, l'article 8.1 du Règlement partenariats enregistrés dispose que « outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, la juridiction d'un État membre dont la loi est applicable en vertu de l'article 22 ou de l'article 26, paragraphe 1, et devant laquelle le défendeur comparait est compétente. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence, ou dans les affaires relevant de l'article 4 ».

⁷¹² 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

⁷¹³ Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

⁷¹⁴ Aux termes de l'article 8 du Règlement Régimes matrimoniaux, « 1. Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, la juridiction d'un État membre dont la loi est applicable en vertu de

applicable en cas de comparution du défendeur. Par ailleurs, le texte des règlements précise également que, préalablement à l'admission de sa compétence, la juridiction saisie doit s'assurer que le défendeur a bien été informé « *de son droit de contester la compétence et les conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution* ». Outre la protection qu'elle confère au défendeur, cette solution permet également de s'assurer que la juridiction saisie sera compétente sur le fondement de critères de proximité plus significatifs que la seule comparution du défendeur.

676. La prorogation tacite de compétence ne joue pas dès lors que le défendeur comparait devant le juge saisi dans le seul but de contester sa compétence. Le moment auquel l'exception d'incompétence peut être soulevée par le défendeur est déterminée par la loi de l'État de la juridiction devant laquelle il comparait⁷¹⁵. De manière générale, l'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense au fond⁷¹⁶ et au plus tard, avant « le moment de la prise de position considérée, par le droit procédural national, comme la première défense adressée au juge saisi »⁷¹⁷. Le défendeur peut également, soulever l'incompétence de la juridiction saisie tout en présentant, à titre subsidiaire, une défense au fond⁷¹⁸.

677. Dans un récent arrêt, la Cour de justice a admis que la compétence de la juridiction saisie est fondée, au sens de l'article 5 du Règlement Aliments, lorsque le défendeur comparait devant cette dernière et sollicite le rejet des demandes au fond sans toutefois soulever une exception d'incompétence⁷¹⁹. En revanche, selon la Cour de justice, l'acceptation tacite de la compétence

l'article 22 ou de l'article 26, paragraphe 1, point a) ou b), et devant laquelle le défendeur comparaît est compétente. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence, ou dans les affaires relevant de l'article 4 ou de l'article 5, paragraphe 1.

2. Avant de se déclarer compétente en vertu du paragraphe 1, la juridiction s'assure que le défendeur est informé de son droit de contester la compétence et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution ». Selon l'article 8 du Règlement Partenariats enregistrés, « 1. Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, la juridiction d'un État membre dont la loi est applicable en vertu de l'article 22 ou de l'article 26, paragraphe 1, et devant laquelle le défendeur comparaît est compétente. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence, ou dans les affaires relevant de l'article 4.

2. Avant de se déclarer compétente en vertu du paragraphe 1, la juridiction s'assure que le défendeur est informé de son droit de contester la compétence et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution ».

⁷¹⁵ M. P. JENARD, Rapport du 5 mars 1979 sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, n° C/59, p. 38.

⁷¹⁶ En France, aux termes de l'article 74 du Code de procédure civile, « les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir ». La même règle est également consacrée par l'article 854 du Code judiciaire belge. Selon cet article, « sauf lorsqu'elle est d'ordre public, l'incompétence du juge saisi est doit être proposée avant toutes exceptions et moyens de défense ».

⁷¹⁷ CJCE, 24 juin 1981, *Elefanten Schuh*, Aff. 150/80.

⁷¹⁸ CJCE, 22 octobre 1981, *Établissements Rohr S.A.*, Aff. 27/81.

⁷¹⁹ CJUE, 20 septembre 2018, *Mölk*, Aff. C-214/17, pt. 50. *Rev. crit. DIP* 2019, p.146, note N. JOUBERT ; *D. actualités*, 5 octobre 2018, obs. F. MÉLIN, *D.* 2018, p. 1864 ; *Dr. Famille* 2018, comm. 292, note M. FARGE.

par le défendeur dans le cadre de l'article 5 du Règlement Aliments ne signifie pas pour autant que ce dernier a également « saisi » l'autorité de l'État de résidence habituelle du débiteur au sens de l'article 4.3 du Protocole de la Haye⁷²⁰.

678. Officiant dans un domaine particulièrement sensible, le Règlement Aliments peine cependant ici à assurer une protection effective au défendeur qui comparait, spécifiquement lorsque ce dernier est un enfant âgé de moins de dix-huit ans. L'article 5, qui ne repose sur aucun critère de proximité, consacre une compétence exclusivement fondée sur le comportement procédural du défendeur. Dans une telle configuration, seul le juge saisi par le demandeur peut pallier l'insuffisance du Règlement en s'assurant de la bonne compréhension du défendeur quant aux conséquences de sa comparution volontaire. Cependant, il s'agit ici d'une simple faculté pour le juge lequel peut tout à fait demeurer silencieux et admettre sa compétence si le défendeur ne soulève pas l'exception⁷²¹.

§2. La compétence législative

679. Aux termes de l'article 15 du Règlement Aliments, « *la loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après dénommé «le protocole de La Haye de 2007⁷²²»)* pour les États membres liés par cet instrument ».

670. La question de l'applicabilité du Protocole de La Haye aux couples de personnes de même sexe se pose. L'instrument détermine uniquement la loi applicable aux obligations alimentaires et non celle applicable à la relation de famille, à son existence ou sa validité.

⁷²⁰ CJUE, Mölk, pt. 51. Aux termes de cet article, « (...) *la loi du for s'applique lorsque le créancier a saisi l'autorité compétente de l'État où le débiteur a sa résidence habituelle (...)* ».

⁷²¹ L'article 5 du Règlement Aliments soulève également quelques écueils notamment sur la question de sa comptabilité avec le droit à un recours effectif et à l'accès à un tribunal impartial tel que garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, voir N. JOUBERT, La loi applicable à l'action en révision de la pension alimentaire intentée devant les tribunaux de la résidence habituelle du débiteur d'aliments, *Rev. crit. DIP* 2019, p.146, spéc. n°16 et N. JOUBERT, Aliments, Rep. Dr. Int., janvier 2019, n°48.

⁷²² Sur cet instrument, voir A. BONOMI, Rapport explicatif du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Bureau permanent de la Conférence disponible sous < <https://assets.hcch.net/docs/44d7912f-ce6d-487e-b3ac-65bbd14fe1b2.pdf>> (dernière consultation le 26 janvier 2023).

671. Les questions relatives à l'existence ou la validité de la relation de famille est régie par le droit national de chaque État contractant. Pour autant, la question a pu se poser notamment avec la mise en place d'une règle spéciale destinée aux époux, ex-époux ou aux personnes dont le mariage a été annulé. La question peut également se poser dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 4 lequel institue des règles de conflit spéciales en faveur de certains créanciers. Ces règles régissent notamment les obligations alimentaires des parents envers leurs enfants. La mise en œuvre de ces règles soulèvera, dans certains cas, la question de l'existence même d'un lien d'alliance ou de parenté.

672. Le Protocole demeure silencieux sur la question et chaque État sera, finalement, libre de faire application des règles édictées par le Protocole au mariage entre personnes de même sexe⁷²³ ou aux filiations électives.

673. L'article 3 du Protocole prévoit une règle générale relative à la loi applicable. Aux termes de cet article, les obligations alimentaires seront régies par la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier d'aliments⁷²⁴.

674. Ce critère de rattachement est cohérent dès lors qu'il permet de déterminer au mieux le montant des aliments dus en tenant compte des conditions de vie du créancier d'aliments. En outre, en matière de compétence juridictionnelle, le critère retenu est celui de la résidence habituelle. En conséquence, dans la plupart des cas, la compétence juridictionnelle coïncidera avec la compétence législative et le juge saisi fera donc application de sa propre loi dont il a une très bonne connaissance.

En cas de changement de résidence habituelle, le Protocole précise que la loi de la nouvelle résidence habituelle s'appliquera à la question des obligations alimentaires.

675. Le Protocole de La Haye prévoit également des règles de conflit spéciales en faveur de certains créanciers vulnérables. Les règles de conflit spéciales concernant les obligations

⁷²³ voir A. BONOMI, Rapport explicatif du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Bureau permanent de la Conférence disponible sous < <https://assets.hcch.net/docs/44d7912f-ce6d-487e-b3ac-65bbd14fe1b2.pdf>> (dernière consultation le 26 janvier 2023), § 31.

⁷²⁴ Sur la détermination de la résidence habituelle, voir Cour de cassation, Chambre civile 1, 14 décembre 2005, n°05-10.951, « *La résidence habituelle, notion autonome du droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts* ».

alimentaires des parents envers leurs enfants, des personnes, autres que les parents, envers des personnes âgées de moins de 21 ans et des enfants envers leurs parents.

L'article 4 prévoit un rattachement subsidiaire à la loi du for lorsque le créancier d'aliments ne peut pas obtenir d'aliments en vertu de la loi de sa résidence habituelle.

676. Nonobstant l'article 3, la loi du for s'applique également lorsque le créancier a saisi l'autorité compétente de l'État où le débiteur a sa résidence habituelle. Toutefois, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier s'applique lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi du for.

677. Enfin, la loi de l'État dont le créancier et le débiteur ont la nationalité commune, s'ils en ont une, s'applique lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu des lois mentionnées à l'article 3 et aux paragraphes 2 et 3 de l'article 4.

678. L'article 5 du Protocole aménage une règle spéciale destinés aux époux, ex-époux et aux personnes dont le mariage a été annulé. Aux termes de cet article, *« l'article 3 ne s'applique pas lorsque l'une des parties s'y oppose et que la loi d'un autre État, en particulier l'État de leur dernière résidence habituelle commune, présente un lien plus étroit avec le mariage. Dans ce cas, la loi de cet autre État s'applique »*.

679. L'article 13 prévoit une réserve d'ordre public. L'application de la loi étrangère sera donc écartée si ses effets sont manifestement contraires à l'ordre public.

§3. La suppression des frontières judiciaires au sein de l'Union européenne : le système de reconnaissance facilitée des décisions alimentaires mis en place par le Règlement Aliments

680. L'apport le plus marquant et le plus ambitieux du Règlement Aliments réside dans la suppression de l'exequatur (B) pour les décisions émanant d'États membres parties au Protocole de La Haye dont la genèse sera étudiée dans le cadre de cette partie (A). Un mécanisme de reconnaissance facilitée a également été mise en place pour les décisions émanant d'États membres non liés par le Protocole de La Haye (C).

A. La nécessité d'une suppression de l'exequatur pour les décisions relatives aux obligations alimentaires

681. A l'instar du Protocole de La Haye, dont il reprend la formule, le Règlement Aliments ne définit pas la notion d'obligation alimentaire. Son article 1^{er} précise seulement que l'instrument s'applique « *aux obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance* »⁷²⁵. Le Règlement Aliments demeure également silencieux sur l'appréhension d'autres notions pouvant avoir une incidence sur son application. En effet, le Règlement Aliments ne définit pas les notions de « *relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance* ».

682. En droit français, et cela s'observe également dans la grande majorité des États européens, l'obligation alimentaire est dépendante d'un lien de famille, de parenté, de filiation ou encore d'alliance⁷²⁶. A cet égard, il existe, en droit interne, une interdépendance entre l'obligation alimentaire d'une part et la relation de famille qui en constitue le fondement, d'autre part.

683. Certains États membres étaient dès lors réticents à l'adoption d'un Règlement consacrant la suppression de toute procédure d'exequatur. Ces États membres pouvaient, en effet, craindre d'être contraint, par l'intermédiaire du Règlement, de reconnaître les relations de famille qui ne pouvaient être considérées comme telles dans leur ordre juridique même si elles avaient fondées

⁷²⁵ La proposition de Règlement avait opté pour une formule plus restreinte en vertu de laquelle le Règlement entendait s'appliquer « *aux obligations alimentaires découlant des relations de famille ou des relations qui, en vertu de la loi qui leur est applicable, produisent des effets similaires* », Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, COM(2005) 649 final, Bruxelles, 15 décembre 2005, p. 14. Le législateur européen a finalement opté pour une formulation plus large afin d'embrasser un grand nombre d'obligations alimentaires.

⁷²⁶ Sur ce point, voir la première partie de ce travail.

une décision alimentaire au sein d'un autre ordre juridique européen⁷²⁷. En effet, en abandonnant toute procédure d'exequatur, les États membres acceptaient, en conséquence, de renoncer au contrôle de l'ordre public sur le terrain de l'exécution des décisions⁷²⁸.

684. Prenons l'exemple d'un couple de personnes de même sexe dont l'un des conjoints est de nationalité franco-roumaine et l'autre, de nationalité polonaise, tous deux mariés et pères de deux enfants nés à l'issue d'une gestation pour autrui. La famille réside habituellement à Paris (France). Les relations entre les époux se dégradent et profitant d'une opportunité professionnelle, le conjoint de nationalité polonaise part vivre en Pologne laissant les enfants à la charge de l'autre parent, demeuré à Paris. Ce dernier saisit alors les juridictions françaises, compétentes, et sollicite une contribution aux charges du mariage ainsi que d'une contribution pour l'entretien et l'éducation des enfants. Le juge fait droit à sa demande. Le créancier saisit ensuite les juridictions polonaises et sollicite que ces dernières procèdent à l'exécution de la décision fixant les contributions alimentaires. Dès lors que l'obligation alimentaire est fondée sur une relation d'alliance et de parenté, toutes deux prohibées par l'ordre juridique polonais, les juridictions polonaises pourraient être très peu enclines à reconnaître la décision alimentaire et à l'exécuter.

685. Dans un tel cas, si la suppression de l'exequatur, telle que voulu par les promoteurs du Règlement Aliments, ne s'était accompagnée d'aucune garantie, l'instrument n'aurait certainement pas vu le jour.

686. Si la décision accordant une créance alimentaire était devenue, dans le cadre de l'application du Règlement Aliments, un vecteur de reconnaissance des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, la suppression de l'exequatur n'aurait pas pu être consacrée. L'État d'accueil aurait alors pu s'opposer à la reconnaissance de la décision alimentaire ce qui aurait eu comme conséquence une application disparate du règlement Aliments en fonction de la position permissive ou restrictive des États européens sur certaines questions intéressant le droit interne de la famille.

⁷²⁷ Livre vert – Obligations alimentaires, COM(2004) 254 final, p. 19 ; B. SOERENSEN, La suppression de l'exequatur, *AJ fam.* 2009, p. 112.

⁷²⁸ M. SALORD, « Le recouvrement des obligations alimentaires au sein de l'Union européenne », *AJ fam.* 2009, p. 29.

687. Afin d'apaiser la réticence de certains États membres, les promoteurs du Règlement Aliments ont donc fait le choix de détacher les obligations alimentaires de leur fondement.

688. Cet affranchissement est consacré par l'article 22 du Règlement Aliments dont l'intitulé, « *Absence d'effet sur l'existence des relations de famille* » est déjà évocateur. Aux termes de cet article, « *la reconnaissance et l'exécution d'une décision en matière d'obligations alimentaires en vertu du présent règlement n'implique en aucune manière la reconnaissance des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance qui sont à l'origine des obligations alimentaires ayant donné lieu à la décision* ». Cet article est complété par le considérant 25 du Règlement Aliments selon lequel « *la reconnaissance dans un État membre d'une décision en matière d'obligations alimentaires a pour seul objet de permettre le recouvrement de la créance alimentaire déterminée dans la décision. Elle n'implique pas la reconnaissance par cet État membre des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance qui sont à l'origine des obligations alimentaires ayant donné lieu à la décision* ».

689. Cette solution a également été reprise par les Règlements européens régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés. Il ressort ainsi du considérant 64 du Règlement Régimes matrimoniaux que « *la reconnaissance et l'exécution d'une décision en matière de régime matrimonial en vertu du présent règlement ne devraient en aucune manière impliquer la reconnaissance du mariage qui est à l'origine du régime matrimonial ayant donné lieu à la décision* »⁷²⁹.

690. Si l'on reprend l'exemple précédemment présenté, le conjoint franco-roumain pourra obtenir la reconnaissance ainsi que l'exécution de la décision alimentaire en Pologne sans que les autorités polonaises ne puissent s'y opposer. En revanche, le créancier ne pourra pas se fonder sur cette décision pour obtenir la reconnaissance, par l'ordre juridique polonais, de son mariage et de la double parenté.

691. La dissociation opérée par le Règlement Aliments, inspirée des différentes Conventions de La Haye applicables aux obligations alimentaires, permet de réduire l'insécurité juridique dans laquelle un créancier d'aliments est susceptible de se trouver et lui offre une protection

⁷²⁹ Aux termes du considérant 63 du Règlement Partenariats enregistrés, « La reconnaissance et l'exécution d'une décision rendue en vertu du présent règlement en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ne devraient en aucune manière impliquer la reconnaissance du partenariat enregistré qui a donné lieu à la décision.

supplémentaire dès lors que dès lors que même dans le cas où la relation de famille n'est pas reconnue, les chefs de la décision portant sur une obligation alimentaire devront néanmoins être exécutés par l'État d'accueil lequel, pas plus que le débiteur, ne pourra s'y opposer.

692. L'article 22 figure dans une section consacrée à la reconnaissance des décisions rendues par les juridictions d'un État membre lié par le Protocole de La Haye. Cette disposition n'a pas été reprise dans la section suivante consacrée, quant à elle, à la reconnaissance des décisions rendues par un État membre non lié par le Protocole de La Haye⁷³⁰. Une telle absence peut se justifier par le fait qu'il est possible, pour les décisions rendues par les juridictions d'un État membre non lié par le Protocole de La Haye, de s'opposer à leur reconnaissance si elle « *est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée* » sans que le critère de l'ordre public ne puisse cependant s'appliquer aux règles de compétence⁷³¹.

693. Le même esprit anime les Conventions de La Haye de 1973⁷³². Il ressort de l'article 3 de la Convention de La Haye de 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires (Convention-exécution), « *si la décision ou la transaction ne concerne pas seulement l'obligation alimentaire, l'effet de la Convention reste limité à cette dernière* ». La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (Convention-loi) opère également une distinction entre l'obligation alimentaire, d'une part, et les rapports familiaux, d'autre part. Ainsi, aux termes de l'article 2 alinéa 2 de cet instrument, « *Les décisions rendues en application de la Convention ne préjugent pas de l'existence d'une des relations visées à l'article premier* ». Sans cette dissociation, la grande majorité des États n'aurait pas accepté de ratifier cette Convention. En effet, les États prêts à faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions alimentaires n'étaient pas

⁷³⁰ Sur cette interrogation, voir également K. ROKAS, *L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé*, Thèse, Paris 2016. Dans un arrêt *FX c. GZ*, en date du 4 juin 2020, la CJUE a, concernant la question de savoir si une action en opposition à exécution d'une décision rendue par les juridictions d'un État membre entraine dans le champ d'application du Règlement Aliments, a fourni quelques pistes de lecture de ces sections. Elle a ainsi considéré que « *la section 1, qui regroupe les articles 17 à 22 de ce règlement, s'applique aux décisions rendues dans un État membre lié par le protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires, la section 2, qui comprend les articles 23 à 38 dudit règlement, s'applique aux décisions rendues dans un État membre non lié par ce protocole* », CJUE, 4 juin 2020, *FX c. GZ*, Aff. C-41/19.

⁷³¹ Article 24.1 du Règlement Aliments.

⁷³² Ainsi que la Convention de La Haye de 1958.

nécessairement désireux de permettre, par ce biais, la reconnaissance de liens de famille non prévus par l'ordre juridique du for⁷³³.

B. La suppression de l'exequatur pour les décisions rendues par les juridictions d'un État membre lié par le Protocole de La Haye

694. La dissociation entre l'obligation alimentaire et les rapports familiaux, opérée par les textes conventionnels de La Haye, devait également réduire l'effet de l'exception d'ordre public pouvant être invoqué par tout plaideur, le plus souvent le débiteur, pour s'opposer à l'exécution de la décision alimentaire. La question était alors de savoir si l'État requis pouvait s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de la décision alimentaire au motif que le rapport familial sur lequel elle est fondée n'est pas reconnu par l'ordre juridique du for.

695. En effet, sous l'empire du système conventionnel de La Haye, la tentation était grande pour les plaideurs, débiteurs d'aliments, d'invoquer l'ordre public à l'encontre du rapport familial à l'origine de la décision alimentaire au motif que ce rapport n'est pas prévu par l'ordre juridique du for⁷³⁴. Un arrêt de la Cour de cassation illustre bien cette stratégie⁷³⁵. En l'espèce, une ressortissante allemande avait, en Allemagne, donné naissance à un enfant. Le prétendu père, ressortissant français résidant en France, est alors assigné, en Allemagne, par le représentant légal de l'enfant lequel sollicite le versement d'une pension alimentaire.

696. Le prétendu père, qui ne conteste pas l'existence de relations intimes avec la mère au moment de la conception de l'enfant, soutient cependant que la mère « *entraîneuse dans un bar avait eu commerce avec d'autres individus* » jetant ainsi le doute sur sa paternité. Il est condamné au versement d'une pension alimentaire jusqu'aux 18 ans de l'enfant⁷³⁶. Plusieurs ordonnances interviennent ultérieurement pour fixer le montant de ladite pension. La reconnaissance et l'exécution de l'ensemble de ces décisions sont ensuite sollicitées devant les

⁷³³ M. VERWILGHEN, Rapport explicatif sur les Conventions sur les obligations alimentaires (Exécution – Loi applicable), *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, t. IV, *Obligations alimentaires*, § 35-36 et 130 et s.

⁷³⁴ Pour s'en convaincre, voir M. SUMANPOUW, *Les nouvelles Conventions de La Haye : leur application par les juges nationaux*, T.M.C. Asser Instituut, 1970. Voir également, M. VERWILGHEN, Rapport explicatif préc. n°63 et 64.

⁷³⁵ Cass. Civ. 1, 12 mars 1985, n° 83-17.293.

⁷³⁶ Les juridictions allemandes avaient considéré que la mère d'un « *abond facile, avait entretenu des relations avec d'autres hommes pendant la période légale de conception* » mais « *que les doutes sur la paternité du défendeur, qui pourraient s'ensuivre sont largement éliminés par le résultat de l'expertise des groupes sanguins* ».

juridictions françaises. Les juridictions du fond refusent d'accorder l'exequatur au motif que, sur le fondement des articles 340-1 et 342-4 du Code civil, « *l'ordre public français n'admet pas la possibilité de priver d'effet l'exception tirée de l'inconduite notoire ou de la débauche de la mère, en raison d'une vraisemblance de paternité découlant d'une expertise sanguine* ». Le raisonnement est censuré par la Cour de cassation qui retient qu'en droit français en raison, d'une part, de l'existence de relations intimes entre la mère de l'enfant et le prétendu père au cours de la période de conception de l'enfant non contestées par le père et, d'autre part, de l'absence de preuves sur le caractère prétendument léger de la mère, l'allocation de subsides aurait été possible. Selon la Cour de cassation, les décisions allemandes ne sont pas compatibles avec l'ordre public international français⁷³⁷.

697. Dans cette espèce, en contrôlant la conformité de la décision alimentaire à l'ordre public international, le juge a étendu son examen aux éléments qui ont permis de caractériser le rapport de droit qui a servi de fondement à la condamnation du débiteur.

698. Il en ressort que, dans le cadre de ce contrôle, le juge procède donc à l'examen des « *faits qui selon le jugement étranger sont à la source de l'obligation* »⁷³⁸.

699. Dans le même sens, sous l'empire de la Convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants⁷³⁹ et de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, dans une décision en date du 19 juin 1979⁷⁴⁰, le Tribunal de grande instance de Paris avait jugé que « *ni la Convention de La Haye du 15 avril 1958 dont l'article 1 § 2 restreint l'effet à l'obligation alimentaire lorsque la décision contient des dispositions sur un autre point, ni la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 dont l'article 1^{er} exclut expressément de son domaine les matières concernant l'état des personnes, ne s'appliquent dès lors que, dans la décision dont l'exécution est*

⁷³⁷ A l'époque, le débat était surtout cristallisé autour de la question de la filiation des enfants nés hors mariage.

⁷³⁸ B. ANCEL, note sous Cass. civ. 1, 9 novembre 1983, *Wagner c. Tettweiler*, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 501, spéc. p. 507 ; S. CORNELOUP, *op. cit.*, p. 201 et s.

⁷³⁹ Aux termes de l'article 1^{er} de cette Convention, « La présente Convention a pour objet d'assurer la reconnaissance et l'exécution réciproques, par les États contractants, des décisions rendues à l'occasion de demandes, à caractère international ou interne, portant sur la réclamation d'aliments par un enfant légitime, non légitime ou adoptif, non marié et âgé de moins de 21 ans accomplis.

Si la décision contient des dispositions sur un point autre que l'obligation alimentaire, l'effet de la Convention reste limité à cette dernière ».

⁷⁴⁰ Tribunal de grande instance Paris, 19 juin 1979, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 370, note B. ANCEL.

demandée, sont intimement liées les dispositions relatives, d'une part, à l'établissement de la filiation et, d'autre part, à l'obligation alimentaire ».

700. La juridiction avait, en raison de l'affinité élective entretenue entre la filiation d'une part, et l'obligation alimentaire, d'autre part, tout simplement exclu l'application des conventions susvisées. La décision du Tribunal de grande instance⁷⁴¹, confirmée en appel⁷⁴², a fait l'objet, à juste titre, de nombreuses critiques⁷⁴³.

701. Ainsi, la Cour de cassation a, sous l'empire de la Convention de La Haye de 1958, décidé qu'une « *décision étrangère qui, pour condamner le défendeur à verser une pension alimentaire à un enfant naturel, se fonde sur l'existence de relations intimes entre le défendeur et la mère établie par la seule déclaration de celle-ci, doit être considérée en France comme manifestement incompatible avec la conception française de l'ordre public international* »⁷⁴⁴.

702. A également été jugé qu'une décision étrangère tenant pour avérée l'allégation du demandeur, au soutien de son action en déclaration de paternité et en paiement de pension alimentaire, aux seuls motifs du défaut de comparution du défendeur, est manifestement contraire à la conception française de l'ordre public international⁷⁴⁵. Il résultait de cette jurisprudence que la contrariété de la décision étrangère relative à l'état des personnes à l'ordre public international français touchait également les chefs alimentaires de la décision qui ne pouvaient, dès lors, être exécutés.

703. La Cour de cassation a fini par admettre la dissociation des chefs de la décision étrangère et a, à cet égard, restreint la reconnaissance au seul volet alimentaire du jugement étranger. La

⁷⁴¹ Cette décision était justifiée par le fait que le jugement sur la déclaration de paternité pouvait, ensuite, être déclaré contraire à l'ordre public français. Le père serait alors condamné, jusqu'à la majorité de l'enfant et voire au-delà, à lui verser une pension alimentaire alors même qu'il n'est plus, vis-à-vis de la France, le père de l'enfant, Voir C. BERNARD, *in* TCFDIP 1982-1983, obs. p. 86.

⁷⁴² CA Paris, 3 juin 1980, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 775.

⁷⁴³ M. SAUTERAUD-MARCENAC, Le recouvrement des aliments à l'étranger (Application des conventions de New-York, La Haye et Bruxelles), TCFDIP 1982-1983, p. 63, spéc. p. 80 ; P. LAGARDE, Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé, *in* Mélanges en l'honneur d'Alfred E. VON OVERBECK, Fribourg 1990, p. 511-528, spéc. p. 524 ; note B. ANCEL sous Trib. Gr. Inst. Paris, 19 juin 1979, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 370.

⁷⁴⁴ Cass. Civ. 1, 18 mai 1976, n°74-14.303, *JDI* 1977, p. 485, note HUET ; *Rev. crit. DIP* 1977, p. 351, note M. SIMON-DEPITRE / J. FOYER. Dans le même sens, Cass. Civ. 1, 25 janvier 1977, n°74-13.437, *D.* 1977, p. 685, note M. MEZGER, *JDI* 1977, p. 472, note D. RUZIE ; Cass. Civ. 1, 3 avril 1990, n°87-19.296 et Cass. Civ. 1, 2 décembre 1992, n°90-21.448.

⁷⁴⁵ Cass. Civ. 1, 10 mars 1982, n°81-10.200, *Rev. crit. DIP* 1982, note M. MEZGER.

solution a d'abord été affirmée sous l'empire des Conventions de La Haye de 1958 et 1973⁷⁴⁶ avant d'être étendue à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁷⁴⁷. Cette solution a été réaffirmée à plusieurs reprises⁷⁴⁸.

704. Dans un arrêt Ralf, en date du 12 juillet 1994, la Cour de cassation a ainsi jugé que « *l'exécution des décisions rendues sur une demande d'aliments n'exige pas l'exequatur préalable du jugement déclaratif de paternité qui lui sert de fondement* ». De même, plus récemment, la Cour de cassation a jugé que « *la Cour d'appel avait décidé exactement que le lien existant entre les deux décisions n'impliquait pas que la première dût être déclarée exécutoire pour que la seconde, seule susceptible d'exécution matérielle le fût sur le fondement de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, applicable aux obligations alimentaires* »⁷⁴⁹.

705. Bien que cette solution implique une certaine gymnastique intellectuelle, l'opération de scission étant cantonnée au seul plan procédural, le jugement demeurant indivisible sur le fond⁷⁵⁰, elle respecte l'esprit des conventions⁷⁵¹ lesquelles ne s'applique pas aux questions relatives aux statuts personnel. En conséquence, dans le système conventionnel, le contrôle de l'ordre public est circonscrit aux seuls chefs alimentaires de la décision⁷⁵² et l'exception d'ordre public sera accueillie uniquement dans le cas où les chefs alimentaires de la décision seront « *manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis* »⁷⁵³.

706. Les difficultés liées à la mise en œuvre de l'exception de l'ordre public international devant les juridictions de l'État requis ont été évacuées, avec l'entrée en vigueur du Règlement Aliments.

⁷⁴⁶ Cass. Civ. 1, 27 oct. 1981, Bull. civ. I, n° 308; 12 mars 1985, JCP 1985. II. 20449, concl. GULPHE ; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 677, note B. ANCEL ; Cass. Civ. 1, 18 mars 1986, Bull. civ. I, n° 70 ; Cass. Civ. 1, 28 oct. 1986, *ibid.*, 2e esp. ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 745, note SIMON-DEPITRE ; Cass. Civ. 1, 19 avr. 1988, Bull. civ. I, n° 105.

⁷⁴⁷ Civ. Ire, 9 nov. 1983, *Rev. crit. DIP* 1984. 501, note B. ANCEL.

⁷⁴⁸ Cass. Civ. 1, 12 juillet 1994, n° 92-17.461, *Ralf*, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 68, 3e esp., note B. ANCEL.

⁷⁴⁹ Cass. Civ. 1, 9 décembre 2003, n° 01-17.136, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 440, obs. B. ANCEL.

⁷⁵⁰ Cass. Civ. 1, 12 juillet 1994, n° 92-17.461, *Ralf*, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 68, 3e esp., note B. ANCEL.

⁷⁵¹ P. LAGARDE, *op. cit.* p. 525.

⁷⁵² Ainsi, selon l'article 3 de la Convention de La Haye de 1973 sur la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires, « *Si la décision ou la transaction ne concerne pas seulement l'obligation alimentaire, l'effet de la Convention reste limité à cette dernière* ». Une disposition similaire était consacrée par l'article 1^{er} al. 2 de la Convention de La Haye du 15 avril 1958.

⁷⁵³ M. VERWILGHEN, Rapport explicatif préc.

707. Ce dernier a, en effet, supprimer tout contrôle de la conformité de la décision à l'ordre public international de l'État requis lorsque la décision émane de la juridiction d'un Etat membre partie au Protocole de La Haye de 2007. Désormais, la contrariété de la décision relative au statut personnel à l'ordre public international de l'État requis ne fait pas obstacle à l'exécution des chefs alimentaires de la décision sur le territoire de cet État⁷⁵⁴.

708. Le mécanisme de reconnaissance consacré par le Règlement Aliments a vocation à s'appliquer uniquement à l'égard des décisions rendues par les juridictions d'un État membre⁷⁵⁵ mais diffère sensiblement selon que la décision a été rendue par la juridiction d'un État membre lié⁷⁵⁶ (§ 1) ou non par le Protocole de La Haye⁷⁵⁷ (§2).

709. Le principe de confiance mutuelle⁷⁵⁸, fondement du système règlementaire mis en place par les instances européennes, a été largement renforcé par l'adoption du Règlement Aliments. Ce dernier, il s'agit ici d'une position remarquable, adopte une position militante en faveur de la libre circulation des décisions rendues dans les États membres liés par le Protocole de La Haye en supprimant toute procédure d'exequatur⁷⁵⁹.

710. L'apport majeur de cet instrument réside, en effet, dans son article 17 aux termes duquel « *une décision rendue dans un État membre lié par le Protocole de La Haye est reconnue dans*

⁷⁵⁴ L'exécution partielle de la décision est prévue par l'article 37 § 1 du Règlement aux termes duquel, « Lorsque la décision a statué sur plusieurs chefs de la demande et que la déclaration constatant la force exécutoire ne peut être délivrée pour le tout, la juridiction ou l'autorité compétente la délivre pour un ou plusieurs d'entre eux ».

⁷⁵⁵ Cela ressort de l'article 2 § 1 lequel traite de la notion de décision. Aux termes de cet article, « Aux termes de cet article, « *Aux fins du présent règlement, on entend par décision : une décision en matière d'obligations alimentaires rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi qu'une décision du greffier fixant le montant des frais du procès (...)* ».

⁷⁵⁶ Cette différence de régime se justifie par le fait que le Règlement Aliments et le Protocole de La Haye instaurent les mêmes règles de compétence juridictionnelle et les mêmes règles relatives à la détermination de la loi applicable dans les États où ces deux instruments sont applicables. A cet égard, le considérant 24 du Règlement Aliments précise que « *Les garanties apportées par l'application des règles de conflit de lois devraient justifier que les décisions en matière d'obligations alimentaires rendues dans un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007 soient reconnues et jouissent de la force exécutoire dans tous les autres États membres sans qu'aucune procédure ne soit requise et sans qu'aucune forme de contrôle sur le fond ne soit effectuée dans l'État membre d'exécution* ».

⁷⁵⁷ Tous les États membres sont liés par le Protocole de La Haye, l'Union européenne y a adhéré, à l'exception du Danemark et de l'Irlande.

⁷⁵⁸ Sur ce principe, voir C. RIZCALLAH, Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne, un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles 2020.

⁷⁵⁹ Conformément aux dispositions de l'article 17 du Règlement Aliments, « *une décision rendue dans un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007 est reconnue dans un autre État membre sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance* ».

un autre État membre sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à aucune procédure et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance »⁷⁶⁰.

L'article précité supprime tout exequatur⁷⁶¹ et consacre la libre circulation des décisions rendues par les juridictions d'un État membre lié par le Protocole de La Haye. Ces décisions bénéficient de plein droit non seulement de l'efficacité substantielle mais également de la force exécutoire sans qu'il ne soit possible de s'y opposer⁷⁶². Le créancier d'aliments devra simplement, pour toutes formalités, se conformer aux exigences administratives prescrites par l'article 20 du Règlement Aliments.

711. Si les promoteurs avaient opté pour le maintien de l'exequatur dans le cadre du Règlement Aliments, ce dernier instrument aurait alors été soumis à une application disparate au sein de l'Union européenne entravant considérablement la circulation des décisions alimentaires et mettant un peu en difficulté le créancier d'aliments.

712. En conséquence, le juge de l'État membre sur le territoire duquel la décision doit être exécutée devra mettre à la disposition du créancier les voies d'exécution en vigueur afin que ce dernier soit en mesure, le cas échéant, d'obtenir le recouvrement de sa créance⁷⁶³. En principe, le refus par l'État d'accueil de reconnaître la relation de famille sur le fondement de laquelle la

⁷⁶⁰ Pour une application récente, voir CA Paris, 2 mars 2021, n°19/10469 dans lequel la Cour d'appel rappelle les termes de l'article 17 du Règlement Aliments et considère que l'intimée n'a pas à « solliciter l'exequatur du point 2 du procès-verbal. Celui-ci est reconnu et exécutoire en France et elle peut directement en poursuivre l'exécution en produisant à l'autorité compétente les pièces prévues à l'article 20 du règlement ».

⁷⁶¹ Remplacée par le terme de déclaration d'exécution. Sur ce point, voir F. COLONNA D'ISTRIA, L'exequatur des décisions de justice dans l'espace judiciaire européen, *Rev. UE* 2016, p. 295.

⁷⁶² Article 17.2 du Règlement Aliments.

⁷⁶³ La circulation des décisions et plus spécifiquement leur exécution constituent la « pierre angulaire du règlement », N. JOUBERT, L'exécution des décisions entre autonomie procédurale des États membres et pleine efficacité du Règlement Aliments, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 568. La vulnérabilité du créancier spécifiquement en cas d'un recouvrement transfrontière aliments suppose nécessairement de faciliter, autant qu'il est possible, l'exécution de la décision lui accordant des aliments et, en conséquence, de supprimer tous obstacles pouvant entraver cette exécution. Dans un arrêt en date du 9 février 2017, la CJUE a considéré « que l'obligation qui est imposée au créancier d'aliments par une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, de saisir l'autorité centrale de l'État membre requis alors même qu'il souhaite s'adresser directement aux autorités compétentes sur le fondement du chapitre IV du règlement n° 4/2009 et qui, selon la juridiction de renvoi, entraîne des délais supplémentaires, est contraire à l'article 41, § 1, de ce règlement, lu à la lumière de la finalité dudit règlement et du système dans lequel cette disposition s'inscrit ». En l'espèce, un jugement de divorce allemand avait condamné un père au paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de ses enfants. La mère vit alors en Allemagne avec les enfants du couple. Face au refus du père de s'acquitter de ses obligations, la mère saisit, sur le fondement du Règlement Aliments, les juridictions anglaises et sollicite l'exécution de la décision. Les juridictions anglaises refusent l'exécution au motif que la mère aurait dû, conformément au droit anglais, saisir l'autorité centrale. La position des juges anglais est ainsi condamnée par la Cour de justice qui rappelle, avec cet arrêt, l'essence même du Règlement Aliments à savoir faciliter le recouvrement des pensions impayées au sein de l'Union européenne, CJUE, 6^e Ch., 9 février 2017, *M. S. c. P.S.*, aff. C – 283/16, *D.* 2017, p. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON / F. JAULT-SESEKE ; *AJ Fam.* 2017, p. 409, obs. A. BOICHE, *Europe* n°4, avr. 2017, Comm. 165, note L. IDOT ; *Procédures* n°4, avr. 2017, Comm. 66, note C. NOURISSAT.

décision d'aliments a été prise ne devrait avoir aucune incidence sur l'exécution des chefs alimentaires de la décision⁷⁶⁴. Une telle solution est particulièrement favorable au créancier, le débiteur, au stade de la reconnaissance et de l'exécution, pourra, en effet, difficilement échapper à l'exécution d'une décision le condamnant au paiement d'une obligation alimentaire.

713. La suppression de l'exequatur obéit au principe de faveur au créancier qui innerve le système du Règlement Aliments. Alors que les règles de compétence édictées par le Règlement Aliments et les règles de conflits de lois auxquelles renvoie son article 15 sont particulièrement favorables au créancier, il aurait été difficilement concevable de soumettre les décisions rendues par les juridictions des États membres à un contrôle poussé lequel aurait pu, en pratique, empêcher le créancier de faire exécuter la décision lui octroyant des obligations alimentaires⁷⁶⁵. L'exécution de la décision pourra néanmoins être refusée dans les conditions, assez strictes, de l'article 21. Aux termes de cet article, le débiteur peut solliciter auprès de la juridiction compétente qu'elle refuse ou suspende, intégralement ou partiellement, l'exécution de la décision de la juridiction d'origine. Le refus sera accordé lorsque le droit d'obtenir l'exécution de la décision est prescrit selon la loi de l'État membre d'origine ou de l'État membre d'exécution. Ici encore, la volonté de protéger le créancier commande de retenir le délai de prescription le plus long (article 21.2). Le refus peut également être accordé, à la demande du débiteur, lorsque la décision rendue par l'État membre d'origine est incompatible avec une décision rendue dans un autre État membre ou dans un État tiers dès lors que cette décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre d'exécution (article 21.2, alinéa 2). Ce refus est cependant facultatif et relève de l'appréciation de la juridiction de l'État membre d'exécution saisie.

714. L'existence d'une décision ne fait pas obstacle à ce que le débiteur sollicite un réexamen de celle-ci. Ce réexamen est cependant enfermé dans des conditions très strictes.

715. Aux termes de l'article 19 du Règlement Aliments, le débiteur qui n'a pas comparu dans l'État membre d'origine peut solliciter un réexamen de la décision devant la juridiction dudit État membre. Le débiteur qui n'a pas comparu ne pourra cependant solliciter un réexamen de la décision uniquement s'il parvient à démontrer que sa défaillance est due à un défaut de la signification ou de la notification de l'acte introductif d'instance en temps utile ou à une

⁷⁶⁴ Article 22 du Règlement Aliments.

⁷⁶⁵ H. MUIR WATT / B. ANCEL, *op. cit.* n°10.

impossibilité de contester la créance alimentaire en raison d'un cas de force majeure ou en raison de circonstances exceptionnelles indépendantes de sa volonté.

716. En revanche, le débiteur est privé de son droit à solliciter le réexamen de la décision s'il ne le fait, selon l'article 19 du Règlement Aliments, « *alors qu'il était en mesure de le faire* » c'est-à-dire s'il n'agit pas dans un délai de quarante-cinq jours à compter du jour où il a eu effectivement connaissance du contenu de la décision et où il a été en mesure d'agir, et au plus tard à compter du jour de la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre ses biens indisponibles en tout ou partie⁷⁶⁶.

717. Dans le cas où la demande est accueillie, la décision sera alors nulle et non avenue sans pour autant priver, aux termes de l'article 19.3 du Règlement, le créancier des avantages résultant de l'interruption des délais de prescription ou de déchéance ni du droit de demander rétroactivement des aliments qu'il aurait acquis par l'action initiale.

718. A l'exception de ces cas, le débiteur d'une obligation alimentaire, à l'encontre duquel une décision alimentaire a été rendue par la juridiction d'un État membre lié par le Protocole de La Haye, ne pourra pas s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de cette décision même en excipant d'une exception d'ordre public⁷⁶⁷, le Règlement Aliments ne le permettant pas.

719. Le régime de reconnaissance et d'exécution facilitée mis en place par le Règlement Aliments ne concerne que le chef alimentaire de la décision⁷⁶⁸.

720. Les autres chefs de la décision et notamment ceux relatifs au statut personnel seront traités selon le régime de reconnaissance et d'exécution de droit commun, à défaut de texte réglementaire ou conventionnel réglant la question.

Il en ressort que, le refus, par l'État requis, de reconnaître le rapport de droit à l'origine de la décision, une filiation par gestation pour autrui ou un mariage entre deux personnes de même

⁷⁶⁶ Article 19.2 du Règlement Aliments.

⁷⁶⁷ Pour une critique de l'affaiblissement de l'ordre public dans le système du Règlement Aliments voir K. SIEHR *The EU Maintenance Regulation and the Hague Maintenance Protocol of 2007, Recognition of Foreign Judgments and the Public Policy Defence*, in *Un engagement au service du droit international privé*, Mélanges en l'honneur de Hans VAN LOON, Intersentia, Antwerp, 2013, pp. 529-540, spéc. pp. 538-540. Voir également H. MUIR WATT / B. ANCEL, « Aliments sans frontières », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 457, spéc. n°15 et s; L. WALKER, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Oxford 2015, p. 144.

⁷⁶⁸ N. JOUBERT, *La mise en œuvre de l'obligation alimentaire en présence d'un élément d'extranéité dans les relations entre parents et enfants*, *Dr. Fam.* janvier 2018, n°1, dossier 3.

sexe par exemple, n'affectera pas le chef alimentaire de la décision⁷⁶⁹ et ne pourra pas faire obstacle à son exécution, dans ce même État, de l'obligation alimentaire.

721. Initialement mis en place pour favoriser la circulation des décisions alimentaires et faciliter leur exécution, le système de reconnaissance consacré par l'article 17 du Règlement Aliments peut néanmoins, dans certains cas, mettre le débiteur dans une situation délicate.

722. Le Règlement Aliments prévoit également un système de reconnaissance et d'exécution simplifié pour les décisions rendues par les juridictions d'un État membre non partie au Protocole de La Haye de 2007.

723. Une décision rendue par les juridictions d'un État membre lié par le Protocole de La Haye pourra donc circuler librement sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne et y jouira de la force exécutoire. Dès lors, les juridictions de l'État membre du lieu où la décision doit être exécutée devront mettre à la disposition du créancier les voies d'exécution en vigueur dans le for sans qu'il ne soit nécessaire, pour ce dernier, de solliciter, au préalable, l'exequatur. Toutefois, alors que la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues en matière alimentaire est largement facilitée à l'intérieur des frontières de l'Union européenne, il n'en est pas de même pour les décisions devant être exécutées sur le territoire d'un État tiers.

724. Prenons l'exemple d'un couple, parent d'un enfant, qui se sépare. Le père, de nationalité américaine retourne vivre aux États-Unis tandis que la mère, de nationalité française, reste en France avec leur enfant. Elle saisit alors les juridictions françaises et sollicite le versement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de leur enfant. Compétentes sur le fondement de l'article 3 b), le juge français rend une décision ordonnant l'octroi d'aliments. Il appartiendra ensuite au créancier d'obtenir l'exécution de cette dernière. Toutefois, la suppression de l'exequatur n'a d'effet que dans les rapports entre les États membres liés au Protocole de La Haye. En conséquence, s'il entend faire exécuter la décision obtenue sur le territoire d'un État tiers, dans l'exemple donné, aux États-Unis, le créancier se pourrait se heurter à des difficultés que le Règlement Aliments n'a pas vocation à résoudre.

725. Les dispositions portant sur la reconnaissance et l'exécution, parce que fondées sur le principe de confiance mutuelle, s'appliquent aux seules décisions rendues par les juridictions

⁷⁶⁹ S. CORNELOUP, Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé, TCFDIP 2010-2012, p. 189, spéc. p. 202.

d'un État membre⁷⁷⁰. Le Règlement Aliments n'a donc pas vocation à régler la question de la reconnaissance et de l'exécution de décisions rendues par les juridictions d'États tiers et visant le ressortissant d'un État membre. Pour ces décisions, en l'absence de conventions internationales ou bilatérales, les juridictions du for devront se fonder sur leurs propres règles de droit international privé.

C. Le mécanisme facilité de reconnaissance des décisions rendues par les juridictions des États membres non liés par le Protocole de La Haye

726. Les décisions rendues par la juridiction d'un État membre non lié par le Protocole de La Haye bénéficient, quant à elles, d'un régime de reconnaissance et d'exécution similaire à celui mis en place dans le cadre des Règlements Bruxelles Ibis et Bruxelles IIbis.

727. L'article 23 du Règlement Aliments consacre la reconnaissance de plein droit en disposant que « *les décisions rendues dans un État membre non lié par le protocole de La Haye de 2007 sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure* ». Ces décisions peuvent néanmoins faire l'objet de contestations.

728. L'article 24 du Règlement Aliments reprend les motifs de non-reconnaissance déjà énumérés par l'article 34 du Règlement Bruxelles I. Au rang de ces motifs, la décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est « *manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre dans lequel la reconnaissance est demandée* ». L'article précise également que « *le critère de l'ordre public ne peut être appliqué aux règles de compétence* ».

729. Dans un arrêt en date du 25 mai 2016⁷⁷¹, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la mise en œuvre de ces articles.

⁷⁷⁰ Aux termes de l'article 2.1 1) du Règlement Aliments, « Aux fins du présent règlement on entend par : « décision » : une décision en matière d'obligations alimentaires rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi qu'une décision du greffier fixant le montant des frais du procès. Aux fins des chapitres VII et VIII, on entend par « décision » également une décision en matière d'obligations alimentaires rendue dans un État tiers ».

⁷⁷¹ Cour de cassation. Civ.1., 25 mai 2016, n°15-21.407, *AJ Fam.* 2016, p. 336, obs. A. BOICHE.

En l'espèce, une femme avait introduit une action en divorce devant les juridictions britanniques. Au terme de cette instance, elle obtient la condamnation de son époux au paiement d'une somme en capital à titre d'obligation alimentaire.

Sur le fondement du Règlement Aliments, l'ex-épouse saisit alors les juridictions françaises d'une demande de déclaration constatant la force exécutoire du jugement anglais. Le jugement est déclaré exécutoire en France et l'ex-époux forme alors un pourvoi en cassation soutenant que la compétence des juridictions britanniques reposait sur la domiciliation fictive de l'épouse en Angleterre. Pour le demandeur au pourvoi, la fraude caractérisée par le domicile fictif de l'épouse en Angleterre constituait une atteinte à l'ordre public rendant dès lors impossible la reconnaissance et l'exécution de la décision anglaise en France.

En outre, l'ex-époux prétendait également ne pas avoir été régulièrement cité dans la procédure anglaise et n'avait pu, en conséquence, préparer sa défense. Sur ce point, l'argument est balayé par la Cour de cassation laquelle relève que la Cour d'appel a constaté que l'ex-époux avait été avisé, par les conseils de son ex-épouse, des dates d'audience.

730. Sur la question de la fraude à la compétence judiciaire, la Cour de cassation considère que, dès l'instant où la juridiction britannique avait tranché la question de la compétence, l'ex-époux condamné ne pouvait prétendre que la décision étrangère avait été rendue en fraude de ses droits.

Sans doute, l'ex-époux avait-il été inspiré par un précédent arrêt de la Cour de cassation en date du 17 décembre 2014⁷⁷², dans lequel la Haute juridiction avait refusé d'accorder l'exequatur à un jugement américain rendu en matière de responsabilité parentale aux motifs que la compétence de la juridiction étrangère, fondée sur une résidence fictive des enfants aux États-Unis, avait été frauduleusement constituée par la mère.

731. Dans le cas d'espèce, l'argument de l'ex-époux n'aurait pu prospérer au regard de la teneur de l'article 24 du Règlement. Par ailleurs, un contrôle de la compétence indirecte aurait pour effet de réduire à néant le principe de confiance mutuelle sur lequel est fondé le Règlement Aliments.

732. L'article 36 du Règlement Aliments permet au créancier, dont la décision a été reconnue de plein droit, de solliciter des mesures provisoires ou conservatoires, prévues par la loi de

⁷⁷² Cassation, Civ. 1, 17 décembre 2014, n 13-21.365 ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 443, 1^{re} esp., S. LAVAL ; *AJ Fam.* 2015, p. 163, obs. D. ESKENAZY

l'État membre d'exécution, sans qu'il ne soit nécessaire que la décision soit déclarée exécutoire. Contrairement aux décisions rendues par la juridiction d'un État membre lié par le Protocole de La Haye, la décision émanant de la juridiction d'un État membre non lié et qui y est exécutoire doit faire l'objet d'une procédure d'exequatur dans l'État membre d'exécution à la demande de toute partie intéressée.

733. Avant le 31 janvier 2020, date de l'entrée en vigueur du retrait du Royaume-Uni, les États membres concernés par ces dispositions étaient le Royaume-Uni⁷⁷³ et le Danemark. Depuis le 31 janvier 2020, seul le Danemark demeure concerné par ces dispositions.

⁷⁷³ Cass. Civ. 1, 26 mai 2016, n°15-21.407, *JCP* 2016, p. 812, note E. FONGARO, *D.* Actualités 14 juin 2016, obs. F. MELIN, *AJ Fam.* 2016, p. 336, obs. A. BOICHE.

CHAPITRE 2. LE TRAITEMENT DU CONTENTIEUX ALIMENTAIRE PAR LA CONVENTION DE LUGANO ET PAR LA CONFERENCE DE LA HAYE

724. Désireux de mettre en place une coopération judiciaire et économique, les États de la Communauté européenne ainsi que ceux parties à l'Association européenne de libre-échange (AELE) ont adopté une Convention⁷⁷⁴, dont les solutions s'inspirent fortement de celles consacrées par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁷⁷⁵. Cette première Convention a ensuite été révisée.

Section 1. Le traitement du contentieux alimentaire par la Convention de Lugano

725. La Convention de Lugano a édicté un chef de compétence spécial en matière alimentaire (§1) ainsi que des règles relatives à la reconnaissance et à la circulation des décisions (§2).

§1. La compétence juridictionnelle

726. La Convention révisée de Lugano⁷⁷⁶ régit les conflits de juridictions pouvant survenir, en matière civile ou commerciale, au sein de l'espace judiciaire européen⁷⁷⁷ et reprend à son compte la plupart des solutions consacrées par le Règlement Bruxelles I⁷⁷⁸ y compris en matière alimentaire. Outre le for dans l'État de son domicile, le défendeur peut être attiré, en matière d'obligation alimentaire, devant les juridictions du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle⁷⁷⁹.

⁷⁷⁴ Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁷⁷⁵ Le Règlement Bruxelles I n°44/2001 a succédé à cette Convention.

⁷⁷⁶ La Convention de Lugano est entrée en vigueur au sein de l'Union européenne, en Norvège et au Danemark le 1^{er} janvier 2010, en Suisse, le 1^{er} janvier 2011 et en Islande le 1^{er} mai 2011.

⁷⁷⁷ A. BONOMI et A. BUCHER, *Droit international privé*, 3^e ed., Bâle 2013, n°50 et suivants ; A. BUCHER, Commentaire romand de la Loi de droit international privé et de la Convention de Lugano, Bâle 2011.

⁷⁷⁸ Règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁷⁷⁹ Article 5.2 de la Convention.

727. La consécration de ce for de proximité protège le créancier et lui permet d'engager une action sans se soucier des obstacles liés au caractère international du litige⁷⁸⁰.

La Convention prévoit deux compétences additionnelles dont l'objectif est de permettre la concentration du contentieux en matière familiale⁷⁸¹. Ainsi, lorsque la demande d'aliments est accessoire à une action relative à l'état des personnes ou à la responsabilité parentale, les juridictions compétentes, selon la loi du for⁷⁸², pour connaître de cette action le seront également pour se prononcer sur la demande d'aliments, sauf dans le cas où la compétence de la juridiction saisie est exclusivement fondée sur la nationalité de l'une des parties⁷⁸³.

728. La Convention de Lugano permet également aux parties de choisir conventionnellement les juridictions qui seront compétentes pour statuer sur leurs différends⁷⁸⁴. Cette possibilité est également offerte aux parties en matière alimentaire. Dans le système de la Convention de Lugano, les accords d'élection de for répondent à un formalisme relativement souple et aucune restriction n'est imposée aux parties quant au choix de la juridiction⁷⁸⁵.

729. La Convention de Lugano, n'exclut pas la possibilité, pour les parties, de désigner conventionnellement les juridictions compétentes pour statuer sur un litige portant sur une obligation alimentaire à l'égard d'un enfant âgé de moins de dix-huit ans⁷⁸⁶. Enfin, l'article 23 de la Convention de Lugano confère également à la compétence attribuée conventionnellement à une juridiction par les parties un caractère exclusif. Dans le cadre de la Convention de Lugano, le créancier d'aliments n'est pas appréhendé comme une partie faible au même titre que le consommateur ou l'assuré.

⁷⁸⁰ Le *forum actoris* ne profite qu'au créancier d'aliments, partie faible et ne saurait profiter à l'organisme public, CJUE, 15 janvier 2004, *Freistaat Bayern c. Jan Blijdentein*, Aff. C-433/01. Dans cet arrêt, la Cour de justice a jugé que « L'article 5, point 2, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (...) doit être interprété en ce sens qu'il ne peut être invoqué par un organisme public qui poursuit, par la voie d'une action récursoire, le recouvrement de sommes qu'il a versées à titre d'aides à la formation, en application du droit public, à un créancier d'aliments dans les droits duquel il est subrogé à l'égard du débiteur d'aliments ».

⁷⁸¹ Le Règlement Aliments prévoit également ces deux compétences additionnelles.

⁷⁸² Il s'agit, dans les États membres de l'Union européenne, du Règlement Bruxelles II *bis* et depuis le 1^{er} août 2022, du Règlement Bruxelles II-*ter*.

⁷⁸³ Article 5.2 a) et b).

⁷⁸⁴ Article 23 de la Convention.

⁷⁸⁵ Cependant, l'applicabilité de la Convention de Lugano et, en conséquence, de son article 23 est conditionnée par la réunion de deux éléments cumulatifs : d'une part, l'une des parties, au moins, doit avoir son domicile sur le territoire d'un État partie et, d'autre part, les juridictions désignées par l'élection de for, doivent être celles d'un État partie.

⁷⁸⁶ Contrairement au Règlement Aliments.

§2. La reconnaissance et l'exécution des décisions

730. Aux termes de l'article 33 de la Convention de Lugano, les décisions rendues par les juridictions d'un État lié sont reconnues de plein droit, c'est-à-dire qu'elles bénéficient de l'efficacité substantielle, dans les autres États parties sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à aucune procédure. En revanche, la reconnaissance de la décision pourra être refusée pour l'un des motifs énumérés à l'article 34 de la Convention de Lugano⁷⁸⁷. Cette disposition appelle, ici, peu de remarques.

731. En France, en Suisse et dans un grand nombre d'États européens, la reconnaissance et l'exécution d'une décision rendue par une autorité étrangère implique nécessairement un contrôle de la compétence indirecte⁷⁸⁸ de la juridiction étrangère saisie⁷⁸⁹. Le contrôle de la compétence indirecte permet ainsi à la juridiction de l'État requis, devant laquelle l'exequatur est sollicitée, de refuser la reconnaissance et l'exécution, au sein de son ordre juridique, de décisions rendues par une juridiction dont le rattachement avec le litige ou les parties est ténu. Ce serait, par exemple, le cas lorsque la compétence de la juridiction étrangère saisie est exclusivement fondée sur la nationalité de l'une des parties.

732. La Convention de Lugano consacre un système de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères reposant sur l'absence de contrôle de la compétence indirecte. Plus encore,

⁷⁸⁷ Selon lequel « Une décision n'est pas reconnue si 1. La reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État requis; 2. l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été notifié ou signifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire; 3. elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis ; 4. elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État lié par la présente convention ou dans un État tiers entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque la décision rendue antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis ».

⁷⁸⁸ Ainsi en Suisse, aux termes de l'article 25 de la LDIP, une décision étrangère est notamment reconnue en Suisse « si la compétence des autorités judiciaires ou administratives de l'État dans lequel la décision a été rendue était donnée ». L'article 25 énumère deux autres conditions dont la satisfaction est indispensable pour reconnaître une décision étrangère et la laisser produire des effets au sein de l'ordre juridique suisse. En France, pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, « le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi (...) », Cass. Civ. 1, *Cornelissen*, 20 février 2007, n°05-14.082. Dans un arrêt *Simitch*, en date du 6 février 1985, la Cour de cassation avait décidé que « toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi, et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux », Cass. Civ. 1, 6 février 1985, *Simitch*, n°83-11.241.

⁷⁸⁹ A. BONOMI/ A. BUCHER, *Droit international privé*, Bâle 2013, 3^e édition, n°257 et suivants.

un tel contrôle est prohibé par l'article 35.3⁷⁹⁰. Cette prohibition se justifie par le fait que l'ensemble des États parties à la Convention de Lugano sont animés par une confiance mutuelle notamment quant au respect, par les juridictions nationales, des règles de compétence édictées par la Convention⁷⁹¹.

733. La Cour de justice est intervenue, dans un arrêt *Krombach*, pour préciser que la confrontation de la décision étrangère dont la reconnaissance et l'exécution sont sollicitées à l'ordre public de fond et de procédure de l'État requis ne saurait justifier un contrôle de la compétence indirecte y compris dans le cas où la compétence de la juridiction d'origine saisie est exclusivement fondée sur la nationalité⁷⁹².

734. En revanche, la mise à exécution de la décision doit faire l'objet d'une procédure d'exequatur, qui demeure néanmoins largement simplifiée⁷⁹³. Aux termes de l'article 41 de la Convention de Lugano, « *la décision est déclarée exécutoire dès l'achèvement des formalités prévues à l'article 53 sans examen au titre des articles 34 et 35* ».

735. Le requérant, souhaitant obtenir l'exécution, sur le territoire d'un État membre, de la décision rendue par la juridiction d'un autre État membre, doit se munir de l'expédition de la décision réunissant les conditions nécessaires à son authenticité. Le requérant peut fournir une copie certifiée conforme par l'autorité compétente de l'État d'origine en lieu et place de la décision originale. En revanche, une simple copie ne saurait suffire.

Dans le cadre de la procédure d'exequatur, le rôle des autorités compétentes de l'État requis est strictement cantonné à l'examen du respect des formalités prévues à l'article 53 de la Convention de Lugano.

⁷⁹⁰ En vertu duquel, « Sans préjudice des dispositions du par. 1, il ne peut être procédé au contrôle de la compétence indirecte (...) ».

⁷⁹¹ A. BUCHER, Commentaire romand, Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano, Bâle 2011. Dans le même temps, le défendeur défaillant bénéficie d'une protection. En effet, aux termes de l'article 26.1 de la Convention, en cas de défaillance du défendeur, la juridiction saisie doit se déclarer incompétente si sa compétence n'est pas fondée sur l'un des chefs de compétence qu'elle édicte.

⁷⁹² CJCE, 28 mars 2000, *Dieter Krombach c. André Bamberski*, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481, note H. MUIR-WATT, *RTD civ.* 2000, p. 944, obs. J. RAYNARD.

⁷⁹³ A cet égard, le Préambule de la Convention de Lugano précise que les Hautes parties contractantes à la présente Convention (...), estimant qu'il importe de « *déterminer la compétence de leurs juridictions dans l'ordre international, de faciliter la reconnaissance et d'instaurer une procédure rapide afin d'assurer l'exécution des décisions, des actes authentiques et des transactions judiciaires (...) ont décidé dans cet esprit, de conclure la présente Convention (...)* ».

736. A cet égard, les juridictions de l'État requis ne peuvent procéder à aucun examen de la décision au sens des articles 34 et 35 de la Convention de Lugano. Les autorités compétentes de l'État requis ne pourront rejeter la requête visant à obtenir l'exécution d'une décision rendue par la juridiction d'un autre État membre pour l'un des motifs énumérés par les articles 34 ou 35 de la Convention de Lugano, pas plus qu'elles ne pourront s'opposer à son exécution si la décision devait se trouver en dehors du champ d'application matériel de la Convention de Lugano⁷⁹⁴.

737. En outre, ainsi que le prescrit expressément l'article 41 précité, la partie contre laquelle l'exécution est sollicitée « *ne peut, en cet état de la procédure, présenter d'observations* ». Il en ressort que la procédure d'exequatur consacrée par la Convention de Lugano est une procédure unilatérale qui n'a pas à être portée à la connaissance du défendeur. La juridiction saisie de la demande d'exécution ne peut entendre la partie contre laquelle cette demande est dirigée ni même prendre connaissance ou examiner les pièces qu'elle pourrait produire⁷⁹⁵. Le caractère unilatéral de la procédure d'exequatur et le fait qu'elle demeure inconnue de la partie contre laquelle elle est engagée permet de faire échec à toute tentative de cette dernière de soustraire ses biens à toute mesure d'exécution pouvant être mise en œuvre⁷⁹⁶.

737. Dans le cadre du système Lugano, la procédure d'exequatur est donc une simple formalité d'enregistrement de la décision auprès des autorités de l'État requis⁷⁹⁷. La partie contre laquelle l'exécution de la décision est sollicitée ne se retrouve pas totalement dépourvue et peut engager un recours à l'encontre de la décision relative à la demande de déclaration constatant la force exécutoire conformément aux dispositions de l'article 43 de la Convention de Lugano. Dans ce cas, la juridiction saisie ne pourra révoquer la décision que pour l'un des motifs visés aux articles 34 et 35 de la Convention, l'article 45.2 prohibant toute révision de la décision au fond.

738. Aux termes de l'article 35 de la Convention de Lugano, « *les décisions ne sont pas reconnues si les dispositions des sections 3, 4 et 6 du titre II ont été méconnues* ». L'article précité vise donc les seules décisions rendues dans le cadre de compétences impératives, soit en matière d'assurance et de contrats conclus par les consommateurs (section 3 et 4) ou d'une compétence exclusive (section 6).

⁷⁹⁴ F. POCAR, Rapport explicatif de la Convention de Lugano, 23 décembre 2009, C319/1, n°149.

⁷⁹⁵ A. BUCHER, Commentaire romand - LDIP et de la Convention de Lugano, Bâle 2011.

⁷⁹⁶ A. BUCHER, *op. cit.*

⁷⁹⁷ A. BUCHER, *op. cit.*

739. L'article 23, relatif à la clause d'élection de for figure au sein de la section 7 du Titre II. Il n'est donc pas visé par l'article 35.1. En conséquence, la saisine d'une juridiction en méconnaissance d'une clause attributive de juridiction ne pourra pas être sanctionnée par la non-reconnaissance de la décision rendue par la juridiction ainsi saisie.

740. Dans un arrêt *Gasser*⁷⁹⁸, la Cour de justice a décidé que la juridiction saisie en second lieu et dont la compétence a été revendiquée en vertu d'une clause attributive de juridiction doit néanmoins surseoir à statuer en faveur de la juridiction première saisie. En conséquence, la juridiction saisie sur le fondement d'une clause attributive de juridiction devait patienter le temps que le juge non désigné par la clause mais saisi en premier lieu se prononce sur la validité de cette dernière et sur sa propre compétence.

741. Si le juge saisi en second lieu déclinait sa compétence sur le fondement de la clause, l'instance pouvait donc reprendre devant le juge élu. En revanche, dans le cas où le juge saisi en premier refusait d'admettre l'applicabilité de la clause et se déclarait compétent, le juge élu devait alors décliner sa compétence et se dessaisir au profit du juge premier saisi. Rappelant qu'il n'existait aucune hiérarchie entre les chefs de compétence édictés par la Convention de Bruxelles la Cour de justice en a déduit que l'existence d'une compétence fondée sur une clause attributive de juridiction n'est pas de nature à remettre en cause la règle de priorité en matière de litispendance.

742. Face au risque que deux juridictions concurremment saisies apprécient différemment le litige porté devant elles, la Cour de justice a joué la carte de la prudence et de la sécurité juridique. Elle a dès lors jugé que la juridiction saisie en méconnaissance d'une clause attributive de juridiction n'est, « en aucun cas » moins bien placée que le juge élu pour se prononcer sur la validité et l'applicabilité de la clause attributive de juridiction⁷⁹⁹. Par ailleurs, contrairement aux compétences exclusives, lesquelles ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation, les parties ont la possibilité, dans le cadre d'une clause attributive de juridiction, de renoncer tant au bénéfice de celle-ci qu'au caractère exclusif de la compétence qu'elle attribue⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ CJCE, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl.*, D. 2004, p. 1046, note C. BRUNEAU ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 144, note H. MUIR-WATT ; *Rev. Europe* février 2004, n°2, comm. 2, commentaire L. IDOT.

⁷⁹⁹ Arrêt *Gasser*, pt. 48.

⁸⁰⁰ Dans le cadre de l'application de l'article 23 de la Convention de Lugano.

743. Vivement critiquée par une partie de la doctrine⁸⁰¹, cette solution a finalement été abandonnée après la refonte du Règlement Bruxelles I⁸⁰².

744. Dans le cadre du système Lugano, la décision rendue par une juridiction saisie en méconnaissance d'une clause attributive de juridiction pourra néanmoins être reconnue et exécutée sur le territoire des autres États parties.

Section 2. Le traitement du contentieux alimentaire par la Conférence de La Haye

745. Dans cette partie, seront étudiées les Conventions de La Haye de 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et de 1973 sur la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires (§1) et celle de 2007 sur le recouvrement international d'aliments (§2).

§ 1. Les Conventions de La Haye de 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et de 1973 sur la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires

746. Les premiers instruments élaborés par la Conférence de La Haye concernaient la situation des enfants créanciers d'aliments, à l'exclusion donc de celle des époux, avant de prendre en compte l'ensemble des créanciers d'aliments⁸⁰³.

⁸⁰¹ R. FENTIMAN, *Parallel Proceedings and Jurisdiction in Europe*, in P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (ed.), *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Oxford 2007, p. 27; A. NUYTS, *The Enforcement of Jurisdiction Agreements Further to Gasser and the Community Principle of Abuse of Right*, *op. cit.* p. 55.

⁸⁰² Aux termes de l'article 31.2 du Règlement Bruxelles Ibis, « lorsqu'une juridiction d'un État membre à laquelle une convention visée à l'article 25 attribue une compétence exclusive est saisie, toute juridiction d'un autre État membre saisie sursoit à statuer jusqu'à ce que la juridiction saisie sur le fondement de la convention déclare qu'elle n'est pas compétente en vertu de la convention ». En revanche, la solution est toujours en vigueur dans le cadre de l'application de la Convention de Lugano.

⁸⁰³ Selon P. BELLET, « S'il y avait eu urgence à s'occuper du sort des enfants, plus dignes d'intérêt que tous les autres, les statistiques révélaient que les litiges d'ordre alimentaire entre époux étaient fréquents et la loi devait tenter de transposer à leur égard ce qui avait été fait pour les enfants ; la généralisation des anciennes conventions s'imposait pour des motifs d'ordre social et humanitaire », P. BELLET, « Les nouvelles Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires », *JDI* 1974, p. 6.

747. Le 2 octobre 1973, la Conférence de La Haye a élaboré deux nouvelles conventions d'une l'une concerne la loi applicable aux obligations alimentaires⁸⁰⁴ et l'autre la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires.

748. La Convention de La Haye de 1973 est assez similaire, à quelques exceptions près, aux règles édictées par le Protocole de La Haye.

§ 2. La Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille

749. La Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille est entrée en vigueur le 1^{er} août 2014.

Elle est destinée au recouvrement d'aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille et a mis en place des procédures de recouvrement facilitées, plus accessibles et a accru la coopération entre les Etats.

La Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires entre époux, ex-époux ou à l'égard d'un enfant âgé de moins de vingt-et-un an.

Cette Convention s'applique uniquement à la reconnaissance des décisions alimentaires et ne prend pas partie sur la reconnaissance de la relation de famille fondatrice.

⁸⁰⁴ Cette convention demeure applicable en Suisse où elle est entrée en vigueur le 1^{er} octobre. Conformément aux dispositions de l'article 49 LDIP, « l'obligation alimentaire entre époux est régie par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ». De la même manière, selon l'article 83 LDIP, « L'obligation alimentaire entre parents et enfant est régie par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaire ».

TITRE II. LA RECONNAISSANCE DE LA RELATION DE FAMILLE AU FONDEMENT DE L'OBLIGATION
ALIMENTAIRE

750. Le franchissement des frontières peut parfois créer un déséquilibre, une contrariété dans le statut personnel qui peut alors différer d'un État à un autre mettant ainsi en danger la cohérence et la permanence de ce statut. Ainsi, un lien de famille considéré comme étant valable au sein d'un ordre juridique donné pourraient être remis en cause s'ils venaient à franchir une frontière.

751. Comment, dès lors, appréhender l'idée selon laquelle un lien de famille, par exemple, pourrait exister sous l'empire d'un droit étranger mais être totalement inexistant une fois la frontière franchie ? Pour reprendre les mots d'Antoine PILLET, « *il serait inadmissible qu'en passant d'un État dans un autre un homme perde les qualités d'enfant légitime, d'époux, de père de famille, qu'il avait régulièrement acquises* »⁸⁰⁵. Le franchissement d'une frontière peut donc conduire à réduire à néant un lien de famille, d'alliance ou de filiation constitué dans un autre État.

752. Les situations juridiques sont donc caractérisées par une grande vulnérabilité⁸⁰⁶. Constituées dans un État étranger, sous l'empire d'un droit étranger, elles peuvent être remises en cause, notamment lorsque leur reconnaissance est sollicitée dans un autre État que celui qui a présidé à leur création

753. Les relations de famille emportent non seulement des effets personnels mais également des effets patrimoniaux et en particulier des effets alimentaires. Une remise en cause du statut personnel ou familial d'une personne en cas de franchissement d'une frontière pourrait donc avoir un impact considérable sur les effets patrimoniaux de ces rapports qui seraient également remis en cause.

754. A titre d'exemple, nous pouvons prendre le cas d'une mère (d'intention) qui jouirait de la qualité de mère dans un ordre juridique donné mais qui, perdrait cette qualité une fois la

⁸⁰⁵ Cité par P. MAYER, La reconnaissance : notions et méthodes, in P. LAGARDE (Dir.), La reconnaissance des situations en droit international privé, Pedone 2013, p. 28.

⁸⁰⁶ P. LAGARDE, Sur la vulnérabilité des situations juridiques in V. HEUZE, R. LIBCHABER et P. de VAREILLES-SOMMIERES (Dir.), Mélanges en l'honneur du Professeur P. MAYER, 2015, pp. 441-454.

frontière franchie. La disparition de cette qualité emporte avec elle la disparition des effets patrimoniaux y afférents.

755. Les situations pouvant être instables sur le plan international, qualifiées de « *boiteuses* », mettent à mal l'harmonie internationale, objectif premier du droit international privé. Même si elles ne constituent pas la majorité, de telles situations demeurent inévitables en raison de la mobilité internationale et de la grande divergence existant au sein des législations nationales tant au niveau du droit matériel que des règles de conflit de lois. Les situations boiteuses, qui font obstacle à la prévisibilité des parties et à leurs attentes légitimes, ne sont, pourtant pas, une fatalité et il existe des solutions pour les prévenir.

756. La méthode conflictuelle est apparue insuffisante pour gérer ces situations (Chapitre 1) qui ont dès lors été régies par la méthode de la reconnaissance, plus libérale (Chapitre 2).

CHAPITRE I. L'INSUFFISANCE DE LA METHODE CONFLICTUELLE

757. Dans le cadre de ce chapitre, seront étudiées l'affaiblissement de la règle de conflit de lois (section 1) et l'émergence d'une problématique contemporaine : les questions préalables (section 2).

Section 1. L'affaiblissement de la règle de conflit de lois

758. Classiquement, le conflit de lois apparaît lorsque les législations de deux ou plusieurs États ont cumulativement vocation à régir un rapport de droit privé déterminé.

759. Le conflit est traité en identifiant, par le biais d'un rattachement objectif, le système juridique qui entretient les liens les plus étroits⁸⁰⁷ avec la situation en cause et dont les règles de droit seront alors les mieux placées pour régir ladite situation⁸⁰⁸. Le critère de proximité peut être mise en œuvre de manière concrète : il s'agira alors d'identifier un faisceau de critères de rattachement et de regarder l'ordre juridique vers lequel ce faisceau converge.

760. Il est également possible, et il s'agit ici de la méthode retenue, de procéder de manière plus objective et d'identifier, pour chaque rapport de droit, le rattachement qui permettra d'identifier l'ordre juridique avec lequel ledit rapport entretient les liens les plus étroits⁸⁰⁹.

761. Le critère de rattachement est donc fondé sur une idée de proximité entre d'une part, l'ordre juridique désigné et le rapport de droit concerné. Il convient dès lors, en premier lieu de caractériser la question en cause, puis d'identifier la catégorie de rattachement à laquelle elle

⁸⁰⁷ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, n°99, p. 220-221 ; P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé*, *RCADI* 1986, vol.196, p. 25 et s.

⁸⁰⁸ P. LARGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *RCADI* 1986, vol. 196. En matière de statut personnel, le rattachement est celui de la nationalité, en principe, mieux à même d'assurer la stabilité et la continuité du statut en cas de mobilité. Il résulte de l'article 3, al. 3 du Code civil : « *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger* ».

⁸⁰⁹ Sur l'intégration du critère de proximité dans la règle de conflit de lois, voir P. HAMMJE, *Circulation et exigence de proximité* in H. FULCHIRON (Dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris 2019, p. 137 ; voir également Y. LEQUETTE, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?* *RCADI* 2017, vol. 387, voir également K. ROKAS, *L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé*, Thèse, Paris 2016, p. 168 et s. Ainsi, En matière de statut personnel, afin de garantir la continuité et la stabilité de l'état des personnes et d'éviter la naissance de rapport boiteux, le critère de la nationalité a été érigé en rattachement.

appartient afin de faire application de la règle de conflit correspondante qui permettra alors de désigner la loi la plus apte à régir ladite question en raison de sa forte proximité avec celle-ci⁸¹⁰.

762. Le recours au critère de la proximité est justifié dès lors qu'il permet, en principe, de satisfaire les principaux objectifs du droit international privé au rang desquels l'uniformité des solutions et le respect des prévisions légitimes des parties⁸¹¹. Le recours au critère de la proximité a été également le moyen de prévenir la naissance également de rapports boiteux.

763. La mondialisation et l'aisance avec laquelle les personnes communiquent et voyagent par-delà les frontières ont largement favorisé leur mobilité internationale. Cette mobilité est également fortement accrue au sein de l'Union européenne avec la construction, par les autorités européennes, et la promotion d'un espace de liberté et de justice au sein duquel la circulation des personnes et avec elles leur statut est favorisée.

764. Ces facteurs combinés avec la consécration, par les autorités européennes d'un système particulièrement élaboré et complet de règles de conflit de lois et de juridictions ont eu un impact certain sur la méthode conflictuelle.

765. Celle-ci, fondée sur une idée de proximité, a montré ses limites lorsqu'il s'agissait de régir des rapports de droit, déjà constitués, et à l'égard desquels il était demandé d'admettre leur effectivité.

766. La méthode de la reconnaissance des situations a alors progressivement émergé et le critère de la proximité a alors cédé le pas à celui de l'effectivité. En effet, l'abandon de la méthode conflictuelle au profit de celle de la reconnaissance des situations juridiques suppose nécessairement que la situation, dont la reconnaissance est sollicitée, existe c'est-à-dire qu'elle soit effective au regard de l'ordre juridique d'origine.

767. C'est l'effectivité de la situation, plutôt que sa conformité au regard de l'ordre juridique du for, qui sera alors prise en compte. Si la situation est bien effective dans l'ordre juridique étranger, où elle est née, alors elle a fondé des prévisions légitimes justifiant sa reconnaissance.

⁸¹⁰ A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, vol. 341, 2009, p. 41.

⁸¹¹ Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? » *RCADI* 2017, vol. 387, p. 81.

Dans ce cas, il apparaît adapté que la validité de la situation soit appréciée au regard de la loi qui a présidé à sa création et non au regard de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for⁸¹².

En effet, subordonner la reconnaissance d'une situation constituée à l'étranger à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois pourrait conduire au refus de son admission dans l'ordre juridique du for dès lors que la situation en cause n'est pas valide au regard de la loi désignée par la règle de conflit du for quand bien même elle aurait été valablement créée à l'étranger.

768. Recourir à la méthode du conflit de lois en matière de reconnaissance peut donc « *aboutir à la négation d'une situation qui s'est constituée valablement et qui conserve son effectivité dans l'État d'origine et peut-être dans quelques autres États* »⁸¹³. L'application de la méthode du conflit de lois pourrait donc favoriser la création de situations boiteuses, que le droit international privé a pourtant la volonté d'éviter, en soumettant la validité d'un rapport de droit, constitué au sein d'un ordre juridique étranger, à des considérations géographiques.

769. La discipline du droit international privé s'en trouve dès lors bouleversée et la traditionnelle scission entre d'une part, le conflit de lois et, d'autre part, le conflit de juridictions s'efface peu à peu pour désormais s'opérer entre création d'un rapport de droit et son effectivité en dehors de l'ordre juridique qui a présidé à sa naissance⁸¹⁴.

770. La règle de conflit de lois ne s'efface pas pour autant complètement et son rôle demeure au stade notamment de la création d'un rapport de droit.

Prenons le cas d'une personne, majeure, qui engage, devant les juridictions françaises de sa résidence habituelle, une action à l'encontre de son parent, résidant habituellement en Espagne, aux fins d'obtenir le versement d'une pension alimentaire. Les juridictions françaises devront alors déterminer sous l'empire de quelle loi le rapport alimentaire sera régi et devront faire dès lors application de la règle de conflit de lois édictée par l'article 3 du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires⁸¹⁵.

⁸¹² Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *Rev. Crit. DIP* 2008, p. 513, n°11 et s.

⁸¹³ P. LAGARDE/ P. GOTHOT, *Conflits de lois (principes généraux)*, Répertoire de droit international, Dalloz 2006, n°229.

⁸¹⁴ P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, Conférence inaugurale, 2014, vol.371.

⁸¹⁵ Aux termes de cet article, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier régit les obligations alimentaires.

771. Au stade de la création d'un rapport de droit, la méthode conflictuelle montre ses limites dans certaines hypothèses (§1) tandis qu'elle peut être maintenue sans difficultés dans d'autres (§2).

§ 1. Les limites de la méthode conflictuelle de la règle au stade de la création d'un lien de filiation : le cas de la gestation pour autrui

772. La réception, au sein d'ordres juridiques nationaux permissifs, des effets d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger en particulier, le lien de filiation ainsi établi a nourri un contentieux important tant en France qu'au sein d'autres États européens lequel s'est soldé par la soumission de la question à la méthode de la reconnaissance (A) même si la règle de conflit de lois demeure applicable dans certains cas (B).

A. Le traitement de l'établissement de la filiation sur le terrain de la reconnaissance

773. En France, la question de l'établissement du lien de filiation dans le cadre d'une gestation pour autrui est, aujourd'hui, traitée sur le terrain de la reconnaissance. Dans la grande majorité des cas, dans le cadre de la procédure initiée à l'étranger, les parents d'intention obtiennent une décision judiciaire ou un certificat de naissance sur lequel ils apparaissent en leur qualité de parents.

774. Cependant, la soumission de la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger à la méthode de la reconnaissance n'a pas été un acquis de tout repos.

775. A l'origine, la Cour de cassation avait adopté une position extrêmement ferme à l'égard des gestations pour autrui survenues à l'étranger, refusant de reconnaître tout lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention y compris lorsque le père d'intention était également le père biologique⁸¹⁶.

⁸¹⁶ Cass. Civ. 1, 6 avril 2011, n°09-17.130, Cass. Civ.1, 6 avril 2011, n°10-19.053 et Cass. Civ. 1, 6 avril 2011. Dans ces arrêts, la Cour de cassation avait jugé qu'« il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet au regard de la filiation à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui » quand bien même cette dernière était licite dans le pays étranger où elle a été réalisée. Pour autant, la Cour de cassation avait admis la validité du lien de filiation à l'étranger. Ainsi, selon la Haute juridiction, « une telle situation, qui ne prive pas l'enfant de sa filiation maternelle et paternelle que le droit étranger lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les demandeurs en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des

776. Dans l'arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991, la Cour de cassation avait, en effet, énoncé que la convention par laquelle la femme s'engageait, fût-ce à titre gratuit, à concevoir un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevenait « *tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* »⁸¹⁷.

777. La Cour de cassation a exclu toute reconnaissance de la filiation en présence d'une convention de gestation pour autrui, quel que soit le mode d'établissement de cette filiation, qu'il s'agisse d'une adoption simple⁸¹⁸, d'une adoption plénière⁸¹⁹ ou d'une possession d'état⁸²⁰.

778. Le contentieux s'est alors cristallisé autour de la transcription de l'acte de naissance étranger, puis autour de l'article 47 du Code civil lequel concerne la force probante des actes de l'état civil étranger.

779. Par trois arrêts en date du 6 avril 2011⁸²¹, la Cour de cassation avait jugé qu'il « *est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet au regard de la filiation à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui* » quand bien même cette dernière était licite dans le pays étranger où elle a été réalisée.

780. Dans son rapport relatif à l'ordre public, la Cour de cassation avait estimé que « *la prohibition des conventions gestation pour autrui édictée par l'ordre juridique français entache de contrariété à l'ordre public international, par contagion, le lien de filiation de l'enfant conçu par ce procédé* »⁸²².

droits de l'homme non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant », Cassation, Civ. 1, 6 avril 2011, n°09-17.130. Sur ces arrêts, D. 2001, p. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET ; Rev. crit. DIP 2011, p. 722, obs. P. HAMMJE ; AJ fam., 2011, p. 262, note F. CHENÉDÉ.
⁸¹⁷ Cour de cassation, Ass. Plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20.105, Bull. 1991, Ass. plén., n° 4. La Haute juridique en avait alors déduit que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, épouse du père, ne pouvait être prononcée, cette adoption n'étant que l'ultime phase du processus d'ensemble, qui constituait un détournement de l'institution de l'adoption.

⁸¹⁸ Cour de cassation, Civ.1, 29 juin 1994, pourvoi n° 92-13.563, Bull. 1994, I, n° 226.

⁸¹⁹ Cour de cassation, Civ. 1, 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03.927, Bull. 2003, I, n° 252.

⁸²⁰ Cour de cassation, Civ. 1, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, Bull. 2011, I, n° 70.

⁸²¹ Cour de cassation, Civ. 1, 6 avril 2011, n°09-17.130, Cass. Civ.1, 6 avril 2011, n°10-19.053 et Cass. Civ. 1, 6 avril 2011, D. 2001, p. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET ; Rev. crit. DIP 2011, p. 722, obs. P. HAMMJE ; AJ fam., 2011, p. 262, note F. CHENÉDÉ.

⁸²² Cour de cassation, Étude sur l'ordre public, 2013, p. 132.

781. La Cour de cassation avait néanmoins admis la validité du lien de filiation à l'étranger. Ainsi, selon la Haute juridiction, « *une telle situation, qui ne prive pas l'enfant de sa filiation maternelle et paternelle que le droit étranger lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les demandeurs en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant* ». De l'avis de la Cour de cassation, « *l'intérêt supérieur de l'enfant n'était pas de nature à neutraliser l'ordre public international français, car ces enfants, n'étant pas privés d'une filiation maternelle et paternelle, que le droit étranger leur reconnaît, ni empêchés de vivre avec les requérants, la prise en compte primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ne commandait pas que la contrariété à l'ordre public international français de ces jugements étrangers soit écartée* »⁸²³.

782. Cette solution a été, de nouveau, consacrée par la Cour de cassation dans des hypothèses différentes, cependant, puisqu'il ne s'agissait plus de couples hétérosexuels mais d'hommes célibataires ayant eu recours à des conventions de gestation pour autrui en Inde⁸²⁴.

Dans ces arrêts, la Cour de cassation avait jugé qu'« *en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* »⁸²⁵.

783. La condamnation de la France par la Cour EDH a conduit la Cour de cassation à infléchir sa jurisprudence⁸²⁶.

⁸²³ *Op. cit.*, p. 132.

⁸²⁴ Cass. Civ. 1, 13 septembre 2013, n°12-30.138, D. 2013, p. 2349, note H. FULCHIRON / C. BIDAUD-GARON ; *AJ fam.* 2013, p. 532, obs. DIONISI-PEYRUSSE ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 909, note P.HAMMJE ; *RTD Civ.* 2013, p. 816, obs. J. HAUSER.

⁸²⁵ Le fondement choisi par la Cour de cassation était particulièrement sévère dès lors, conformément à l'adage, la fraude corrompt tout (« *Fraus omnia corrumpit* »). Dans un tel cas, il n'est absolument pas envisageable d'avoir recours à un quelconque correctif afin de faire produire en France les effets d'une filiation établie à l'étranger dans le cadre d'une gestation pour autrui. Pis encore, le recours à la fraude à la loi en matière de gestations pour autrui revenait à rendre inopposable en France les actes de naissance établis à l'étranger en considérant que la fraude avait corrompu « *le lien de filiation entre l'enfant et sa mère* ». L'enfant se retrouvait dès lors dépourvu de tout lien de filiation. A cet égard, voir, H. FULCHIRON, *Fraus omnia corrumpit*, A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes, *D.* 2014, p. 1162. L'auteur dénonce une « *fraude qui étend peu à peu ses ravages* ».

⁸²⁶ Ass. plén. 15 avril 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313 et n° 10-30.316, Bull. n° 1, 3 et 4. Selon la Cour, « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de

784. Un peu plus d'une année après la condamnation de la France par la CEDH, la Cour de cassation, dans sa formation la plus solennelle, avait décidé que la convention de gestation pour autrui ne pouvait faire obstacle, à elle seule, à la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance d'un Français dressé en pays étranger dès lors que celui-ci avait été rédigé dans les formes en vigueur dans ledit pays, qu'aucune irrégularité ou falsification n'avait été constatée et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité⁸²⁷.

785. Il en résultait que l'acte de naissance étranger mentionnant le père biologique en qualité de père⁸²⁸ pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français. Les arrêts de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 n'ont pas statué sur la question de la filiation à l'égard de la mère d'intention, laquelle n'était pas posée.

786. Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* commandent-ils l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de la mère d'intention, en particulier lorsque celle-ci a donné son ovocyte et est donc, au même titre que le père, sa mère génétique ?

787. La « réalité » de l'article 47 du Code civil doit-elle être entendue au sens factuel, en ce sens qu'elle désigne la réalité de l'accouchement ou doit-elle être appréciée au regard de la loi étrangère admettant la gestation pour autrui ?

788. Par une nouvelle salve d'arrêts, la Cour de cassation a infléchi, un peu plus, sa jurisprudence⁸²⁹.

Souhaitant décourager une pratique prohibée par le droit français, la Cour de cassation a maintenu sa position à l'égard de la mère d'intention en refusant la transcription de sa filiation dans les registres de l'état civil.

respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ».

⁸²⁷ Ass. Plén. 3 juillet 2015, n°15-50.002 et n°14-21.323, *AJ fam.* 2015, p. 364, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2015, p. 1819, obs. I. GALLMEISTER ; *Rev. crit. DIP*, p. 1481, note S. BOLLEE.

⁸²⁸ Cette position était par ailleurs conforme aux dispositions du Code civil en matière de filiation lesquelles ne prohibent pas l'établissement de la filiation paternelle en raison de l'existence d'une convention de gestation pour autrui. En effet, le droit français ne limite l'établissement de la paternité biologique qu'en cas d'inceste. Sur ce point, voir notamment S. BOLLEE, note sous Cass. Civ. 1, 19 mars 2014, n°13-50.005 et TGI Versailles, 24 avril 2014, *Rev. crit. DIP* 2014, p. 619, n°9.

⁸²⁹ Civ. 1, 5 juillet 2017, n°16-16.901, n°16-50.025, n°16-16.495, n°15-28.597, n°16-20.052, *D.* 2017, p. 1737, note H. FULCHIRON ; *ibid.*, p.1919, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *ibid* 2018, p. 528, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, p. 641, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *ibid.*, p.966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *JA* 2017, n°567, p. 13, obs. S. DAMAREY ; *AJ fam.* 2017, p. 375, point de vue F. CHENEDE ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 143, note S. Bollée ; *JDI* 2017, p. 1291, note J. GUILLAUME.

789. Dès lors que cette dernière n'a pas accouché de l'enfant, les énonciations faites dans le certificat de naissance établi à l'étranger ne correspondent pas à la réalité et ne peuvent, dès lors, être reconnues et produire leurs effets dans l'ordre juridique français⁸³⁰. L'accouchement est la seule réalité peu importe les situations dans lesquelles la mère d'intention, après avoir fait don de ses ovules, se trouve être également la mère biologique de l'enfant.

790. Selon la Haute juridiction, la réalité, au sens de l'article 47 du Code civil, ne peut être que celle de l'accouchement⁸³¹ qui seul établit la filiation⁸³².

791. La Cour de cassation a cependant assorti cette interdiction d'un correctif résolvant, d'une part, les difficultés pratiques rencontrées par les parents d'intention au quotidien ainsi que la nécessité de reconnaître les effets de la filiation établie après une gestation pour autrui intervenue à l'étranger et, préservant, d'autre part, la politique défendue par l'État. La Haute juridiction a accordé au parent d'intention⁸³³ la possibilité d'adopter⁸³⁴ l'enfant si l'adoption répond à son intérêt supérieur et si les conditions légales sont réunies.

792. L'adoption permet de reconstruire un lien de filiation, établi sous l'empire d'un droit étranger, mais que l'ordre juridique du for ne reconnaît pas⁸³⁵. Dès lors, le parent d'intention

⁸³⁰ Cass. Civ. 1, 5 juillet 2017, n°15-28.597 et n° 16-16.901. En effet, aux termes de l'article 47 du Code civil, « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

⁸³¹ Cass. Civ. 1, 5 juillet 2017, arrêts précités.

⁸³² En se fondant sur la réalité biologique, la Cour de cassation sacralisait ainsi la grossesse et l'accouchement. La position de la jurisprudence est fondée sur le vieil adage romain *Mater semper certa est* selon lequel la mère est toujours certaine. Pour certains, à l'heure des grands bouleversements scientifiques, de la dissociation de la procréation de l'acte sexuel et de la maîtrise, toujours plus grande, des techniques de procréation, cet adage perd de plus en plus sa force et de son autorité, P. LE MAIGAT, Gestation pour autrui, la fin de l'interdit ? Gaz. Pal. 7 Janvier 2021, n°1, p. 20 ; R. D'ALTON-HARRISSON, *Mater Semper Incertus Est : Who's your mummy ?* Medical Law Review, Vol. 0, n°0, pp. 1-27.

⁸³³ Cette possibilité est offerte aussi bien à la mère d'intention qu'à l'époux du père, Cass. Civ. 1, 5 juillet 2017, n°16-16.455, n°16-16.901 et n°16-50.025.

⁸³⁴ L'adoption peut être définie comme une technique juridique permettant la création, par jugement, d'un lien juridique de filiation entre deux personnes, lesquelles, sous le rapport du sang, sont généralement étrangères l'une à l'autre. Dans le cadre de l'adoption, le lien de filiation se fonde sur une démarche volontaire des parents adoptifs à laquelle la loi impose cependant la satisfaction de certaines conditions, S. GUINCHARD / T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz 2017-2018, p. 47.

⁸³⁵ Pour certains, L'ouverture de l'adoption au parent d'intention ne peut être assimilée à une reconnaissance des effets d'une gestation pour autrui, S. BOLLEE, « L'ouverture de l'adoption à la mère d'intention d'un enfant issu d'une gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP* 2018, p. 143.

n'est pas considéré comme étant le parent légal de l'enfant et puisqu'aucun lien n'existe entre eux, l'adoption apparaît alors comme le seul procédé permettant de reconstruire ce lien⁸³⁶.

793. Cette position est celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son avis consultatif⁸³⁷ dans lequel elle a confirmé que le refus de la transcription de la filiation maternelle d'intention ne portait pas atteinte au respect de la vie privée dès lors que la reconnaissance de cette filiation peut être effectuée par une autre voie. Dans cet avis, la Cour européenne des droits de l'homme a donc admis la nécessité de reconnaître la parenté

⁸³⁶ A condition, selon la Cour EDH, que cette méthode réponde à des exigences de célérité. En France, l'adoption de l'enfant de son conjoint, si elle n'est subordonnée à aucun agrément, nécessite néanmoins un jugement. Il est assez rare que les jugements soient rendus dans des délais brefs. Sur ce point, voir A.-M. LEROYER, GPA : un avis faussement salvateur de la maternité d'intention, *RTD civ.* 2019, p. 307 ; J. HEYMANN, F. MARCHADIER, La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (à propos de l'avis consultatif de la CEDH, grande chambre du 10 avril 2019, *JDI* octobre 2019, n°4, var. 8. Par ailleurs, selon le rapport, Les chiffres-clés de la Justice 2019, publié par le ministère de la justice, un délai moyen d'environ 9 mois était observé pour parvenir à bout de la grande majorité des contentieux portés devant le Tribunal de grande instance. En appel, ce délai était de 20 mois environ. Rapport consultable en ligne sur < http://www.justice.gouv.fr/art_pix/CC%202019_V8.pdf >, (dernière consultation le 16 juin 2022).

⁸³⁷ CEDH, gr. ch., avis consultatif, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, *AJDA* 2019. 788 ; *D.* 2019. 1084, note H. FULCHIRON; *ibid.* 1016, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE; *AJ fam.* 2019. 289, obs. P. SALVAGE-GEREST ; *ibid.* 233, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *RTD civ.* 2019. 286, obs. J.-P. MARGUENAUD ; Rennes, 22 janv. 2019, n° 18/06068, *AJ fam.* 2019. 111, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; Civ. 1re, 20 mars 2019, nos 18-14.751 et 18-50.007, *AJ fam.* 2019. 218 ; *ibid.* 175, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; C. BRUNETTI-PONS, Les décisions de la Cour de cassation sont-elles en phase avec la jurisprudence européenne ? - Libres propos, *JCP N* 2019. Actu. 315 ; H. FULCHIRON, Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, un dialogue exemplaire ? *D.* 2019. 1084. Dans cet avis consultatif, selon la CEDH, « le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale ». La Cour ajoute que « le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Quid si la voie choisie par l'État partie pour reconnaître la filiation entre l'enfant et la mère d'intention ne permettait pas de répondre aux exigences de célérité et d'effectivité, faudrait-il alors procéder à la transcription intégrale de l'acte de naissance de l'enfant ? Le réexamen de l'affaire *Menesson* a donné l'opportunité à la Cour de cassation de a été l'opportunité pour l'Assemblée plénière de saisir la Cour européenne des droits de l'Homme d'une demande d'avis sur le point de savoir si le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, assoupli par la possibilité d'adopter, était contraire aux droits garantis par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, publié au Bulletin ; *D.* 2019. 663, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2018. 613 ; *ibid.* 569, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* 640 et les obs. ; *RTD civ.* 2018. 847, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *ibid.* 2019. 90, obs. A.-M. LEROYER ; *JCP* 2018. Actu. 1071, obs. F. SUDRE. La demande d'avis est fondée sur l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°16 selon lequel la Cour européenne des droits peut se prononcer sur des demandes d'avis consultatifs portant sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention européenne ou ses protocoles.

d'intention⁸³⁸ tout en laissant aux États la possibilité de déterminer les modalités de cette reconnaissance⁸³⁹.

794. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, en faisant obstacle à la reconnaissance juridique du fait biologique, les États excèdent amplement leur marge de manœuvre⁸⁴⁰. Dans son avis consultatif, la Cour européenne des droits de l'homme avait d'ailleurs relevé les écueils auxquels l'enfant, dépourvu de filiation maternelle, peut être confronté parmi lesquels se trouve notamment l'absence de protection contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge.

795. L'espèce concernait certes l'hypothèse d'une gestation pour autrui où seul le père avait fourni ses gamètes, cependant, une interprétation large des mots de la CEDH pourrait plaider en faveur de la reconnaissance de la filiation maternelle d'intention dans le cas où la mère d'intention et l'enfant partagent un même patrimoine génétique parce que cette dernière a fourni ses gamètes.

796. A cet égard, la Cour de cassation française avait expressément demandé à la Cour européenne des droits de l'homme de se prononcer sur la question de savoir s'il y avait lieu, dans le cadre de la reconnaissance du lien de filiation maternelle, de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de sa mère d'intention. La Cour de cassation avait ainsi demandé à la CEDH si « *en refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, en ce qu'il désigne comme étant sa « mère légale » la « mère d'intention »*, alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le « père d'intention », père biologique de l'enfant, un État-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? » et s'il y avait lieu, à cet

⁸³⁸ La réponse de la CEDH fait uniquement référence à la « mère d'intention ». Telle était les termes de la question que lui avait posée la Cour de cassation. Cependant, dans son avis, la CEDH se réfère au parent d'intention aussi lorsqu'il s'agit d'évoquer le parent biologique que le parent non biologique. La Cour ne fait aucune distinction fondée sur le sexe du parent d'intention. En conséquence, les directions prises par cette dernière peuvent également s'appliquer au père d'intention. En ce sens, voir H. FULCHIRON, Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? *D.* 2019, p. 1084.

⁸³⁹ Subsistent toutefois certaines questions notamment celles de savoir quel sort il convient de réserver, d'une part, à la filiation maternelle d'intention dans le cas où la mère d'intention a fourni ses gamètes et qu'elle se trouve être également la mère biologique de l'enfant et d'autre part, aux filiations exclusivement fondées sur la volonté des parents d'intention. Dans son arrêt de 2014 (point 99), la Cour EDH avait soulevé cette difficulté sans toutefois y répondre.

⁸⁴⁰ S. BOLLEE, « Enfants conçus à l'étranger : précisions sur l'établissement de la filiation d'une gestation pour autrui », note sous CEDH, 26 juin 2015, *Menesson c. France*, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 144, § 5.

égard, « *de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la « mère d'intention* » ? La question était d'autant plus cruciale que la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Mennesson*, avait relevé l'importance de la filiation biologique dans la construction de l'identité de l'enfant et avait jugé qu'il n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant de le priver d'un lien juridique « *alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance* ». Faisant preuve d'une très grande prudence, la Cour européenne des droits de l'homme a pris soin de limiter son avis aux seules questions de droit en rapport direct avec le litige en instance au plan interne⁸⁴¹.

797. A cet égard, la Cour souligne que « *le litige interne porte sur la reconnaissance dans l'ordre juridique français, eu égard au droit au respect de la vie privée des enfants, d'un lien de filiation entre une mère d'intention et des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui et issus des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, dans un cas où l'acte de naissance étranger peut faire l'objet d'une transcription en ce qu'il désigne le père d'intention dès lors qu'il est le père biologique des enfants* »⁸⁴² et exclut, en conséquence, de son analyse l'hypothèse évoquée par la Haute juridiction française⁸⁴³.

⁸⁴¹ Avis consultatif, § 26.

⁸⁴² Avis consultatif, §27.

⁸⁴³ Avis consultatif, § 28. On ne peut que s'étonner du soin avec lequel la Cour exclut de son analyse cette question d'autant qu'aux termes de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, « *les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractantes peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention* ». Le paragraphe 2 du même article précise cependant que la juridiction qui procède à la demande ne peut solliciter un avis consultatif que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle. Une interprétation stricte de ce paragraphe a ainsi permis à la Cour européenne des droits de l'homme d'éviter la question de l'établissement de la filiation maternelle d'intention lorsque la mère d'intention est également la mère biologique de l'enfant et de ne pas se voir lier, à l'avenir, par ses propres mots, voir J. HEYMANN, F. MARCHADIER, La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (à propos de l'avis consultatif de la CEDH, grande chambre du 10 avril 2019, *JDI* octobre 2019, n°4, var. 8. En effet, aux termes de l'article 5 du Protocole n°16, « *les avis consultatifs ne sont pas contraignants* ». Cependant, il ressort du Rapport explicatif du Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que « *les avis consultatifs en vertu du présent protocole (...) s'insèrent (...) dans la jurisprudence de la Cour, aux côtés de ses arrêts et décisions* ». Deux questions ont ainsi été analysées par les juges de Strasbourg. Il s'agissait, en premier lieu, de déterminer si le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert la possibilité d'une reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale », dans la situation où l'enfant a été conçu avec les gamètes d'une tierce donneuse. La seconde question n'avait de sens que si la réponse apportée à la première question était affirmative. Dans ce cas, la Cour EDH devait se prononcer sur le point de savoir quels moyens pouvaient fonder la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. Les exigences liées au respect du droit à la vie privée requéraient-elle que les États procèdent à la transcription de l'acte de naissance ou pouvaient-ils recourir à un autre procédé (§ 32). Pour répondre à la première question, la Cour européenne des droits de l'homme se fonde sur l'intérêt supérieur de l'enfant, d'une part, et l'étendue de la marge d'appréciation dont bénéficient les États en la matière, d'autre part (§37). La Cour relève alors les nombreux écueils auxquels l'enfant, dépourvu de filiation maternelle, peut être confronté, lesquels plaideraient pour une reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, et les met en balance avec d'autres arguments qui justifieraient, au contraire, de

de l'avis de la Cour, le droit interne des États doit offrir une possibilité de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui et la mère d'intention désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la mère légale⁸⁴⁴.

798. Sur la question des moyens pour parvenir à une telle reconnaissance, la Cour, après avoir longuement insisté sur l'importance de la célérité dans le processus de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, affirme toutefois que l'on ne saurait déduire de l'intérêt supérieur de l'enfant que la reconnaissance du lien de filiation maternelle impose aux États de procéder à la transcription de l'acte de naissance. De l'avis de la Cour, d'autres modalités, au rang desquelles l'adoption⁸⁴⁵, peuvent servir l'intérêt de l'enfant et produire des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance⁸⁴⁶.

799. De prime abord, l'avis rendu par la Cour européenne des droits de l'homme constitue une avancée majeure dans la reconnaissance du lien de filiation entre la mère d'intention et son enfant. Cependant, cet avis laisse quelque peu perplexe. La Cour EDH fonde son argumentaire sur une confusion entre la reconnaissance d'un acte étranger d'une part et l'établissement de la filiation d'autre part, n'hésitant pas à affirmer que l'adoption « *produit des effets de même nature que la transcription de l'acte étranger* »⁸⁴⁷.

800. Alors que la transcription est l'opération par laquelle un officier de l'état civil reproduit sur ses registres un acte de l'état civil précédemment dressé ailleurs ou une décision judiciaire touchant à l'état civil⁸⁴⁸, l'adoption, quant à elle, est une technique juridique permettant la création, par jugement, d'un lien juridique de filiation entre deux personnes, lesquelles, sous le rapport du sang, sont généralement étrangères l'une à l'autre⁸⁴⁹.

refuser à la reconnaissance d'un tel lien⁸⁴³. Aux yeux de la Cour cependant, ces derniers arguments ne peuvent justifier « *l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention* » (§ 44) laquelle serait contraire à l'intérêt de l'enfant.

⁸⁴⁴ Avis consultatif, § 46.

⁸⁴⁵ Nous sommes d'avis que le recours à l'adoption fait peser la sanction du recours à la pratique de la gestation pour autrui sur la mère d'intention uniquement et crée une inégalité entre les parents d'intention.

⁸⁴⁶ Avis consultatif, § 53.

⁸⁴⁷ Avis consultatif, § 53.

⁸⁴⁸ G. LAUNOY, « Actes de l'état civil – Mentions marginales et transcriptions, Fasc. 10 », *JurisClasseur Civil Code*, Article 49, § 7.

⁸⁴⁹ S. GUINCHARD / T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz 2017-2018, p. 47.

801. La transcription est donc une formalité de publicité alors que l'adoption permet de construire, sur un plan juridique, un lien de filiation entre deux personnes lesquelles sont étrangères sur un plan biologique. Ces deux opérations ne peuvent donc se confondre.

Or, si le lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention doit, de l'avis de la Cour, faire l'objet d'une reconnaissance, cette dernière ne doit pas impérativement se traduire par la transcription de l'acte de naissance étranger désignant la mère d'intention comme étant la mère légale.

802. La Cour européenne des droits de l'homme affirme que le lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, légalement établi à l'étranger, doit être reconnu par l'ordre juridique du for « *au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé*⁸⁵⁰ ». Elle introduit ainsi une nouvelle notion, celle de « *filiation concrétisée* »⁸⁵¹ sans pour autant donner une quelconque indication sur ce qu'il faut entendre par là et abandonne les États à leur sort⁸⁵².

803. *Concrétiser* peut être entendu de la même manière que réaliser ou matérialiser. Comment faut-il alors appréhender les mots de la Cour selon lesquels l'intérêt de l'enfant requiert que son lien de filiation maternelle, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu « *au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé* »⁸⁵³ ? La concrétisation du lien de filiation doit-elle s'entendre en termes de durée ?

804. Finalement, le lien de filiation n'est-il pas « concrétisé » au jour où la mère d'intention est mentionnée sur l'acte de naissance de l'enfant en qualité de mère légale⁸⁵⁴ ? Ne peut-on pas considérer que le lien de filiation est « concrétisé » dès lors que la filiation maternelle est valablement établie à l'étranger ?

805. Il semblerait que l'inscription de la mère d'intention en qualité de mère légale de l'enfant ne soit pas, à elle seule suffisante, pour concrétiser le lien de filiation maternelle. La notion de concrétisation, telle qu'utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme, est difficile à

⁸⁵⁰ Avis consultatif, § 52.

⁸⁵¹ A.-M. LEROYER, « GPA : un avis faussement salvateur de la maternité d'intention », *RTD civ.* 2019, p. 307.

⁸⁵² Avis consultatif, § 52. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme affirme qu'il appartient « en premier lieu aux autorités nationales d'évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, si et quand ce lien s'est concrétisé ».

⁸⁵³ Avis consultatif, § 52.

⁸⁵⁴ En France, aux termes de l'article 311-25 du Code civil, « *la filiation est établie, à l'égard de la mère par la désignation de celle-ci, dans l'acte de naissance de l'enfant* ».

saisir et suscite de nombreuses interrogations auxquelles il est impossible de trouver une solution à la lecture de l'avis. La Cour EDH renvoie les autorités nationales dans les cordes et leur laisse le soin de « *d'évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, si et quand ce lien s'est concrétisé* ».

806. La Cour européenne s'est montrée réticente à l'idée de se prononcer sur des questions sensibles qui n'ont, du reste, pas trouvé de point d'entente entre les différents États européens. Elle semble même se décharger de cette responsabilité en faisant référence, avec une certaine subtilité, aux travaux, entrepris par la Conférence de La Haye dont l'objectif est de proposer une convention internationale permettant de répondre à la complexité des questions posées par la gestation pour autrui sur la base de principe acceptés par les États qui y auront adhéré⁸⁵⁵.

807. Quid de la portée de cet avis ? Selon certains, l'article 1^{er} du Protocole plaiderait en faveur d'une portée *erga omnes* des avis de la Cour⁸⁵⁶. Cependant, l'article 5 met fin à tout espoir en disposant que « *les avis consultatifs ne sont pas contraignants* ». Par ailleurs, le soin avec lequel la Cour européenne des droits de l'homme a circonscrit son avis à la seule hypothèse pendante devant la juridiction qui a sollicité son avis est sans aucun doute le signe que cette dernière entend limiter la portée de ses avis, spécifiquement lorsque la question qui lui est posée est aussi sensible⁸⁵⁷.

808. A cet égard, se pose également la question de savoir si les solutions dégagées par la Cour européenne dans son avis peuvent s'appliquer aux hypothèses pouvant se présenter et sur lesquelles elle ne s'était pas prononcée. En effet, dans son avis, la Cour européenne précise que « *lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans ce litige, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori dans un tel cas*⁸⁵⁸ ». Ainsi, on peut en déduire que l'avis s'applique lorsque la

⁸⁵⁵ Avis consultatif, § 59.

⁸⁵⁶ L.-A. SICILIANOS, L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme : *RTDH* 97/2014, p. 9. Selon cet auteur, « *la nouvelle procédure consultative renforcera probablement l'effet erga omnes de la jurisprudence de la Cour. Ceci d'autant plus que les avis seront focalisés sur des questions de principe concernant l'interprétation et l'application de la Convention sans s'attarder sur les faits ou les dispositions de droit interne* ».

⁸⁵⁷ Dans le même sens, voir J. HEYMANN, F. MARCHADIER, La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (à propos de l'avis consultatif de la CEDH, grande chambre du 10 avril 2019, *JDI* octobre 2019, n°4, var. 8.

⁸⁵⁸ Avis consultatif, § 47.

mère d'intention est également la mère biologique de l'enfant⁸⁵⁹. De la même manière, les solutions dégagées par la Cour pourrait également être admises dans le cas où un couple composé de deux hommes a eu recours à la gestation pour autrui et dans le cas d'une procréation médicalement assistée pour un couple de femmes⁸⁶⁰.

809. Bien que les avis rendus par la Cour européenne des droits de l'homme à la demande des hautes juridictions ne soient pas contraignants, il n'en demeure pas moins qu'ils auront une grande incidence sur l'ensemble des droits nationaux.

810. Les États devront cependant aménager, dans leur droit interne, un procédé qui devra non seulement respecter les exigences de célérité et d'effectivité mentionnées par la Cour mais également permettre la reconnaissance du lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui⁸⁶¹. Malgré le caractère non contraignant de l'avis, il apparaît difficile pour les États européens de ne pas s'y soumettre sans risquer une condamnation.

811. Par ailleurs, peu de temps après cet arrêt, la Cour européenne a jugé, à propos du refus de la transcription des actes de naissance d'enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger en ce qu'ils désignent la mère d'intention comme la mère légale, que « *le refus des autorités françaises de transcrire les actes de naissance étrangers des enfants requérants sur les registres de l'état civil français, pour autant qu'ils désignent la mère d'intention comme étant leur mère, n'est pas disproportionné par rapport aux buts poursuivis* »⁸⁶².

812. Malgré l'avis rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, certaines juridictions d'appel et Procureurs avaient cependant faire preuve d'une certaine résistance en refusant de prononcer l'adoption de l'enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui. Dans deux espèces, relativement similaires, deux hommes, tous deux de nationalité française, se rendent à l'étranger, l'un au Mexique et l'autre en Inde, afin d'avoir recours à une convention de gestation

⁸⁵⁹ Pour rappel, la question avait été expressément posée par la Cour de cassation mais la Cour européenne des droits, jugeant qu'elle n'avait aucun lien avec le litige en cause, l'a exclu de son analyse, Avis consultatif, § 28 et 29. Dans le même sens, H. FULCHIRON, Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? *D.* 2019, p. 1084.

⁸⁶⁰ Dans le même sens, H. FULCHIRON, article précité.

⁸⁶¹ Avis consultatif, § 46.

⁸⁶² CEDH, 5e sect., 12 déc. 2019, n° 1462/18 et 17348/18, C. et E. c/ France, § 44, Dr. Famille février 2020, comm. 38, note J.-R. BINET.

pour autrui. Les enfants nés disposaient alors d'un lien de filiation à l'égard de leur père biologique et d'un acte de naissance transcrit sur les registres de l'état civil français. Peu de temps après, les conjoints respectifs des pères ont sollicité l'autorisation de recourir à une adoption plénière.

Dans la première espèce, les juges du fond avaient jugé que les éléments versés aux débats ne permettaient pas d'appréhender les modalités selon lesquelles la femme qui avait accouché de l'enfant avait renoncé de manière définitive à l'établissement de la filiation maternelle et avait consenti à l'adoption. Pour les juges du fond, cette incertitude était suffisante, eu égard aux effets définitifs de l'adoption plénière, pour rejeter cette dernière⁸⁶³.

813. Dans la seconde espèce, la Cour d'appel de Paris⁸⁶⁴ avait donné une issue favorable à la demande d'adoption plénière. Elle relève, d'une part, que le droit français ne prohibe pas le prononcé de l'adoption par l'époux du père de l'enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui et que, d'autre part, l'acte de naissance de l'enfant, qui ne fait mention de la filiation qu'à l'égard d'un seul parent, a été dressé conformément à la législation indienne, en l'absence de toute fraude.

814. Le Procureur général près la Cour d'appel avait alors formé un pourvoi en cassation soutenant que l'acte de naissance de l'enfant était affecté d'une irrégularité au regard de l'article 47 du Code civil. Selon le Procureur, l'acte de naissance, pour être conforme à la réalité à laquelle l'article 47 se réfère, devait nécessairement mentionner le nom de la mère qui accouche. En l'absence d'une telle mention, l'acte était irrégulier et faisait dès lors obstacle au prononcé de l'adoption plénière.

815. La Cour de cassation condamne tant la position des juges du fond que celle du Procureur, demandeur au pourvoi⁸⁶⁵. Elle juge que le défaut de mention du nom de la femme qui a donné naissance à un enfant dans le cadre d'une gestation pour autrui ne saurait faire obstacle au prononcé de son adoption dès lors que l'acte a été régulièrement dressé en application de la loi étrangère.

⁸⁶³ Cependant, au regard de la législation mexicaine alors en vigueur, la mère qui assure la gestation n'a, avec l'enfant à qui elle donne naissance, aucun lien juridique. Dès lors, n'étant pas la mère de l'enfant, elle n'avait aucun droit sur lui et ne pouvait renoncer à un droit dont elle ne disposait pas.

⁸⁶⁴ Dans le même sens, voir également CA Paris, pôle 1, ch. 1, 18 sept. 2018 (deux arrêts), *Dr. fam.* novembre 2018, n°11, comm. H. FULCHIRON.

⁸⁶⁵ Cassation, Civ. 1, 4 novembre 2020, n°19-15.739 et n°19-50.042.

816. Par ailleurs, et ainsi que l'ont relevé tant le Défenseur des droits que le Conseil d'État, l'adoption laisse subsister certains écueils. Tant que l'adoption n'a pas été prononcée, le parent d'intention tout comme son enfant ne disposent d'aucun droit l'un envers l'autre ce qui aurait pour effet de placer l'enfant dans une situation d'insécurité juridique notamment sur le terrain des obligations alimentaires.

817. L'adoption plénière par le parent d'intention ne sera admise que dans le cas où les parents d'intention sont unis par les liens du mariage⁸⁶⁶. Elle nécessite également le consentement du père d'intention qui ne posera certainement aucune difficulté tant que l'amour est présent. En revanche, lorsque le lien amoureux se défait et que survient le conflit parental avant même que ne soit entamée la procédure d'adoption, comment composer avec le refus éventuel du parent biologique dont la filiation a, elle, été établie ? Si, pour certains, l'adoption peut toujours être prononcée⁸⁶⁷, rien n'est cependant acquis.

818. Dans le dernier arrêt *Mennesson*⁸⁶⁸, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière a jugé que « *s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et alors qu'il y a lieu de mettre fin à cette atteinte, la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes des actes de naissance établis à l'étranger ne saurait être annulée* ».

819. La portée de cet arrêt était cependant incertaine dès lors que la Cour de cassation avait, dans un communiqué, rappelé que le contentieux *Mennesson*, qui constituait, selon ses mots, un « *cas particulier* » ou encore une « *affaire spécifique* », perdurait depuis plus de quinze ans. Loin de consacrer une solution de principe⁸⁶⁹, la Cour de cassation semblait davantage vouloir mettre fin à un vieux contentieux qui concernaient des enfants lesquels, à la date de l'arrêt, étaient déjà devenus des adultes.

⁸⁶⁶ Voir, Cass., Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n° 17-11.069, *D.* 2018. 509 ; *ibid.* 1083, point de vue H. FULCHIRON ; *ibid.* 2019. 505, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *ibid.* 663, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2018. 226, obs. M. SAULIER ; *RTD civ.* 2018. 373, obs. A.-M. LEROYER.

⁸⁶⁷ TGI Bobigny, 26 juin 2015, n° 14/06756. – TGI Meaux, 26 janv. 2018, n° 17/01333 décisions citées dans *Adoption, transcription et GPA, Entretien avec C. MECARY, Dr. fam.* novembre 2018, n°11, entretien 3.

⁸⁶⁸ Ass. Plén., 4 octobre 2019, n°10-19.053.

⁸⁶⁹ Dans le même sens, A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE, La réception par la Cour de cassation du standard européen en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA, *JCP* 18 novembre 2019, n°47, 1184 ; J.-R. BINET, Clap de fin pour la saga judiciaire *Mennesson*, *Dr. Fam.* décembre 2019, n°12, comm. 261.

820. Ainsi, à titre exceptionnel, la Cour de cassation a admis, sans réserve, la transcription des actes de naissances établis en Californie, seul procédé permettant de se conformer aux exigences de célérité et d'effectivité posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son avis.

821. Avec un certain courage pour certains⁸⁷⁰ ou en s'arrogeant un pouvoir normatif qu'elle ne possédait plus depuis la Révolution française pour d'autres⁸⁷¹, la Cour de cassation a adopté, dans deux arrêts rendus le 18 décembre 2019⁸⁷², des solutions rompant totalement non seulement avec les principes énoncés par la Haute juridiction elle-même dans ses précédents arrêts mais également avec les prescriptions posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son avis consultatif et rappelées ultérieurement⁸⁷³.

822. La Première chambre civile a jugé que « *le raisonnement n'a pas lieu d'être différent lorsque c'est un homme qui est désigné dans l'acte de naissance étranger comme parent d'intention* ». Souhaitant faire « *évoluer la jurisprudence* », d'une part, et soucieuse « *d'unifier le traitement des situations* », d'autre part, la Haute juridiction a décidé « *qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la*

⁸⁷⁰ A.-M. LEROYER, « AMP-GPA : la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger sauvée par les juges et condamnée par le Parlement ? » *RTD civ.* 2020, p. 81, note sous Civ. 1, 18 décembre 2019, n°18-14.751 et 18-50.007.

⁸⁷¹ J.- R. BINET, « Sur la GPA, le juge français s'arroge le pouvoir de faire la loi à la place du législateur », *Entretien au journal Le Figaro*, 20 décembre 2019.

⁸⁷² Cassation, Civ. 1, 18 décembre 2019, n°18-14.751 et 18-50.007, *D.* 2020. 426, note S. PARICARD ; *ibid.* 506, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *AJ fam.* 2020. 133, obs. J. HOUSSIER ; *ibid.* 9, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *JDI* avril 2020, 9, commentaire D. SINDRES. Les espèces, devenue assez classiques, concernait deux couples d'hommes, l'un marié et l'autre non, qui s'étaient rendus l'un en Californie et l'autre dans le Nevada afin d'y conclure une convention de gestation pour autrui. Dans chacun des deux cas, le Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Nantes s'est opposé à la transcription, sur les registres de l'état civil, des actes de naissance des enfants lesquels mentionnaient le parent biologique en qualité de père et l'autre parent d'intention en qualité de parent. Les parents d'intention ont alors exercé un recours à l'encontre de cette décision. La Cour d'appel de Rennes a admis la transcription des actes de naissance mais uniquement en ce qu'ils désignaient le père biologique en cette qualité. Par deux arrêts en date du 20 mars 2019, la Cour de cassation a, dans un premier temps, rejeté le pourvoi formé par le Procureur formé par le procureur général près la cour d'appel de Rennes contre l'arrêt ordonnant la transcription partielle des actes de naissance et a sursis à statuer sur le pourvoi formé par les parents d'intention dans l'attente d'une part de l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme et, d'autre part, de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Haute juridiction dans l'affaire *Menesson*, Cass. 1re civ., 20 mars 2019, n° 18-50.008 et 18-12.327 : *JurisData* n° 2019-004198. – Cass. 1re civ., 20 mars 2019, n° 18-11.815 : *Dr. famille* 2019, comm. 104, note H. FULCHIRON ; *D.* 2019, p. 585 ; *AJ fam.* 2019, p. 218, obs. F. BERDEAUX ; *AJ fam.* 2019, p. 175, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

⁸⁷³ CEDH, 5e sect., 12 déc. 2019, n°1462/18 et 17348/18, C. et E. c/ France.

transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du code civil ».

823. La Première chambre civile semble, quant à elle, prendre la main pour ériger la transposition totale de l'acte de naissance étranger en principe⁸⁷⁴. En effet, l'évolution de la jurisprudence, voulue par la Cour de cassation, en vue de parvenir à une unification du traitement des situations témoigne de sa volonté de ne pas procéder à la résolution d'un litige en particulier, à l'instar de ce que l'Assemblée avait décidé quelques mois plus tôt, mais de fixer une solution nouvelle qui a donc vocation à s'appliquer à l'avenir de manière générale⁸⁷⁵.

824. Le législateur a certes fait le choix d'une interdiction de la gestation pour autrui⁸⁷⁶. Cependant, il est demeuré silencieux sur la question du traitement des situations transfrontières impliquant une gestation pour autrui. L'interdiction de la gestation pour autrui en droit interne a, jusqu'à très récemment, guidé le juge sur les solutions à adopter en présence d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. Cependant, la saga jurisprudentielle et les multiples rebondissements auxquels cette question a donné lieu témoignent de la complexité de la question. La jurisprudence a dû, tant bien que mal, pallier le silence du législateur.

825. En faisant référence au « *vide juridique* » et à la recherche d'un équilibre entre interdit de la gestation pour autrui et intérêt de l'enfant, la Cour de cassation dénonce non seulement le mutisme du législateur mais également son incapacité à se saisir de sujets sociétaux sensibles. Le législateur abandonne la Haute juridiction à son sort en lui laissant le soin de gérer, à sa place, la question de la reconnaissance des filiations établies à l'issue d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger⁸⁷⁷.

⁸⁷⁴ A.-M. LEROYER, « AMP-GPA : la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger sauvée par les juges et condamnée par le Parlement ? » *RTD civ.* 2020, p. 81, note sous Civ. 1, 18 décembre 2019, n°18-14.751 et 18-50.007 ; C. LATIL, Transcription intégrale de l'acte de naissance d'un enfant né d'une gestation pour autrui : vers une solution de principe ? – Cour de cassation, 1re civ. 18 novembre 2020 – *AJ fam.* 2021. 54 ; S. BOLLEE, « L'art d'être inconstant – Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP* 2020, p. 267.

⁸⁷⁵ S. BOLLEE, *op. cit.*

⁸⁷⁶ Article 16-7 du Code civil.

⁸⁷⁷ S. PARICARD, « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », *D.* 2020, p. 426.

826. Le législateur semble y trouver son compte dès lors qu'il « *semble, en effet, être sourd à cette jurisprudence qu'il n'entend ni consacrer ni combattre, bienheureux, semble-il, que les magistrats gèrent un sujet aussi politiquement clivant* »⁸⁷⁸.

827. Pour le juge, l'enjeu était donc de taille : il s'agissait, en effet, de trouver un subtil équilibre entre assurer, d'une part, le respect de l'interdiction de la gestation pour autrui et la sauvegarde des principes sur lesquels cette interdiction est fondée, et garantir d'autre part, la primauté de l'intérêt supérieur des enfants nés à l'issue d'une gestation pour autrui.

828. Si, pour certains, cet équilibre avait été trouvé avec les arrêts de l'Assemblée plénière de 2015 puis ceux de 2017, la direction désormais prise par la Cour de cassation sacrifierait l'autorité de la loi et dénuerait de leur sens les principes fondamentaux sur lesquels l'interdiction de la gestation pour autrui était fondée.

829. La solution n'est cependant guère surprenante. L'équilibre prôné par les arrêts de 2015 puis par ceux de 2017 ne pouvait constituer une solution pérenne lorsqu'une « *procédure d'adoption s'avère impossible ou inadaptée à la situation des intéressés* ». La désunion du couple, le décès de l'un de ses membres ou encore l'absence de lien matrimonial entre ses membres peuvent constituer des obstacles majeurs au prononcé de l'adoption⁸⁷⁹.

830. En préconisant la transcription, sans réserve, de l'acte de naissance dans le but d'unifier le traitement des situations, la Cour de cassation abat les potentiels obstacles à l'adoption et lutte contre le risque de divergences de jurisprudence.

831. Par ailleurs, s'il est vrai que les arrêts rendus par la Cour de cassation concernaient uniquement le cas d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger par un couple d'hommes, rien n'indique que la solution ne pourra pas être étendue à tous les schémas parentaux : couples mariés ou non dont les membres sont de sexe différent ou de même sexe ou encore personne célibataire. Tant l'unification du traitement des situations que l'intérêt supérieur de l'enfant prônent pour une extension des solutions jurisprudentielles à tous les schémas parentaux.

⁸⁷⁸ S. PARICARD, *op. cit.*

⁸⁷⁹ Certaines juridictions d'appel avaient également affiché leur hostilité à la jurisprudence de la Cour de cassation et avait organisé une résistance en refusant de prononcer l'adoption de l'enfant par le conjoint du père biologique.

832. Dans ces arrêts, la Cour de cassation s'éloigne de la conception purement biologique de la filiation et replace le débat dans son contexte à savoir la transcription ou non sur les registres d'état civil français d'un acte de naissance étranger concernant un enfant issu d'un couple ayant eu recours à un mode de conception qui n'est pas admis sur le territoire français.

833. Elle prend un autre tournant et n'interprète plus la « *réalité* » à laquelle l'article 47 fait référence comme une réalité biologique mais comme une réalité juridique. Désormais, sur le fondement de l'article 47 du Code civil, seule la régularité de l'acte au regard de l'ordre juridique au sein duquel il a été établi doit être appréciée. Dès lors que l'acte est conforme au droit étranger sous l'empire duquel il a été établi et qu'il est exempt de tout caractère frauduleux ou irrégulier, la transcription doit être admise.

834. L'interdiction de la gestation pour autrui en droit interne ne constitue plus un principe devant être défendu par la mise en œuvre de l'ordre public international.

835. Si la position normative de la Cour de cassation a pu être critiquée⁸⁸⁰, cette dernière avait cependant la tâche, difficile sur une question aussi sensible que celle de la reconnaissance de la filiation dans le cas d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, d'œuvrer en présence « *d'un vide juridique* »⁸⁸¹.

836. La position libérale de la Cour de cassation a conduit à un « *schisme entre la loi et la jurisprudence* »⁸⁸². La scission profonde entre les prescriptions législatives et les solutions jurisprudentielles témoigne de la rupture entre le législateur et les juridictions françaises sur la question hautement sensible de la gestation pour autrui.

837. En juillet 2020, dénonçant les solutions « *inquiétantes* » prises par la Cour de cassation en décembre 2019, une proposition de loi, visant à interdire la gestation pour autrui et sa reconnaissance en France, a été déposée⁸⁸³. Par ailleurs, dans le cadre du projet de loi relatif à la bioéthique⁸⁸⁴, un amendement a été adopté par le Sénat dans le but de faire échec aux derniers

⁸⁸⁰ J.- R. BINET, « Sur la GPA, le juge français s'arroge le pouvoir de faire la loi à la place du législateur », Entretien au journal *Le Figaro*, 20 décembre 2019.

⁸⁸¹ Cassation, Civ. 1, 18 novembre 2020.

⁸⁸² S. PARICARD, *op. cit.*

⁸⁸³ Proposition de loi n° 3271 visant à interdire la gestation pour autrui et sa reconnaissance en France. L'article 3 de cette proposition prohiberait La retranscription à l'état civil français des actes de naissance de deux enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger.

⁸⁸⁴ Projet de loi n°3833 relatif à la bioéthique.

arrêts de la Cour de cassation lesquels conduisent « à faire perdre toute consistance à la prohibition de la GPA en France ».

838. En premier lieu, le Code civil serait modifié afin d'y intégrer un article 310-1-1 en vertu duquel « *il ne peut être légalement établi deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles à l'égard d'un même enfant par l'effet des dispositions du présent titre* ».

839. En second lieu, l'article 4 *bis* du projet de loi prône un retour aux anciennes solutions jurisprudentielles en prévoyant l'insertion, dans le Code civil, d'un article 47-1 selon lequel d'une part, « *tout acte de l'état civil ou jugement étranger, à l'exception des jugements d'adoption, établissant ou faisant apparaître la filiation d'un enfant né à l'issue d'une convention de gestation pour le compte d'autrui ne peut être transcrit sur les registres en ce qu'il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu'il mentionne deux pères* » et d'autre part, « *les dispositions du premier alinéa ne font pas obstacle à la transcription partielle de cet acte ou de ce jugement, ni à l'établissement d'un second lien de filiation dans les conditions du titre VIII du présent livre si celles-ci sont réunies* ».

B. La soumission des conflits entre parents d'intention et mère porteuse à la méthode conflictuelle

840. Aujourd'hui, la gestation pour autrui n'est donc pas traitée par la méthode conflictuelle⁸⁸⁵.

841. En revanche, la méthode conflictuelle reprendra ses droits lorsqu'il s'agira de statuer sur certaines questions soulevées par un changement d'avis de la mère porteuse ou des parents d'intention⁸⁸⁶.

842. En 2014, l'affaire du bébé Gammy avait soulevé une très vive émotion en Australie. Un couple d'Australiens, originaires d'Australie occidentale, s'était rendu en Thaïlande afin d'avoir recours à une gestation pour autrui. La mère porteuse, une jeune femme de nationalité thaïlandaise avait alors donné naissance à des jumeaux dont l'un était atteint du syndrome de Down et souffrait d'un grave problème cardiaque. Le couple aurait alors décidé de laisser

⁸⁸⁵ G. KESSLER, « Le droit international privé à l'épreuve de la filiation », *JDI* n°1, janvier 2020, doct. 3.

⁸⁸⁶ . KESSLER, op. cit., K. ROKAS, *L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé*, Paris 2016, Thèse.

l'enfant malade aux soins de la jeune mère porteuse, emmenant avec eux l'enfant en bonne santé.

843. Aujourd'hui, ces situations restent exceptionnelles mais elles ne constituent cependant pas des cas d'école.

844. *Quid* si un tel cas devait se présenter en France ? La mère porteuse pourrait-elle, par exemple, obtenir la condamnation de parents d'intention au versement, entre ses mains, d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et à la prise en charge, par exemple, des frais médicaux ?

845. La détermination de la loi applicable pour résoudre la difficulté se fera certainement sur le fondement de l'article 311-14 du Code civil⁸⁸⁷ aux termes duquel : « *La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant* »

846. Un premier écueil se présente déjà. Le rattachement opéré à la loi personnelle de la mère peut être, dans le cadre d'une gestation pour autrui, difficilement mis en œuvre dès lors que la qualification de mère est soumise à débat : faut-il considérer que la mère est la mère porteuse ou bien la mère d'intention ?

847. L'article 311-14 prévoit certes un palliatif en vertu duquel la filiation sera régie par la loi personnelle de l'enfant « *si la mère n'est pas connue* ». Dans le cadre d'une gestation pour autrui, un doute subsiste sur la possibilité de recourir à ce palliatif dès lors que la mère n'est pas, à proprement parler, inconnue.

848. En droit matériel français, conformément à l'adage bien ancré, *mater semper certa est*, la mère de l'enfant, né dans le cadre d'une gestation pour autrui, est, au jour de la naissance de ce dernier au moins, la mère porteuse. Cette qualité est d'autant plus certaine que, certain cas, la mère porteuse est mentionnée dans l'acte de naissance de l'enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui. L'application de la loi personnelle de la mère pourrait, le cas échéant, être écartée

⁸⁸⁷ Sur la question de l'applicabilité de cet article aux gestations pour autrui, voir K. ROKAS, *op. cit.*, p. 191.

si elle venait à admettre l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et les parents d'intention.

849. Dans certains ordres juridiques admettant la gestation pour autrui, si la mère porteuse accouche bien de l'enfant, en revanche, l'acte de naissance mentionne uniquement la mère d'intention en qualité de mère. L'application de la loi personnelle, conforme à l'adage *mater semper certa est* conduirait cependant à une difficulté puisque sous l'empire de cette loi le lien de filiation entre la mère porteuse et l'enfant ne pourrait être établi dès lors que la mère porteuse ne peut jouir de la qualité de mère. Dans ce cas, soit la filiation maternelle ne peut être établie, soit l'application de la loi étrangère est écartée sur le fondement de l'ordre juridique et lui sera alors substituée la loi française sous l'empire de laquelle le lien de filiation sera établi à l'égard de la mère porteuse.

Cette solution ne peut être satisfaisante dès lors qu'elle ne correspond pas, en principe, aux attentes légitimes des parties.

850. Les difficultés persistent même dans l'hypothèse où la mère d'intention a fourni ses gamètes et est donc la mère biologique de l'enfant.

851. L'adage *mater semper certa est* ne fait aucune distinction sur le terrain de la génétique : la mère est celle qui accouche.

852. Si la règle de conflit de lois semble reculer en matière de filiation, elle persiste, en revanche, sur le terrain du mariage où elle demeure encore dominante.

§ 2. Le maintien de la règle de conflit de lois au stade de la création d'un lien d'alliance

853. En France, la loi du 17 mai 2013 qui a admis le mariage entre personnes de même sexe a introduit dans le Code civil deux règles de conflit de lois, l'une destinée à régir les conditions de forme du mariage et l'autre, les conditions de fond.

854. De manière générale, la loi du 17 mai 2013 a largement facilité l'accès au mariage pour les personnes de même sexe et cette ouverture permet au législateur français de donner à ses choix un rayonnement international très large⁸⁸⁸.

855. De manière assez traditionnelle, l'article 202-2 du Code civil soumet la validité formelle du mariage à la *lex loci celebrationis* c'est-à-dire à la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu⁸⁸⁹. La règle s'applique au mariage, en France, de personnes de nationalité étrangère ainsi qu'au mariage des Français à l'étranger. A cet égard, la loi du 17 mai 2013 a envisagé l'hypothèse où certains couples de personnes de même sexe, résidant à l'étranger, se trouveraient dans l'impossibilité de procéder à la célébration de leur mariage. L'article 171-1 du Code civil tout comme l'article 202-2 prescrivent le respect des formes usitées dans le pays de célébration. Il en résulte que, si le droit de l'État sur le territoire duquel la célébration du mariage doit avoir lieu ne connaît pas ou prohibe le mariage entre personnes de même sexe, l'union ne pourra alors pas être célébrée. Pour surmonter cette difficulté, l'article 171-9 du Code civil permet aux couples de personnes de même sexe dont l'un au moins de ses membres est de nationalité française, ayant leur domicile ou leur résidence dans un pays n'autorisant pas le mariage entre personnes de même sexe, de se marier en France⁸⁹⁰. L'application de l'article 171-9 repose sur un lien assez ténu avec l'ordre juridique français : la seule nationalité française de l'un des époux.

856. Prenons le cas d'un ressortissant français, né en France de parents français, décédés depuis de nombreuses années et qui a vécu une partie de sa vie aux États-Unis, en Angleterre puis en Pologne. Résidant depuis plus de quinze ans en Pologne, notre ressortissant français est en couple avec un ressortissant polonais. Désireux d'inscrire leur union dans un cadre officiel, le

⁸⁸⁸ H. FULCHIRON, Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous », *JDI* Octobre 2013, n°4, doctr. 9 ; P. HAMMJE, « 'Mariage pour tous' et droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 773.

⁸⁸⁹ Selon cet article, « Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu ». Cet article doit être lu à la lumière de l'article 74 du Code civil selon lequel « Le mariage sera 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 prévue par la loi ». Sur cet article, voir P. HAMMJE, *op. cit.*

⁸⁹⁰ Aux termes de cet article, « Par dérogation aux articles 74 et 165, lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74. A défaut, le mariage est célébré par l'officier de l'état civil de la commune de leur choix ».

couple souhaite se marier. Cependant, le mariage entre personnes de même sexe est prohibé en Pologne. Dans un tel cas, les époux pourront, sur le fondement de l'article 171-9, venir en France et se marier alors même qu'ils entretiennent que très peu de liens avec l'ordre juridique français.

857. L'article 171-9 du Code civil a vocation à s'appliquer dans les seuls cas où deux personnes de même sexe ne peuvent célébrer leur mariage en raison de leur résidence dans un ordre juridique prohibitif. Il ne requiert aucun autre lien que celui fondé sur la nationalité. Son objectif est donc d'assurer la pleine effectivité, sur un plan international, du droit au mariage dont jouissent, depuis 2013, les personnes de même sexe.

858. Cependant, en permettant à des couples de personnes de même sexe de venir se marier en France dans le seul but d'échapper à l'interdiction posée par l'État étranger de leur résidence, l'article 171-9 compromet la reconnaissance de ces mariages à l'étranger et risque de faire augmenter les situations de mariage boiteux.

859. Si nous prenons de nouveau le cas exposé précédemment, le couple franco-polonais, fraîchement marié, n'a cependant aucunement l'intention de s'installer durablement en France et décide donc, peu de temps après le mariage, de rentrer en Pologne. Une fois arrivé, le couple sollicite auprès des autorités compétentes, la transcription, sur les registres de l'état civil polonais, de leur mariage, valablement célébré en France. Il est fort probable que les autorités polonaises refusent de reconnaître ce mariage et de procéder, en conséquence, à sa transcription.

860. Si l'article 171-9 du Code civil permet donc à des ressortissants français de célébrer un mariage en France, il ne peut, en revanche, garantir, le traitement qui sera accordé à cette union une fois le couple de retour dans l'État étranger prohibitif. En effet, rien ne garantit que le mariage ainsi célébré en France soit reconnu dans l'État étranger de résidence qui peut également être l'État national de l'un des époux⁸⁹¹.

⁸⁹¹ Dans la circulaire de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe du 29 mai 2013, le législateur a insisté sur la nécessité pour l'officier de l'état civil d'informer les futurs époux dont l'un au moins est de nationalité étrangère du risque que le mariage célébré en France ne puisse être reconnu dans l'État d'origine si ce dernier ne reconnaît pas ou prohibe une telle union. Le législateur invite également l'officier de l'état civil à informer les futurs époux dont l'un ou les deux sont des ressortissants étrangers des risques qu'ils encourent au regard de certaines législations applicables dans le pays d'origine. En effet, certaines législations étrangères considèrent encore l'homosexualité comme un délit ou un crime. La circulaire dresse la liste des pays ou entités pour lesquels « *il est impératif que l'officier de l'état civil informe les futurs époux* », Circulaire du 29

861. L'article 202-1, alinéa 1^{er} du Code civil⁸⁹² régit les conditions de fond du mariage et soumet ces dernières à la loi personnelle des époux. S'agissant des conditions de fond, l'article 202-1, alinéa 1^{er} du Code civil reprend une solution classique, celle de l'article 3, alinéa 3 du Code civil bilatéralisé par la jurisprudence dans l'arrêt *Busquetta*⁸⁹³.

862. La règle est d'application simple lorsque les époux disposent de la même nationalité. Lorsque les époux sont de nationalité différente, il convient de distinguer selon la nature des conditions de fond. En principe, les conditions de fond du mariage concernent la personne de chaque époux. Il en est ainsi des conditions relatives à l'âge requis, au consentement, à l'aptitude physique ou encore à la capacité. Dans cette hypothèse, on procédera à une application distributive des lois nationales.

863. En revanche, il existe des conditions, qualifiées d'empêchements bilatéraux, qui touchent au lien matrimonial lui-même et qui concernent, cette fois-ci, les deux époux. Il en est ainsi de la prohibition du mariage fondée sur un lien de parenté ou d'alliance.

Dans une telle hypothèse, on procède à une application cumulative des lois nationales : il convient, en effet, de vérifier l'absence d'empêchement dans l'une et l'autre loi. Dans ce cas, mariage ne sera valable que si aucune des deux lois nationales ne l'annule. L'exigence d'une différence de sexes entre les futurs époux peut être rangée au rang des empêchements bilatéraux⁸⁹⁴.

864. Ainsi, en présence d'un couple binational dont les membres sont de même sexe, il convient de vérifier que la loi personnelle de chacun des époux autorise l'union. Il en ressort que, en principe, pour se marier en France, les deux futurs époux doivent être ressortissants d'un pays qui admet le mariage entre personnes de même sexe. *A contrario*, dès lors que le droit national de l'un des futurs époux prohibe le mariage entre personnes de même sexe, ce dernier ne peut être célébré en France.

mai 2013, point 2.1.3. La responsabilité pèse ainsi sur les futurs époux qui célébreront leur union à leurs risques et périls.

⁸⁹² Selon cet article, « *Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies pour chacun des époux par sa loi personnelle* ».

⁸⁹³ CA Paris, 13 juin 1814, GADIP, n°1.

⁸⁹⁴ H. FULCHIRON, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous », *JDI* Octobre 2013, n°4, doct. 9 ; I. BARRIERE-BROUSSE, Mariage, conditions de formes, *JCl. Droit international*, Fasc. 546-20.

865. Pour pallier l'interdiction éventuelle du mariage entre personnes de même sexe par la loi nationale commune des époux, par la loi nationale de chacun d'eux ou par la loi nationale de l'un d'entre eux, le législateur de 2013⁸⁹⁵ a introduit, dans le Code civil, une exception à l'alinéa 1^{er} similaire à celle consacrée par l'article 46, alinéa 2 de la loi belge de droit international privé⁸⁹⁶.

866. Aux termes de ce dernier article, « *l'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa précédent est écartée sur cette disposition prohibe le mariage entre personnes de même sexe lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou sa résidence habituelle sur le territoire dont le droit permet un tel mariage* »⁸⁹⁷. Le mariage entre personnes de même sexe devient un principe essentiel du droit belge⁸⁹⁸ et l'application d'une loi prohibitive est écartée par la mise en œuvre de l'exception d'ordre public⁸⁹⁹. L'éviction de la loi étrangère prohibitive est conditionnée par l'existence d'un lien entre les futurs époux et, non pas l'ordre juridique belge lui-même, mais un ordre juridique qui admet le mariage entre personnes de même sexe. Ce lien est caractérisé par la nationalité ou la résidence.

867. Après avoir affirmé que les conditions de fond du mariage étaient régies par la loi nationale de chacun des époux, l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil écarte l'application de cette loi si cette dernière prohibe le mariage entre personnes de même sexe dès lors que la loi de l'État d'origine, de l'un des époux au moins, ou la loi de l'État sur le territoire duquel il a sa résidence ou son domicile admet une telle union⁹⁰⁰. L'exception introduite par cet alinéa a été

⁸⁹⁵ Sur les options offertes au législateur, voir H. FULCHIRON, *op. cit.*

⁸⁹⁶ P. WAUTELET, Les couples de même sexe en droit belge en particulier sous l'angle du droit international privé, in J.-H. LELEU et E. DIRIX (ss dir.), *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Utrecht, 2006 : Bruylant, 2006, p. 307 et s.

⁸⁹⁷ Selon le législateur belge, « L'ajout de cet alinéa tend à permettre à des personnes de même sexe de se marier même si la loi nationale de l'une des parties impose la différence de sexe. Cette dérogation à l'application cumulative des lois nationales des parties se justifie eu égard à l'importance de l'intérêt social que le législateur a entendu préserver en supprimant l'impossibilité pour des personnes de même sexe de contracter une union », cité dans P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 317.

⁸⁹⁸ A cet égard, voir J.-Y. CARLIER, *Le Code belge de droit international privé*, Rev. crit. DIP 2005, p. 11. Pour cet auteur, « en quelques années, de par la volonté du législateur, une même institution passe d'un statut d'ordre public négatif, qui eût conduit au refus de reconnaissance de tel mariage célébré à l'étranger, à un statut d'ordre public positif qui conduit à écarter la loi nationale étrangère n'autorisant pas tel mariage ».

⁸⁹⁹ A cet égard, lors des travaux préparatoires, le législateur belge a affirmé que « la disposition se présente comme une exception d'ordre public, afin d'éviter toute discrimination en raison du sexe, dans des situations ayant un lien de proximité avec un pays dont le droit permet le mariage entre personnes de même sexe », cité dans P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 317.

⁹⁰⁰ Aux termes de cet article, « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'entre elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Le projet de loi avait initialement retenu une formulation plus souple en vertu de laquelle,

spécialement conçue pour les mariages entre personnes de même sexe⁹⁰¹. Cette disposition a été attaquée par les opposants à la loi du 17 mai 2013. Le caractère, en premier lieu, discriminatoire de l'article 202-1 alinéa 2, en ce qu'il prévoit une règle de conflit de lois différente pour les époux de même sexe et les époux de sexe opposé, a été dénoncé et soumis au contrôle du conseil constitutionnel. En outre, il lui a également été reproché d'inciter « *des étrangers à contourner les empêchements de leur loi nationale, transformant ainsi la France en un attractif lieu de tourisme matrimonial alors pourtant que la jurisprudence de la Cour de cassation combat aussi la fraude à la loi étrangère que la fraude à la loi française* » et de « *déboucher sur une multiplication des 'mariages boiteux' valables dans un pays et nuls dans l'autre* »⁹⁰².

Le Conseil constitutionnel a cependant rejeté l'argument en considérant que « l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'abus lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et le cas échéant, de réprimer de telles pratiques ; que le grief tiré de l'atteinte à la sécurité juridique doit, en tout état de cause, être écarté »⁹⁰³.

L'article 202-1 du Code civil témoigne de la volonté du législateur d'assurer à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe un rayonnement maximal et de son garantir son effectivité y compris dans les situations internationales. Contrairement à la règle de droit dont elle s'inspire, la règle consacrée par l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil ne fait pas référence à l'exception d'ordre public et à l'éviction de la loi étrangère prohibitive. Toutefois, l'application de cet article conduit indéniablement au même résultat à savoir, l'éviction de la loi étrangère prohibitive⁹⁰⁴ et l'application subsidiaire de la loi française.

868. Ainsi, sous réserve de certaines conditions de proximité, qu'elle appréhende de manière assez souple, la règle contenue à l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil aura vocation à intervenir dès lors que deux personnes de même sexe souhaitent se marier mais que la loi personnelle de

« La loi personnelle d'un époux est écartée, sous réserve des engagements internationaux de la France, en tant qu'elle fait obstacle au mariage de deux personnes de même sexe, lorsque la loi de l'État sur le territoire duquel est célébré le mariage le permet ». L'application de la loi personnelle prohibitive devait donc être écartée dès lors que le mariage était célébré au sein d'un ordre juridique permissif même si les époux n'entretenaient avec ce dernier aucun lien étroit.

⁹⁰¹ A propos de la question de la méconnaissance, par les dispositions de l'article 202-1 du Code civil, de l'égalité devant la loi, en ce qu'elle introduit une règle de conflit différente pour les couples de personnes de même sexe, voir Cons. const., déc. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, sur laquelle, V. notamment, B. MATHIEU, Les « questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité : *JCP G* 2013, act. 588. – F. CHENEDE, La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel : *AJF* 2013, p. 332.

⁹⁰² Décision n°2013-669 du 17 mai 2013.

⁹⁰³ Décision précitée, considérant 30.

⁹⁰⁴ H. FULCHIRON, *op. cit.*

l'entre d'entre eux, au moins, prohibe une telle union. Pour écarter la loi personnelle prohibitive, l'article 201-2, alinéa 2 du code civil se fonde sur deux critères de rattachement la nationalité, d'une part, et le domicile ou la résidence d'autre part. Les critères de rattachement visés par l'article le sont de manière alternative. La présence d'un seul de ces critères, peu importe lequel, permet d'écarter l'application de la loi étrangère prohibitive, normalement compétente. Le caractère alternatif de ces critères favorise donc dans une très large mesure l'éviction de la loi étrangère prohibitive⁹⁰⁵.

Le critère de la nationalité sur lequel se fonde l'article 202-1, alinéa 2 appelle que très peu de remarque. C'est un critère que l'on retrouve assez classiquement en matière de statut personnel même s'il tend de plus en plus à jouer un rôle de plus en plus résiduel face au critère de la résidence habituelle. L'article vise aussi bien la situation où l'un des époux jouit de la nationalité française ou celle où il dispose de celle d'un État permissif. Une possible difficulté peut apparaître lorsque l'un des époux jouit d'une double nationalité et que la loi permissive n'est pas celle de sa nationalité effective⁹⁰⁶.

869. En revanche, et, contrairement à son homologue belge, l'article 202-1, alinéa 2 vise la seule résidence de l'un des époux et non sa résidence habituelle. Omniprésente en droit international privé, la résidence habituelle ne fait pourtant l'objet d'aucune définition tant par les textes internationaux que par les instruments européens qui se fondent pourtant sur celle-ci comme critère de rattachement lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence juridictionnelle ou la loi applicable à un rapport de droit donné⁹⁰⁷.

⁹⁰⁵ Par comparaison, l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil dispose que « L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ». En matière d'adoption internationale, l'article évince l'application de la loi étrangère prohibitive dans le cas où l'enfant est rattaché au territoire français par sa naissance et par sa résidence. Le rattachement de l'enfant à la France par sa naissance lui permettra, à sa majorité, d'acquérir la nationalité française (articles 21-7 et suivants du Code civil).

⁹⁰⁶ Sur ce point, voir H. FULCHIRON, *op. cit.*, § 28.

⁹⁰⁷ Ainsi, par exemple, aux termes du considérant 23 du Règlement Successions, « 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 ». La détermination de la résidence habituelle peut s'avérer difficile notamment lorsque le défunt, pour des raisons professionnelles ou économiques est parti vivre dans un autre État tout en ayant conservé avec son État d'origine un lien étroit et stable. Dans un tel cas, le considérant 24 commande alors de considérer que le défunt a conservé sa résidence habituelle dans son État d'origine dès lors que s'y trouvait le centre des intérêts de sa vie familiale et sociale.

870. Se fondant sur le Règlement Bruxelles II *bis*, la Cour de cassation a jugé que la « résidence habituelle, notion autonome du droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts »⁹⁰⁸.

871. La résidence habituelle ou le domicile en France sont également utilisés par la Cour de cassation comme un indice de rattachement de la relation privée internationale avec l'ordre juridique français⁹⁰⁹. De la même manière, en matière de statut personnel, la résidence habituelle est un facteur de rattachement servant à l'élaboration de règle de conflit de lois ou de juridictions⁹¹⁰.

Le législateur de 2013 n'a cependant pas subordonné l'éviction de la loi étrangère prohibitive à la résidence habituelle en France de l'un des époux mais à son domicile ou sa résidence, notions de droit interne. Des observations avaient été formulées à l'encontre de l'utilisation des notions de domicile et de résidence⁹¹¹. Cependant, se référant à l'article 74 du Code civil, le Rapporteur du projet de loi au Sénat avait alors considéré que ces observations ne paraissaient pas dirimantes dès lors que les notions de domicile ou de résidence « *sont justement celles utilisées par le droit commun français du mariage* »⁹¹².

⁹⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2005: D. 2006, inf. rap. p. 12, obs. I. GALLMEISTER; D. 2006, pan. p. 1502, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE; *Dr. Famille* 2006, n°3, étude 17 par M. FARGE.

⁹⁰⁹ Sur la question de l'ordre public international de manière générale, voir, L. PERREAU-SAUSSINE, « L'ordre public international : notion et conditions de mise en œuvre », *JCP* n°29, Juillet 2018, 1248. Ainsi, la Cour de cassation a jugé contraire à l'ordre public international des répudiations prononcées à l'étranger lorsque les époux étaient domiciliés sur le territoire français ou sur celui d'un État signataire de la Convention européenne des droits de l'homme : Civ. 1, 17 février 2004, *Dr. famille* 2004, chron. 9, S. PRIGENT; *JCP G* 2004, II, 10128, H. FULCHIRON; Bull. civ. 2004, I, n° 47 et n° 48; D. 2004, p. 824, concl. CAVARROC; D. 2004, p. 815, obs. P. COURBE; D. 2005, p. 1266, obs. H. CHANTELOUP; Defrénois 2004, p. 812, note J. MASSIP; *Gaz. Pal.* 2004, p. 567, note M.-L. NIBOYET; *Dr. et patrimoine*, avr. 2004, p. 124, note F. MONEGER; *RTD civ.* 2004, p. 367, obs. J.-P. MARGUENAUD; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423, note P. HAMMJE; LPA 5 août 2004, p. 14, note H. PEREZ; Voir également, Civ. 1, 25 mai 2016, n° 15-10.532, *Dr. famille* 2016, comm. 192, note M. FARGE. De la même manière, la Cour de cassation a jugé que la loi étrangère qui ignore l'établissement de la filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international. Il en est en revanche autrement lorsque l'application de cette loi a pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation, Cass. Civ. 1, 10 févr. 1993, n° 89-21.997; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 620, note J. FOYER; *JDI* 1994, p. 124, note I. BARRIÈRE-BROUSSE; D. 1994, p. 66, note J. MASSIP. - Voir également, Cass. Civ. 1, 10 mai 2006, n° 05-10.299; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 81, note P. LAGARDE.

⁹¹⁰ Voir le Règlement Rome III et notamment les articles 5 (choix de la loi applicable par les parties) et 8 (loi applicable à défaut de choix par les parties). Ces deux articles accordent une place prépondérante à la loi de la résidence habituelle des époux, la loi nationale des époux ayant vocation à intervenir à titre subsidiaire seulement. Voir également les articles 3 et 8 du Règlement Bruxelles II bis, l'article 311-15 du Code civil ou encore les articles 21-7 et suivants du Code civil.

⁹¹¹ Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, Examen des articles, Chapitre 1^{er} – dispositions relatives au mariage, disponible sur < <https://www.senat.fr/rap/112-437-1/112-437-113.html#fnref81> >, dernière consultation le 26 novembre 2022.

⁹¹² Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *op. cit.*

872. Si le domicile est défini par l'article 102 du Code civil comme le lieu du « principal établissement » de l'intéressé, la résidence, quant à elle, doit être appréhendée à la lumière de l'article 74 du Code civil, relatif au lieu de la célébration du mariage, et aux termes duquel la résidence est « *établie par un mois au moins d'habitation continue* »⁹¹³. Il en résulte qu'une résidence, même de courte durée et alors que tous les autres rattachements lient l'intéressé à un ordre juridique prohibitif, sera suffisante pour fonder l'éviction de la loi personnelle prohibitive. En conséquence, deux personnes de même sexe, ressortissantes d'un État étranger prohibitif, pourront se marier en France dès lors que l'un des candidats au mariage y possède une résidence secondaire⁹¹⁴. Prenons le cas de deux femmes, de nationalité suisse, qui résident habituellement à Lausanne dans le canton de Vaud. L'une d'elle est également propriétaire d'une maison située à Marseille. Cette résidence secondaire pourra dès lors fonder l'éviction de la loi suisse au profit de l'application de la loi française alors même que les intéressées entretiennent avec la France que très peu de liens.

873. Enfin, à l'instar de l'article 46, alinéa 2 de la loi belge de droit international privé, le rattachement prévu par l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil doit être apprécié non pas au regard de l'ordre juridique du for mais au regard de tout ordre juridique autorisant le mariage entre personnes de même sexe et avec lequel l'un des candidats au mariage entretiendrait un lien fondé sur la nationalité, le domicile ou la résidence. La règle consacrée par cet article permettrait ainsi d'écarter l'application de la loi étrangère prohibitive chaque fois que l'un des futurs époux a un lien personnel, non pas avec le seul ordre juridique français, mais avec tout système de droit autorisant le mariage entre personnes de même sexe⁹¹⁵. Dans le cadre de l'application de cet article, l'ordre juridique auquel il convient de se référer n'est donc pas seulement celui du for. L'ensemble des États admettant le mariage entre personnes de même sexe forment une communauté dont les valeurs doivent être protégées et garanties.

⁹¹³ Ainsi, selon l'article 74 du Code civil, « Le mariage sera 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 prévue par la loi ».

⁹¹⁴ Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *op. cit.* Par ailleurs, à propos du risque du tourisme nuptial évoqué par certains auteurs, le Rapporteur a estimé que la crainte était infondée car « *si les mariages ainsi célébrés sont valables en France et dans les pays ayant adopté la même politique législative, ils n'auront pas d'effets dans les pays prohibant le mariage de personnes de même sexe, à commencer par l'État d'origine des ressortissants étrangers dont la loi personnelle a été écartée pour permettre la célébration du mariage* ».

⁹¹⁵H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous en droit international privé : le législateur à la peine... », *JCP G* 3 déc. 2012, p. 2215, n° 1317.

874. Le rattachement de l'un des époux à un ordre juridique dont la loi admet le mariage entre personnes de même sexe est donc suffisant pour fonder l'éviction de la loi personnelle normalement compétente et l'application de la loi du for à titre subsidiaire⁹¹⁶. En pratique, l'exception introduite par l'article 202-1 du Code civil fondera la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe dans un grand nombre de cas⁹¹⁷.

875. A l'origine, le projet de loi concernant le mariage pour tous avait, dans le cadre de l'éviction de la loi personnelle prohibitive, réservé les engagements internationaux de la France⁹¹⁸. Cette référence n'a pas été conservée dans le texte législatif final dès lors que l'article 55 de la Constitution permettait d'assurer le respect, par la France de ses engagements internationaux. En conséquence, en principe, la règle introduite par l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil ne peut trouver application pour les ressortissants de pays avec lesquels la France est liée par des conventions bilatérales lesquelles prévoient l'application de la loi personnelle pour régir les conditions de fond du mariage⁹¹⁹.

876. Prenons l'exemple d'un couple d'hommes, dont le premier est de nationalité belge et le second de nationalité polonaise, résidant tous deux en France. Dans cette hypothèse, il convient de procéder à une application cumulative des lois personnelles de chacun des époux. Si l'une d'elle prohibe le mariage entre personnes de même sexe, alors le mariage ne pourra être célébré. Or, le droit polonais prohibe le mariage entre personnes de même sexe. En principe, l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil d'évincer l'application de la loi polonaise dès lors que la loi nationale de l'autre époux, la loi française, autorise ce mariage. Toutefois, la France et la Pologne sont liées par une convention bilatérale dont l'article 4 soumet les conditions de fond du mariage à la loi personnelle des futurs époux. Si l'on se fonde sur l'article 55 de la Constitution, d'une part, et sur les prescriptions de la circulaire du 29 mai 2013 de présentation

⁹¹⁶ Sur ce point, nous partageons l'analyse du Professeur H. FULCHIRON pour qui l'innovation de l'article 202-1 est limitée au déclenchement de l'exception et non à ses conséquences. Ainsi selon le Professeur FULCHIRON, « *la proximité avec un système juridique qui admet également le mariage homosexuel déclenche l'exception, mais l'effet de substitution joue en faveur de la loi française* », H. FULCHIRON, Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du mariage pour tous, op. cit., § 42 et suivants.

⁹¹⁷ Pour un exposé de ces hypothèses, voir FULCHIRON *op. cit.*, § 45.

⁹¹⁸ Selon le projet de loi, l'article 202-1 devait être rédigé comme suit « La loi personnelle d'un époux est écartée, sous réserve des engagements internationaux de la France, en tant qu'elle fait obstacle au mariage de deux personnes de même sexe, lorsque la loi de l'État sur le territoire duquel est célébré le mariage le permet ».

⁹¹⁹ Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil). Selon la circulaire, « *Dans ce cas, en raison de la hiérarchie des normes, les conventions ayant une valeur supérieure à la loi, elles devront être appliquées dans le cas d'un mariage impliquant un ou deux ressortissant(s) de pays avec lesquels ces conventions ont été conclues. En l'état du droit et de la jurisprudence, la loi personnelle ne pourra être écartée pour les ressortissants de ces pays* ». La circulaire énumère également la liste de ces conventions.

de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, d'autre part, alors le mariage ne pourra pas être célébré.

877. Dans un arrêt en date du 28 janvier 2015, la Cour de cassation a cependant jugé que le mariage entre personnes de même sexe étant d'ordre public international, la loi personnelle prohibitive doit être écartée même si elle a été désignée par une convention internationale. L'espèce concernait un ressortissant français et un ressortissant marocain, tous deux domiciliés en France et désirant célébrer leur mariage en France. Se fondant sur l'article 55 de la Constitution ainsi que sur l'article 5 de la Convention franco-marocaine⁹²⁰, le Ministère public a formé opposition à cette union. Le Tribunal de grande instance puis la Cour d'appel ont ordonné la mainlevée de l'opposition ainsi que l'éviction de la Convention franco-marocaine « *au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international instaurés par la loi du 17 mai 2013* ». La Cour de cassation confirme la position des juridictions du fond et, se fondant sur l'article 4 de la Convention franco-marocaine⁹²¹, décide que « *la loi de l'un des deux États désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public* ».

878. Selon la Haute juridiction, « *tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ». Le mariage entre personnes de même sexe est pleinement intégré dans l'ordre public international français et la Cour de cassation, si l'on se fonde sur une lecture *stricto sensu* de l'arrêt, entend privilégier un ordre public de proximité, proche de celui consacré par l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil⁹²², la proximité n'étant pas entendue comme une proximité à l'ordre juridique français mais appréhendée comme un rattachement à tout ordre juridique autorisant le mariage entre personnes de même sexe.

879. La portée générale de cet arrêt a cependant été mise à mal par la Cour de cassation elle-même dans un communiqué publié sur son site internet. Dans ce communiqué, la Cour de cassation rappelle que l'on ne peut « *priver une personne de la liberté fondamentale de se*

⁹²⁰ En vertu duquel, « Les conditions du fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité ».

⁹²¹ Selon lequel, « La loi de l'un des deux États désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre État que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ».

⁹²² A. DEVERS, « Mariage homosexuel franco-marocain, contradiction entre les motifs et le communiqué de la Cour de cassation », *Dr. Fam.* Mars 2015, n°3, comm. 63.

marier, mariage qui, depuis la loi du 17 mai 2013, est ouvert, en France, aux couples de même sexe ». Cependant, après avoir rappelé que le mariage entre personnes de même sexe n'est reconnu que par une minorité d'États, elle subordonne l'éviction de la loi nationale prohibitive à deux conditions alternatives : l'existence d'un rattachement du futur époux étranger à la France ou le fait que l'État avec lequel la convention conclue, s'il n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe, ne le rejette pas de manière universelle.

880. L'existence d'un rattachement avec la France est une condition supplémentaire que la Cour de cassation n'avait pas évoqué dans son arrêt du 28 janvier 2015. En l'espèce, le futur époux de nationalité marocaine était domicilié en France. Le rattachement était donc acquis. Cependant, la situation aurait pu être autre. Dans l'hypothèse d'un mariage entre un ressortissant français, domicilié en France et un ressortissant marocain domicilié dans un autre État, la position que la Cour de cassation affiche dans son communiqué aurait conduit à dénier aux futurs époux le droit de se marier alors même que leur relation entretient avec la France une proximité certaine. Cette position vient également restreindre les termes de l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil lequel prévoit un rattachement, par la nationalité, le domicile ou la résidence de l'un des époux, avec tout ordre juridique admettant le mariage entre personnes de même sexe⁹²³.

881. En 2013, le législateur français a fait le choix de supprimer du Code civil l'altérité sexuelle comme condition de fond du mariage. Outre cette suppression, le législateur a introduit, à l'article 202-1 du Code civil, une règle particulièrement militante en faveur du mariage entre personne de même sexe. Le mécanisme consacré par l'article 202-1 du Code civil est similaire à celui de l'ordre public de proximité. L'application de la loi étrangère prohibitive est, en effet, écartée dès lors qu'un rattachement avec un ordre juridique permissif, que ce soit par la nationalité, le domicile ou la résidence, est caractérisé.

882. La loi française lui est ensuite substituée Ainsi, alors qu'hier, l'altérité sexuelle était un principe essentiel du droit français, lequel justifiait que soit écartée l'application d'une loi permissive, aujourd'hui, le mariage entre personnes de même doit être assumé et garanti. L'arrêt de la Cour de cassation est donc cohérent non seulement avec la volonté du législateur. Son communiqué confus ne saurait servir de fondement à la compréhension d'une solution bien

⁹²³ Sur la contradiction entre les motifs de l'arrêt et le communiqué de la Cour de cassation, voir, A. DEVERS, *op. cit.*

assumée et limpide. La Convention franco-marocaine contient une clause d'ordre public en vertu de laquelle la loi de l'un des États contractants pourra être écartée par les juridictions de l'autre État contractant si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public. Cette clause fondait la décision de la Cour de cassation d'écarter l'application de la loi marocaine prohibitive. L'ordre public international, lequel reflète les valeurs essentielles de notre société à une époque donnée, est nécessairement mouvant⁹²⁴. Ce qui était encore hier une hérésie pour certains devient aujourd'hui un principe essentiel de notre droit dont la défense doit être assurée, quoiqu'il en coûte, au moyen de l'ordre public international. La solution consacrée par la Cour de cassation devrait a priori être la même dans toutes les hypothèses où la Convention bilatérale applicable au rapport de droit en cause contient une clause de réserve d'ordre public⁹²⁵.

Section 2. Les questions préalables

883. Le Règlement Aliments comme la Convention de La Haye de 1973 ou encore le Protocole de La Haye de 2007 exclut de leur champ d'application les questions relatives aux relations de famille dont découle les obligations alimentaires. Il en ressort que les règles de compétence internationale directe ou de conflit de lois instaurées par ces instruments doivent cohabiter avec d'autres corps de règles, de source nationale, européenne ou internationale, dont l'objectif est la détermination de la compétence internationale ou de la loi applicables aux actions relatives au statut personnel⁹²⁶. A quelques rares exceptions près⁹²⁷, et peu importe leur source, l'idée de faveur n'imprègne pas les règles relatives à la détermination de la compétence en matière de statut personnel.

884. Nous avons déjà évoqué la grande disparité existant au sein des États membres en matière de statut personnel. Le mariage entre personnes de même sexe tout comme la filiation dans le cadre d'une gestation pour autrui ne font pas l'objet du même traitement au sein de l'Union

⁹²⁴ J. GUILLAUME, « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2121. Certains auteurs parlent même de « *volatilité de l'ordre public international* », A. DEVERS, « Mariage homosexuel franco-marocain : contradiction entre les motifs et le communiqué de la Cour de cassation ! », *op. cit.* Dans son rapport de 2013, la Cour de cassation écrit que le principe de « *l'actualité de l'ordre public* » commande de « *confronter la disposition critiquée de la loi étrangère à l'état le plus actuel de l'ordre public international du for* », Étude du rapport de la Cour de cassation 2013, L'ordre public, p. 342.

⁹²⁵ Sur ce point, voir le Rapport de la Cour de cassation, p. 113 et suivantes.

⁹²⁶ P. LAGARDE, Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé, *in* Mélanges en l'honneur d'Alfred E. VON OVERBECK, Fribourg 1990, p. 511-528.

⁹²⁷ A titre d'exemple, l'article 66 LDIP prévoit que « Les tribunaux suisses de la résidence habituelle de l'enfant ou ceux du domicile de l'un des parents sont compétents pour connaître d'une action relative à la constatation ou à la contestation de la filiation ».

européenne tant au niveau du droit matériel que du conflit de lois. Le statut personnel demeure une matière exclue, non pas par le seul Règlement Aliments, mais par la grande majorité des Règlements européens en matière familiale⁹²⁸. Pour chaque matière exclue du champ d'application des Règlements, il conviendra alors donc de raisonner en termes de questions préalables.

885. Préalablement à l'application du Règlement Aliments, il convient de s'assurer non seulement de la compétence du juge saisi pour trancher toutes questions relatives au statut personnel mais également déterminer la loi applicable au litige concerné. En raison de l'indépendance entre les différents corps de règles applicables, il n'est pas toujours certain le juge compétent pour trancher les questions relatives au statut personnel sera également compétent pour se prononcer en matière d'obligations alimentaires.

886. Bien au contraire, dans la très grande majorité des cas, l'absence de coïncidence entre les règles de compétence en matière alimentaire et celles en matière de statut personnel conduisent à un dépeçage juridictionnel pouvant être fort préjudiciable pour le créancier d'aliments.

887. Les obligations alimentaires sont le terrain propice à la question préalable dès lors que leur octroi demeure conditionné par l'existence d'un lien de famille que l'on a dissocié (§1). Le traitement de ces questions soulève encore certaines difficultés (§2).

§1. Les obligations alimentaires : un terrain propice à la question préalable

888. En raison du dépeçage des catégories de rattachement des règles de conflit relatives aux rapports de famille, les règles spéciales élaborées en matière alimentaire doivent désormais coexister avec les règles de conflit de lois d'origine nationale, régissant les questions plus générales relatives au statut personnel⁹²⁹. Cette coexistence soulève la question de leur articulation entre elles.

⁹²⁸ En effet, les Règlements Bruxelles IIbis, Aliments et Rome III excluent expressément de leur champ d'application les questions relatives au statut personnel. De la même manière, les questions relatives au statut personnel ont été exclues du champ d'application du Règlement Régimes matrimoniaux et du Règlement partenariats.

⁹²⁹ Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, R.C.A.D.I. 1994, t. II, p. 101, § 96.

889. L'autonomie des obligations alimentaires par rapport au statut personnel, alors même que ces deux catégories sont interdépendantes, peut conduire à des difficultés d'articulation. Ces difficultés d'articulation atteignent leur paroxysme lorsque la question préalable porte sur une institution prohibée ou inconnue dans l'État du for.

890. La question préalable peut se poser à deux stades : d'une part, au moment de l'introduction d'une demande alimentaire à titre principal (A) et d'autre part, au moment d'une demande alimentaire faite à titre accessoire (B).

A. L'introduction d'une demande alimentaire à titre principal

891. Lorsque la demande d'aliments est formée à titre principal, la compétence juridictionnelle est réglée par les articles 3 et suivants du Règlement Aliments. A défaut d'élection de for⁹³⁰, sont compétentes, pour statuer sur une demande d'aliments, les juridictions du lieu où le défendeur ou le créancier a sa résidence habituelle. L'action alimentaire formée à titre principal peut néanmoins soulever, à titre accessoire, une question relative au statut personnel.

892. Prenons par exemple le cas d'un enfant résidant habituellement à Paris qui forme une demande d'aliments à l'encontre de son père résidant habituellement à Lisbonne. Souhaitant échapper à une condamnation au versement d'une contribution, le père conteste alors le lien de filiation paternelle. Prenons également le cas d'un enfant, né à l'issue d'une gestation pour autrui, résidant habituellement à Paris et qui forme une demande d'aliments à l'égard de sa mère d'intention laquelle réside habituellement à Madrid. Souhaitant échapper à une condamnation, la mère d'intention conteste le lien de filiation entre elle et l'enfant. Enfin, nous pouvons prendre le cas d'un conjoint, résidant habituellement à Paris, qui saisit les juridictions d'une demande en contribution aux charges du mariage à l'encontre de son conjoint, de même sexe, résidant habituellement à Bucarest (Roumanie). Ce dernier conteste alors la validité du mariage.

893. Toute la question ici est de savoir si la juridiction compétente pour statuer sur la demande d'aliments formée à titre principal sera également compétente pour se prononcer, préalablement, sur l'existence de la relation de famille fondant le droit aux aliments.

⁹³⁰ Article 4 du Règlement Aliments.

894. Prenons le cas d'un enfant résidant habituellement à Paris qui forme une demande d'aliments à l'encontre de son père résidant habituellement à Lisbonne. Souhaitant échapper à une condamnation au versement d'une contribution, le père conteste alors le lien de filiation paternelle. Dans notre cas pratique, en principe, le juge parisien, auprès duquel la demande d'aliments a été introduit, ne sera pas nécessairement compétent pour statuer sur la prétention formée par le débiteur d'aliments. Dans le cadre du Règlement Aliments, le juge saisi ne bénéficie d'aucune compétence accessoire pour statuer les prétentions formées en matière de statut personnel⁹³¹. La compétence du juge saisi pourrait néanmoins être admise si la prétention formée par le débiteur d'aliments est appréhendée, par la *lex fori*, applicable à la procédure, comme un moyen de défense. A titre d'exemple, en France, aux termes de l'article 49 du Code de procédure civile, « *toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît, même s'ils exigent l'interprétation d'un contrat, de tous les moyens de défense à l'exception de ceux qui soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction* ». L'existence d'une connexité entre la demande principale et la demande accessoire justifie d'étendre la compétence du juge initialement saisi afin de favoriser une concentration du contentieux et un traitement global de ce dernier⁹³².

895. Au niveau européen, dans un arrêt *Danvaern*⁹³³, la Cour de justice des communautés européennes avait apporté quelques éléments permettant de distinguer une demande reconventionnelle d'un moyen de défense au fond sous l'empire de la Convention de Bruxelles de 1968⁹³⁴. Selon la Cour, les moyens de défense « *font partie intégrante de l'action intentée par le demandeur* » et ne requiert pas que ce dernier « *soit attiré devant le for saisi de l'action au sens de l'article 6 point 3 de la Convention* ». Il appartient, selon la Cour, au droit national

⁹³¹ Contrairement aux Règlements européens relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés dont les articles 4 prévoient que lorsque la juridiction d'un État membre est saisi d'une question relative à la succession d'un époux ou d'un partenaire sur le fondement du Règlement successions, la juridiction saisie est également compétente pour statuer sur les questions relatives au régime matrimonial ou aux effets patrimoniaux du partenariat en relation avec l'affaire successorale concernée. La concentration des procédures est également prévue par l'article 5 des règlements européens à propos des procédures de divorce, séparation de corps et annulation du mariage. Une telle extension est cependant prévue par le Règlement Aliments lorsque la demande d'aliments est présentée à titre accessoire.

⁹³² La même règle est consacrée par l'article 6 de la loi italienne de droit international privé aux termes duquel, « le juge italien connaît incidemment des questions qui n'entrent pas dans la juridiction italienne et dont la solution est nécessaire pour trancher la demande principale ». Au Monténégro, aux termes de l'article 108 de la loi sur le droit international privé du 23 décembre 2013 (JO du Monténégro n°1/2014 du 9 janvier 2014, Rev. Crit. DIP 2015, p. 261, traduction de T. RAJCEVIC) les tribunaux monténégrins sont également compétents pour la demande reconventionnelle portant sur le même contrat ou sur les faits qui servent de base à la demande.

⁹³³ CJCE, 13 juillet 1995, *Danvaern Production A/S*, Rev. crit. DIP 1996, p. 143, note H. GAUDEMET-TALLON.

⁹³⁴ Aux termes de cet article, le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré « s'il s'agit d'une demande reconventionnelle qui dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire, devant le tribunal saisi de celle-ci ».

de chaque État, de déterminer les moyens de défense susceptibles d'être invoqués et les conditions dans lesquelles ils peuvent l'être⁹³⁵. Rendu sous l'empire de la Convention de Bruxelles de 1968, la solution retenue par la Cour de justice pourrait néanmoins être transposée au Règlement Aliments. Il en ressort que le juge compétent pour statuer sur une demande d'aliments pourrait également statuer sur la question préalable soulevée devant lui.

896. En France, aux termes de l'article 71 du Code de procédure civile, « *constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* ». Selon l'article 64 du même Code, « *constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* ».

897. La frontière entre demande reconventionnelle et moyen de défense au fond est quelque peu difficile à tracer dès lors qu'ils poursuivent la même finalité à savoir le rejet, après examen au fond, de la demande initiale en raison de son caractère non fondé. Le défendeur qui pour échapper au paiement d'une contribution à l'entretien ou à l'éducation d'un enfant conteste le lien de filiation ou celui qui pour échapper au paiement d'une contribution aux charges du mariage conteste la validité ou l'existence de ce dernier forme-t-il une défense au fond ou une demande reconventionnelle ? En effet, dans les deux cas, la prétention soulevée par le défendeur a pour objectif d'échapper à la demande et d'éviter ainsi une condamnation. Toutefois, la défense au fond sert un unique dessein : le rejet de la demande formée par le demandeur⁹³⁶.

898. Dans un arrêt en date du 22 octobre 2020⁹³⁷, la Cour de cassation a rappelé que « *constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme injustifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* » à la différence de la demande reconventionnelle dont l'objectif est l'obtention d'un avantage juridique autre que le simple rejet de la prétention du demandeur. Une telle demande « *manifeste la volonté du défendeur d'attaquer à son tour en soumettant au tribunal un chef de demande* »⁹³⁸. L'article 4 du Code de procédure civile précise en outre que « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* »

⁹³⁵ CJCE, 13 juillet 1995, *Danvaern Production A/S*, pt. 12.

⁹³⁶ X. MARCHAND, Demande reconventionnelle – droit à la demande reconventionnelle – droit de la demande reconventionnelle, *Jcl. Proc. Civ.* 2017, § 15.

⁹³⁷ Cour de cassation, 22 octobre 2020, n° 18-25.111.

⁹³⁸ Lexique des termes juridiques, Dalloz 2017-2018.

lesquelles « *sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense* ». Selon cet article, « *l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* ». L'existence d'un lien suffisant entre la demande présentée à titre reconventionnelle et la demande principale découle également de l'article 70 du Code de procédure civile selon lequel, « *les demandes reconventionnelles ou additionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* ». Il en ressort qu'une demande reconventionnelle peut faire l'objet d'une saisine du juge et être présentée, de manière autonome, sous forme de demande principale ce qui n'est pas le cas du moyen de défense au fond⁹³⁹ lequel, ne peut être, en principe, admis indépendamment de la demande principale, faute d'intérêt à agir⁹⁴⁰.

Toutefois, dans un arrêt en date du 9 juin 2011, la Cour de cassation a, dans le cadre d'une action déclaratoire, admis la possibilité qu'un moyen de défense puisse faire l'objet d'une action en justice indépendante.

899. Dans cette espèce, un prêt de restructuration, dont le remboursement était garanti par plusieurs hypothèques, avait été consenti par un établissement bancaire à deux époux dont l'un d'eux était, depuis lors, décédé. Après le décès de son époux, sa veuve a pris l'initiative, alors même que la banque ne lui réclamait rien, d'assigner cette dernière aux fins de voir constater la prescription de sa créance. Se fondant sur l'article 31 du Code de procédure civile, aux termes duquel « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* », la banque a invoqué que l'intérêt à agir devait s'apprécier au jour de l'introduction de la demande en justice si bien que l'action, préventive, engagée par la demanderesse en dehors de tout litige devait être déclaré irrecevable. La Cour de cassation a déclaré la demande recevable estimant que la demanderesse était fondée « *à faire constater la prescription de la créance de la banque afin de lui permettre de connaître la consistance exacte du patrimoine dont elle avait hérité et l'étendue des droits dont elle pouvait disposer compte tenu des hypothèques garantissant cette créance* ».

900. Plus tard, c'est la Cour d'appel de Metz qui s'est prononcée sur la question⁹⁴¹. En l'espèce, une ressortissante gabonaise avait, au Gabon, donné naissance à un enfant qu'elle avait aussitôt

⁹³⁹ obs. ss. Cass. ass. plén., 22 avr. 2011, *RTD civ.* 2011, p. 795

⁹⁴⁰ X. MARCHAND, Demande reconventionnelle – droit à la demande reconventionnelle – droit de la demande reconventionnelle, *Jcl. Proc. Civ.* 2017.

⁹⁴¹ CA Metz, 11 février 2014, n°14/00114.

reconnu. Une dizaine d'années après la naissance de son enfant, la mère saisit les juridictions françaises et sollicite, à l'égard du prétendu père, que soient fixées les modalités d'exercice de l'autorité parentale ainsi que la condamnation de ce dernier au versement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

En défense, le prétendu père avait soutenu que le lien de filiation n'était pas légalement établi à son égard et avait, en conséquence, contesté la compétence du juge aux affaires familiales au profit du Tribunal de grande instance⁹⁴². Sur contredit de compétence, formée par le défendeur, la Cour d'appel de Metz avait relevé que le défendeur n'entendait pas « *contester une filiation légalement établie* » mais prétendait uniquement que la filiation n'était pas légalement établie à son égard. Dès lors, il ne s'agissait pas pour le juge aux affaires familiales, initialement saisi, d'établir la filiation paternelle ou de l'anéantir mais simplement d'apprécier la preuve de son existence. La contestation du prétendu père portait uniquement sur la preuve de la filiation, laquelle, selon la Cour d'appel, « *constituait un préalable à l'examen du bien-fondé des demandes* » formées par la mère relevant de la compétence du premier juge saisi.

901. Se fondant sur les dispositions de l'article 311-14 du Code civil aux termes duquel « *la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant* », la Cour d'appel relève la soumission de la filiation de l'enfant à la loi gabonaise. Selon l'article 415 du Code civil gabonais, « *la filiation paternelle d'un enfant d'un enfant naturel se prouve par la reconnaissance faite par le père* ». En l'espèce, les actes et documents produits par la mère et par le prétendu père ne permettaient pas d'établir la preuve de sa paternité.

Dans cette espèce, le contredisant ne contestait pas l'existence d'un lien de filiation légalement établi mais reprochait à la mère de ne pas en avoir apporté la preuve.

902. Outre un bulletin de naissance, établi par la maternité où l'enfant était né, sur lequel la ligne relative au père n'était pas renseignée, la mère avait produit une copie intégrale d'acte de naissance, établi par l'officier de l'état civil de Libreville, sur lequel le nom du père était mentionné. Cet acte de naissance portait la signature de la mère et de l'officier de l'état civil. De son côté, le prétendu père avait produit une copie de l'acte de naissance de l'enfant dont les mentions correspondaient à celles figurant dans le document produit par la mère mais qui comportait une référence aux dispositions de l'article 418 du Code civil gabonais. Aux termes

⁹⁴² Aux termes de l'ancien article 318-1, « *le tribunal de grande instance statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation* ».

de cet article, « *La reconnaissance est faite devant un Officier de l'état civil par celui qui reconnaît l'enfant, ou par un mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique. Elle peut également être faite par tout autre acte authentique* ».

903. Selon le même article, « *le père peut la faire dans l'acte de naissance* ». La Cour d'appel constate que si le nom du prétendu père figure sur l'acte de naissance produit par la mère, celui-ci, pas plus que l'acte produit par le contredisant ne comportent sa signature et mentionne sa volonté de reconnaître formellement l'enfant. La Cour d'appel relève que les actes produits ne sont pas conformes aux dispositions du droit civil gabonais et ne peuvent, dès lors, constituer la preuve d'une reconnaissance de paternité. Les demandes de la mère visant notamment à l'obtention du versement d'une contribution pour l'entretien et l'éducation de son enfant ont donc été rejetées.

904. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a appréhendé la contestation de la preuve du lien de filiation, tout comme la contestation de l'établissement de la filiation comme des moyens de défense.

Le premier, de l'avis de la Cour d'appel, relevait de la compétence de la juridiction initialement saisie de la demande principale. En revanche, la compétence de la juridiction, initialement saisie, pour statuer sur le second pouvait être discutée et justifier la saisine du tribunal de grande instance d'une question préjudicielle. Dans un tel cas, la juridiction saisie en premier lieu aurait dû sursoir à statuer dans l'attente de la décision du tribunal de grande instance.

La contestation de l'existence même d'un lien de filiation peut certes faire l'objet d'une demande autonome et faire l'objet d'une procédure distincte. Toutefois, dans le cadre d'une action alimentaire, cette argumentation défensive n'a autre objectif que le rejet de la prétention de la partie demanderesse.

B. L'introduction d'une demande alimentaire à titre accessoire

905. La question qui se pose ici est de savoir si le juge saisit d'une demande principale à laquelle est attachée une demande accessoire relative à des aliments peut statuer sur cette dernière. Dans l'arrêt *De Cavel*, la Cour de justice avait décidé que « *les demandes accessoires (...) relèvent du champ d'application de la Convention [de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale] suivant la*

matière qu'elles concernent et non suivant la matière dont relève la demande principale »⁹⁴³. En l'espèce, cette interprétation permettait au juge saisi d'une demande de divorce au principal de statuer également sur la demande alimentaire accessoire en application de la Convention.

906. Sur le fondement de l'article 3c) du Règlement Aliments, le juge saisi d'une action en divorce ou d'une action relative à la filiation pourra également se prononcer sur la demande alimentaire dès lors que la compétence du juge saisi n'est pas uniquement fondée sur la nationalité d'une partie.

907. Les questions préalables sont fort enclines à apparaître dans le contentieux alimentaire ce qui pose la difficulté de leur traitement.

§ 2. Le traitement de la question préalable

908. Plusieurs rattachements ont été proposés afin de traiter la question préalable (A), un rattachement est aujourd'hui retenu (B) même si d'autres solutions peuvent être envisagées (C).

A. Les rattachements proposés pour traiter la question préalable

909. Si le rattachement autonome est la solution retenue aujourd'hui, d'autres rattachements avaient été proposés afin de traiter la question préalable en matière de statut personnel. Il s'agissait du rattachement dépendant (1) et du rattachement fonctionnel né sous la plume du Professeur Paul LAGARDE (2).

1. Le rattachement dépendant

910. Certains auteurs, emmenés par WENGLER⁹⁴⁴, avaient proposé l'adoption d'un rattachement dépendant consistant à soumettre la question préalable relative à l'état des personnes à la règle de conflit du système juridique désigné pour régir la question principale.

⁹⁴³ CJCE, 6 mars 1980, aff. C-120/79, De Cavel, § 9.

⁹⁴⁴ W. WENGLER, « Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1954, p. 661.

911. Le rattachement dépendant peut également se matérialiser par la soumission de la question préalable à la loi applicable pour régir la question principale (*lex causae*). Cette solution présentait l'avantage de respecter la cohérence de la loi interne étrangère désignée par la règle de conflit pour régir la question principale.

912. En revanche, pour certains auteurs, une telle cohérence s'opérait au détriment de la logique de l'ordre juridique interne laquelle était « *sacrifiée* »⁹⁴⁵.

913. En effet, la résolution d'un rapport de droit sera susceptible de recevoir un traitement différencié selon qu'il se présente au juge sous la forme d'une question préalable ou à titre principal. Alors que dans pour résoudre une question préalable, la validité du rapport de droit pourrait être admise, elle pourra, en revanche, être rejetée lorsque ce rapport de droit sera l'objet principal du litige⁹⁴⁶.

914. En matière alimentaire, dans le but d'éviter ainsi une dissociation entre le statut personnel, d'une part, et l'obligation alimentaire, d'autre part, une partie de la doctrine avait soutenu qu'il convenait de soumettre la question préalable d'état à la loi applicable à l'obligation alimentaire elle-même⁹⁴⁷.

915. Cette solution, envisagée également dans le cadre de l'application des Conventions de La Haye de 1956 et 1973, a été adoptée par quelques décisions⁹⁴⁸.

916. La soumission du statut personnel à la loi régissant les obligations alimentaires pouvait apparaître comme étant cohérente au regard des liens étroits que ces questions entretiennent entre elles, le lien de famille fondant l'obligation alimentaire.

917. Les obligations alimentaires sont la conséquence d'un lien de filiation, de mariage, de famille ou encore d'alliance. Pour cette raison, il apparaît plus opportun de fixer le rapport familial avant d'en déterminer les effets. Soumettre, comme le préconisait la doctrine, la

⁹⁴⁵ P. LAGARDE, Questions préalables, Rép. Dr. Intern., Dalloz 1998.

⁹⁴⁶ P. LAGARDE, *op. cit.*

⁹⁴⁷ P. LAGARDE, note sous CA Paris, 30 mai 1972, *Rev. crit. DIP* 1972, p.660, spéc. 665 ; M. SIMON-DEPITRE, « Les aliments en droit international privé », *Tr. Com. fr. DIP* 1973-1975, pp. 39-70 ; J.-M. Bischoff, *JDI* 1964, p. 769 ; Voir également la position très ferme de E. MEZGER, *Tr. Com. Fr. DIP* 1958-1959, pp. 123-149, spéc. 133 et s.

⁹⁴⁸ CA Paris, 30 mai 1972, *Rev. crit. DIP*, p. 660, note P. LAGARDE.

question préalable relative au statut personnel à la loi interne compétente pour régir l'obligation alimentaire témoigne d'un bouleversement méthodologique.

918. Dans le cas qui nous intéresse, le rapport de droit serait désormais déterminé en se fondant sur la loi qui régit son effet alimentaire⁹⁴⁹. Cette solution a montré quelques faiblesses et on a pu lui reprocher un caractère mécanique pouvant justement faire obstacle au principe de faveur au créancier⁹⁵⁰.

En effet, dans certains cas, l'application de la loi interne à l'obligation alimentaire aux questions préalables de statut ont conduit certains créanciers à se voir refuser des aliments alors même qu'ils auraient pu en obtenir par application du droit commun⁹⁵¹.

919. Le rattachement dépendant n'a pas convaincu les juridictions françaises qui l'ont rejeté dans des espèces concernant des successions. La Cour de cassation avait, dans un premier temps, décidé de soumettre la question préalable à l'établissement du lien de filiation à la loi successorale française⁹⁵². Puis, dans un arrêt *Beneddouché*⁹⁵³, la Cour de cassation avait jugé que la question préalable visant à déterminer la qualité de conjoint et commandant l'établissement de la parenté nécessaire pour le jeu de la dévolution successorale relevait de la loi personnelle des intéressés.

920. Enfin, dans un arrêt en date du 22 avril 1986, la Cour de cassation a décidé que « *s'il appartient à la loi successorale de désigner les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas de dire si une personne a la qualité de conjoint ni de définir selon quelle loi doit être appréciée cette qualité* »⁹⁵⁴. La position de la Cour de cassation a été interprétée, par certains auteurs, comme une condamnation du rattachement dépendant⁹⁵⁵.

⁹⁴⁹ Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, R.C.A.D.I. 1994, t. II, p. 108.

⁹⁵⁰ P. LAGARDE, *Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé*, in *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. VON OVERBECK*, Fribourg 1990, p. 511-528, spéc. p. 521. P. LAGARDE à l'origine favorable à l'extension, aux questions préalables d'état, de la loi interne applicable à l'obligation a mis en évidence les faiblesses de cette solution.

⁹⁵¹ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 109 ; P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 521.

⁹⁵² Cass. Req. 21 avril 1931, *Ponnoucanamale*, *Rev. crit. DIP* 1932, p. 526, note J.-P. NIBOYET.

⁹⁵³ Cass. Civ. 1, 3 janvier 1980, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 331, note H. BATIFFOL, *JDI* 1980, p. 327, note M. Simon-Depitre, *D.* 1980, p. 549, note E. POISSON-DROCOURT.

⁹⁵⁴ Cass. Civ. 1, 22 avril 1986, *JDI* 1986, p. 1025, note A. SINAY-CYTERMANN, *JCP* 1987 II 20878, note E. AGOSTINI, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 302, note J. BISCHOFF.

⁹⁵⁵ P. MAYER, *Droit international privé*, 5^e éd., 1994, Montchrestien, n° 263, note 132.

921. Par ailleurs, en précisant que les décisions rendues en matière alimentaire ne préjugeaient pas de l'existence des relations de famille sur lesquelles elles sont fondées, le système conventionnel de La Haye semblait vouloir exclure les questions relatives au statut personnel du champ de compétence de la loi applicable aux obligations alimentaires c'est-à-dire de la loi de la résidence habituelle du créancier.

922. Cette interprétation se déduit naturellement de la lecture du texte des instruments conventionnels. Elle ferait alors dépendre les questions préalables de statut personnel à la loi désignée par la règle de conflit du for laquelle renvoie, très souvent, à la loi personnelle de l'intéressé.

En matière de statut personnel, la règle de conflit de lois française permet d'assurer, malgré une mobilité internationale toujours plus croissante, la permanence de ce dernier. La nationalité est ainsi apparue comme le critère permettant de garantir la permanence du statut personnel des individus lesquels ne se risquent plus à voir leur statut remis en cause en raison du franchissement d'une frontière. C'est la raison pour laquelle ce critère a été retenu en matière de statut personnel par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Busqueta*⁹⁵⁶.

923. Ainsi, pour éviter que la question liée au statut personnel soit abandonnée à la compétence de la loi de la résidence habituelle du créancier et prévenir les situations dans lesquelles la validité et la reconnaissance d'un statut pourrait être mis en question du franchissement d'une frontière, il apparaissait opportun de soumettre le statut personnel non pas à la loi désignée par la règle de conflit conventionnelle mais à la loi désignée par la règle de conflit du for⁹⁵⁷.

⁹⁵⁶ CA Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, GAJFDIP 2006, n°1. Dans cet arrêt, la Cour d'appel avait relevé que « réglée par le statut personnel qui affecte la personne et la suit en quelque lieu qu'elle aille et se trouve, la capacité d'un étranger relève de sa loi nationale ». Par ailleurs, aux termes de l'article 3 du Code civil, « *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger* ». Voir également, S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles 2017.

⁹⁵⁷ Y. LOUSSOUARN, *Les Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires envers les mineurs*, *Liber amicorum* Baron Louis FREDERICQ, t. II, p. 691 et s., pour lequel « *toute convention internationale qui touche de près ou de loin au statut personnel, aux rapports de famille, se heurte dans son élaboration à des obstacles importants nés de l'opposition existant entre la nationalité et le domicile, opposition qui domine, en ce domaine, le droit international privé. Si, en effet, les différents pays acceptent à la rigueur d'abandonner la compétence, les uns de la loi nationale, les autres de la loi du domicile, dans les matières qui ne relèvent pas directement des rapports de famille, ils sont soucieux d'éviter qu'un tel abandon ne rejaillisse sur le statut familial lui-même* ». C'est ainsi que « *la détermination du lien familial échappe à la compétence de la loi de la résidence habituelle de l'enfant et relève de la loi désignée par le droit international privé du for pour régir le statut personnel* », *op. cit.*, p. 702 et 703.

924. Une autre théorie intéressante, fondée sur l'approche fonctionnelle des liens de famille, a vu le jour, sans pour autant emporter les faveurs de la doctrine.

2. L'approche fonctionnelle des liens de famille

925. Une autre théorie, forgée par Paul LAGARDE, consiste à adopter une approche fonctionnelle de la question préalable en faisant varier le traitement de celle-ci en fonction de la matière concernée⁹⁵⁸.

926. Selon cet auteur, il conviendrait de « *faire correspondre à une règle de conflit à caractère alternatif, pour la question principale d'aliments, une règle de conflit également alternative pour la question préalable de statut personnel* »⁹⁵⁹.

927. Il s'agirait donc de transposer, sur le terrain de la question préalable, la faveur consacrée par les différents instruments conventionnels de la Haye en matière alimentaire. La question préalable serait alors soumise à une règle de conflit de lois alternative dont l'objectif est de favoriser le succès de la prétention formée par le demandeur⁹⁶⁰.

928. Ainsi, le rapport de droit, objet de la question préalable sera admis s'il l'est, soit selon la loi désignée par la règle de conflit du for, soit selon la loi applicable à l'obligation alimentaire, soit, enfin, selon la loi désignée par la règle de conflit de la *lex causae*⁹⁶¹. Une telle approche participerait à l'effort de protection et de faveur poursuivi par les différents instruments conventionnels de La Haye et respecterait ainsi l'esprit premier du système. La difficulté soulevée par la question de l'existence d'un rapport de famille sera traitée en prenant en compte l'objectif poursuivi par la règle de conflit de lois en matière alimentaire.

929. Alors que la matière alimentaire est marquée par une grande faveur au profit du créancier d'aliments, le statut personnel, alors même qu'il constitue le fondement de l'obligation alimentaire, peut être incertain une fois les frontières franchies. En effet, la relation juridique

⁹⁵⁸ P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. n°23 et s.

⁹⁵⁹ P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 522.

⁹⁶⁰ P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 522.

⁹⁶¹ P. LAGARDE écrivait ainsi que « la solution de la question préalable est dans la dépendance étroite de la finalité protectrice de la règle de conflit applicable à la question principale. Ou, si l'on préfère, que la question préalable doit, comme d'autres questions telles que le renvoi ou les conflits de nationalités, faire l'objet d'une approche fonctionnelle », *op. cit.*, p. 519.

en cause pourra être valable dans l'ordre juridique du for mais inexistante sous l'empire de la loi étrangère applicable à la question principale. De la même manière, la relation juridique peut être tout à fait valable selon la loi étrangère applicable à la question principale mais inexistante aux yeux de l'ordre juridique du for.

930. Une telle dichotomie entre deux questions pourtant interdépendantes soulève des difficultés d'articulation et fait grandir l'incertitude du créancier déjà affaibli par le manque de moyens. La solution proposée par Paul LAGARDE conduirait à déterminer le statut personnel d'un individu en tenant donc compte des objectifs poursuivis par la règle de conflit de lois en matière alimentaire⁹⁶².

931. Cette approche a fait l'objet de critiques. On lui a notamment reproché de conférer à la règle de conflit de lois à finalité matérielle une supériorité infondée, d'être difficilement applicable en présence d'une règle de conflit de lois cumulative et enfin, de participer au déclin du statut personnel⁹⁶³.

932. Il existe aujourd'hui un risque accru de divergences d'interprétation dès lors que la juridiction saisie devra faire application, pour traiter de la question du statut personnel, des principes et règles en vigueur dans son État⁹⁶⁴.

933. La relativité des ordres juridiques nationaux est susceptible de venir remettre en cause la stabilité et la permanence du statut personnel et familial des individus. Cette menace est d'autant plus inquiétante que notre époque est marquée par une forte mobilité européenne et internationale.

⁹⁶² P. LAGARDE avait également préconisé une approche fonctionnelle du conflit de nationalités. Voir P. LAGARDE, Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la Première chambre civile du 22 juillet 1987), *Rev. crit. DIP* 1988, p. 29.

⁹⁶³ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 114 et s.

⁹⁶⁴ M. VERWILGHEN, Rapport de la Commission spéciale, in Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Douzième session, 1972, Tome IV Obligations alimentaires, p. 95, spéc., p. 126, n°84.

B. La solution retenue : le rattachement autonome

934. Une partie de la doctrine a proposé de soumettre la question préalable d'état à la règle de conflit de lois de l'État du for⁹⁶⁵. Selon ces derniers, l'étude des règlements européens met en exergue une volonté implicite d'opter pour un rattachement autonome des questions préalables et de les soumettre ainsi à la règle de conflit du for.

935. Dès lors que le Règlement Aliments, d'une part, et les instruments conventionnels de La Haye, d'autre part, excluent expressément de leur champ d'application les questions relatives aux relations de famille, d'alliance ou de parenté, il en ressort que la loi désignée par les règles édictées par ces textes a seulement vocation à régir la question principale et ne régit pas les potentielles questions préalables relatives au statut personnel pouvant se poser⁹⁶⁶. Le traitement autonome dont jouissent les obligations alimentaires tant dans les instruments conventionnels de La Haye que dans le Règlement Aliments pourrait justifier que les Etats déterminent la loi applicable aux relations de famille, de parenté et d'alliance sur le fondement de leurs propres règles de conflit de droit commun⁹⁶⁷.

936. Selon les partisans de cette approche, la loi désignée par la règle de conflit de lois conventionnelle régirait le point de savoir dans quelle mesure et à quelle(s) personne(s) le créancier peut réclamer des aliments tandis que la loi applicable normalement applicable aux rapports de famille et donc désignée par la règle de conflit de lois du for régira la question du lien de filiation ou de parenté et des conditions de son établissement⁹⁶⁸. Cette approche a été adoptée, en France, par la Cour de cassation et par certaines juridictions.

937. La Cour de cassation a donc pris position sur le rattachement des questions préalables dans une espèce où la question principale relative à une succession était régie par la loi étrangère. La première chambre civile a ainsi énoncé que « *s'il appartient à la loi successorale de désigner*

⁹⁶⁵ S. CORNELOUP, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *TCFDIP* 2010-2012, pp. 189-229, spéc. p. 197. Voir également en ce sens, les rapports explicatifs relatifs à la Convention de La Haye de 1973 et au Protocole de La Haye de 2007.

⁹⁶⁶ S. CORNELOUP, *op. cit.*

⁹⁶⁷ A. BONOMI, Rapport explicatif du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, spéc. p. 24, n° 24.

⁹⁶⁸ J. DEPPEZ, « Les conflits de lois en matière d'obligation alimentaire », *Rev. crit. DIP* 1957, pp. 369-407, spéc. p. 392.

les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas de dire si une personne a la qualité de conjoint ni de définir selon quelle loi doit être appréciée cette qualité »⁹⁶⁹.

938. Dans un arrêt du 11 février 2014⁹⁷⁰, la Cour d'appel de Metz avait opté pour un rattachement autonome de la question préalable de filiation paternelle et avait, en conséquence, fait application de la règle de conflit de lois édictée par l'article 311-14 du Code civil laquelle avait désigné la loi personnelle de la mère soit la loi gabonaise.

939. Certains auteurs ont souligné le fait que le rattachement autonome entraîne une dissociation, pouvant être préjudiciable⁹⁷¹, entre la loi applicable à l'obligation alimentaire et la loi régissant le rapport de famille dont découle l'obligation alimentaire.

940. Il en résulterait une scission entre le statut personnel et l'obligation alimentaire, deux éléments pourtant intimement liés en droit interne, le second étant la conséquence du premier. Sur le terrain du droit international privé, ces deux éléments seront traités comme deux catégories autonomes et seront potentiellement soumis à l'application de deux lois différentes. Un tel cas de figure pourrait donc menacer l'unité et le caractère indivisible du statut personnel en conduisant à son éclatement⁹⁷².

⁹⁶⁹ Cass. Civ. 1, 22 avril 1986, *JDI* 1986, p. 1025, note A. SINAY-CYTERMANN, *JCP* 1987 II 20878, note E. AGOSTINI, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 302, note J. BISCHOFF.

⁹⁷⁰ CA Metz, 11 février 2014, n°14/00114. Voir *supra*. Pour rappel, dans cette affaire, une ressortissante gabonaise avait, au Gabon, donné naissance à un enfant qu'elle avait aussitôt reconnu. Une dizaine d'années après la naissance de son enfant, la mère avait saisi les juridictions françaises et sollicité la condamnation du prétendu père au versement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. En défense, le prétendu père avait soutenu que le lien de filiation n'était pas légalement établi à son égard et avait, en conséquence, sollicité le rejet de la demande.

⁹⁷¹ P. LAGARDE, note sous CA Paris, 30 mai 1972, *Rev. crit. DIP* 1972, pp. 660-668.

⁹⁷² Pour certains, la dissociation entre le rapport de famille, d'une part, et l'obligation alimentaire, d'autre part, ne serait préjudiciable qu'en apparence dès lors « *que les esprits français* » y sont habitués notamment depuis la réforme de 1955 laquelle avait introduit, dans le Code civil, un article 342 lequel avait introduit un recours alimentaire en faveur de l'enfant issu d'un commerce incestueux ou adultérin et dont la filiation n'était pas légalement établie. Selon cet article, « *les enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin peuvent néanmoins réclamer des aliments sans que l'action ait pour effet de proclamer l'existence d'un lien de filiation dont l'établissement demeure prohibé* ». Ainsi, la constatation préalable d'un lien de filiation ne sert pas d'autre dessein que celui lié au versement d'aliments. La Cour de cassation a, dans un arrêt en date du 6 mai 1959, décidé que « *la décision de justice qui accorde des aliments à un enfant adultérin ou incestueux (...) ne peut avoir pour effet (...) de proclamer l'existence d'un lien de filiation dont l'établissement demeure prohibé* ». La Cour ajoute que « *dès lors que l'enfant adultérin, qui a obtenu une pension alimentaire (...) ne saurait être compris parmi les descendants (...)* ». Le recours alimentaire dont bénéficiait l'enfant adultérin ou incestueux était ouvert y compris dans les cas où l'action en recherche de paternité était prohibée. Par ailleurs, aux termes de l'article 342 du Code civil, « *Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception* ».

941. L'exclusion des rapports de famille du champ d'application des instruments conventionnels de La Haye d'une part, et du Règlement Aliments, d'autre part, est avant tout justifiée par des considérations politiques, les Etats ne partageant pas tous des valeurs communes sur la question du statut personnel. Cette exclusion s'est donc imposée car, faute de consensus, le système conventionnel aurait été, très probablement, voué à l'échec.

942. Le rattachement autonome est une solution qui remporte notre approbation dès lors qu'elle assure le respect de l'esprit des instruments conventionnels de La Haye et du Règlement Aliments à savoir l'exclusion, de leur champ d'application matérielle, des rapports de famille. Par ailleurs, le rattachement autonome garantit également le respect des spécificités nationales en matière familiale. Par ailleurs, la dissociation entre statut personnel et obligations alimentaires, dénoncée par certains, et qui suppose une certaine souplesse intellectuelle et méthodologique, peut revêtir une certaine cohérence. En effet, le statut personnel demeurerait régi par la loi nationale des individus ce qui permettrait de leur assurer une certaine stabilité et permanence de ce dernier tandis que la loi de la résidence habituelle du créancier régirait son droit à obtenir des aliments en tenant compte de son environnement social et économique.

943. En réalité, la dissociation dont souffrent le statut personnel et les obligations alimentaires sera particulièrement préjudiciable dès lors que l'on se trouvera en présence d'une institution inconnue du for ou prohibée par ce dernier. Pour les institutions⁹⁷³ pour lesquelles il existe un large consensus, en d'autres termes lorsqu'aucun statut prohibitif n'est impliqué, la dissociation ne devrait, en principe, soulever aucune difficulté⁹⁷⁴.

944. En revanche, en présence d'un statut prohibitif, le rattachement autonome et la dissociation qu'il suppose, conduirait à des divergences d'interprétation certaines, chaque État demeurant maître de l'appréhension qu'il entend avoir de certaines institutions. Dans de tels cas, la reconnaissance et l'admission du statut prohibitif seront tributaires de la conception adoptée par l'État dont la juridiction a été saisie de la demande alimentaire.

C. Une autre solution envisageable : l'harmonisation de la règle de conflits de lois

⁹⁷³ Par exemple, un mariage entre un homme et une femme, un enfant né dans le cadre d'un mariage entre un homme et une femme sans recours à une gestation pour autrui.

⁹⁷⁴ J. DEPRESZ, *op. cit.*, spéc. p. 392 ; S. Corneloup, *op. cit.*, note 46, p. 219.

945. La Commission internationale de l'état civil a adopté plusieurs conventions dont l'objectif est de résoudre les questions relatives au statut personnel dans un contexte international en édictant notamment des règles uniformes de conflits de lois⁹⁷⁵. Toutefois, soit certaines de ces Conventions ne sont pas entrées en vigueur parce qu'elles n'ont pas atteint le nombre de ratifications nécessaires⁹⁷⁶, soit elles ont été ratifiées par un nombre restreint d'Etats⁹⁷⁷. Cette situation, qui participe à la fragmentation des règles applicables en matière de statut personnel dans les situations transfrontières, témoigne surtout de la difficulté voire de l'impossibilité d'obtenir un consensus au sein de l'Union européenne sur cette délicate et sensible question.

946. Consciente de cette difficulté et afin de « *permettre aux citoyens de l'Union européenne de jouir pleinement de leur droit à la libre circulation tout en leur offrant une plus grande sécurité juridique pour les situations d'état civil nées dans un autre État membre* », la Commission européenne a publié un Livre vert⁹⁷⁸, lequel repose sur deux volets, un premier consacré à la libre circulation des documents publics et un second consacré à la reconnaissance mutuelle des effets des actes d'état civil.

947. Dans le second volet de son Livret vert, la Commission avait proposé, afin de lutter notamment contre la survenance de statuts boiteux, d'harmoniser la règle de conflit de lois applicable en matière de statut personnel. Cette solution a reçu l'approbation d'une partie de la doctrine⁹⁷⁹.

Elle présente l'avantage de soumettre les questions relatives au statut personnel à une même loi déterminée en fonction de règles communes à l'ensemble des Etats membres.

⁹⁷⁵ Voir par exemple, la Convention (n°18) relative à la reconnaissance volontaire des enfants nés hors mariage dont l'article 1^{er} soumet les conditions de fond de la reconnaissance volontaire d'un enfant né hors mariage ainsi que les conditions relatives à la capacité soit à la loi personnelle soit à la loi de la résidence de l'auteur de la reconnaissance ou de l'enfant. L'article 2 de cette Convention soumet les conditions de forme à l'une des lois indiquées à l'article 1^{er}. Voir également la Convention (n°19) relative à la loi applicable aux noms et prénoms dont l'article 1^{er} soumet la détermination des noms et prénoms d'une personne à la loi de l'État dont elle a la nationalité.

⁹⁷⁶ C'est notamment le cas de la Convention n°18.

⁹⁷⁷ Ainsi, à titre d'exemple, la Convention n°19 a été ratifiée par l'Espagne, l'Italie et les Pays-Bas. Sur cette Convention, voir, A.V.M. STRUYCKEN, La Convention de Munich sur la loi applicable aux noms et prénoms, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 42, janvier-juin 1990, pp. 153-170.

⁹⁷⁸ Livre vert, Commission européenne, Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil réponse des Etats, COM(2010) 747 final.

⁹⁷⁹ Dr. M. BUSCHBAUM, « La reconnaissance de 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.

948. Le recours à une règle de conflit de lois harmonisée en manière de statut personnel renforcerait la prévisibilité des citoyens européens et, dès lors, ces derniers pourraient exercer, sans aucunes entraves, leur liberté de circulation.

Il convient cependant de s'entendre sur le critère de rattachement le plus approprié. A cet égard, le Livre vert envisage la possibilité de laisser le citoyen de l'Union européenne, se trouvant dans une situation transfrontière, de choisir la loi applicable à son statut personnel. D'après la Commission, une telle autonomie permettrait ainsi au citoyen de satisfaire ses intérêts légitimes tout en exprimant, par ce choix, son attachement à son État d'origine, son État de résidence ou à un autre État membre⁹⁸⁰.

949. Même si elle offre aux parties une très grande liberté, ce choix de loi sera limité aux seules lois issues d'ordres juridiques avec lesquels les parties entretiennent des liens étroits. A défaut de choix de loi, la loi applicable à une question de statut personnel sera alors déterminée par application de la règle de lois harmonisée. Une telle harmonisation suppose que les Etats membres de l'Union s'entendent sur un facteur de rattachement commun.

Il pourra s'agir d'une seul et même facteur de rattachement pour toutes les questions liées au statut personnel ou bien on pourrait envisager de faire dépendre le facteur de rattachement de la nature du rapport de droit en cause.

950. Prenons, par exemple, le cas d'un couple composé de deux personnes de même sexe dont l'un est de nationalité italienne et l'autre de nationalité française. Le couple décide de se marier et font le choix de soumettre leur union matrimoniale à la loi française⁹⁸¹. Quelques temps après leur mariage, le couple décide de s'installer en Italie et sollicite, auprès des autorités compétentes, la reconnaissance de leur union. Pour apprécier la validité de l'union, les autorités italiennes se fonderont donc sur la règle de conflit de lois harmonisée laquelle consacre l'autonomie des parties. La validité du mariage sera donc appréciée au regard de la loi choisie par les parties, soit la loi française. Conformément à cette dernière, l'union est valable. Sur le fondement de la règle de conflit de lois harmonisée, le mariage célébré en France sera également reconnu en Italie.

⁹⁸⁰ Qui pourrait ainsi être l'État qui dispose d'une législation permissive lorsque se trouve en cause un statut prohibitif.

⁹⁸¹ Aux termes de l'article 202-1 du Code civil, « deux personnes De même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

951. Sur le terrain des questions préalables, le recours à la règle de conflit de lois harmonisée mettrait un terme aux divergences doctrinales quant à la question de leur rattachement. En présence d'une question préalable, le juge de l'État membre saisi ferait alors application de la règle de conflit de lois harmonisée. Cette solution consacre, en pratique, le rattachement autonome des questions préalables.

952. Toutefois, dans le Livre vert de la Commission, la règle de conflit de lois harmonisée est présentée comme une solution pour « *permettre aux citoyens de jouir pleinement de leur droit à la libre circulation* ». Il en ressort, *a contrario*, que lorsque la liberté de circulation des citoyens de l'Union européenne n'est pas entravée, la règle de conflit de lois harmonisée n'a pas vocation à s'appliquer.

953. L'harmonisation de la règle de conflit de lois relative au statut personnel serait donc limitée aux seules relations intra-européennes et ne concernerait pas les relations avec les États tiers. Cette solution conduit à mettre en place un cadre juridique à géométrie variable : la stabilité et la permanence du statut personnel seraient assurées uniquement dans les relations intra-européennes mais pas hors des frontières de l'Union européenne.

954. Certains auteurs avaient alors proposé qu'une telle règle soit adoptée non pas dans le cadre d'un instrument européen mais dans le cadre d'une convention internationale sous l'égide de la Conférence de La Haye ou de la Commission internationale de l'état civil⁹⁸². Harmonisée dans le cadre d'une convention internationale, la règle de conflit de lois relative au statut personnel aurait ainsi une vocation universelle et permettrait donc d'embrasser aussi bien les situations intra-européennes que les situations internationales.

Le second volet de ce Livre vert, d'une grande ambition, est cependant resté à un stade embryonnaire pour des raisons politiques⁹⁸³. Le Règlement, adopté à la suite du Livre vert de la Commission européenne, se concentre uniquement sur la libre circulation des documents publics sans prendre en compte la reconnaissance de la substance de ces actes⁹⁸⁴.

⁹⁸² S. CORNELOUP, Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé, *TCFDIP* 2010-2012, p. 189, spéc. p. 209.

⁹⁸³ E. PATAUT, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? in H. FULCHIRON / C. BIDAUD-GARON, Vers un statut européen de la famille », *D.* 2014.

⁹⁸⁴ Règlement (UE) 2016/1191 du parlement européen et du conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.

955. Dans son Livre vert, la Commission européenne avait également envisager la possibilité de consacrer un principe de reconnaissance de plein droit des « *situations d'état civil établies dans les autres Etats membres* ». Cette reconnaissance, qui se ferait sans harmonisation des règles substantives et laisserait donc subsister les systèmes juridiques nationaux, impliquerait, en pratique, que chaque État membre accepte et reconnaisse les effets d'une situation juridique créée dans un autre État membre⁹⁸⁵.

956. Pour la Commission, la reconnaissance de plein droit permet d'assurer la permanence de l'état civil de tout citoyen de l'Union européenne tout en lui offrant la sécurité juridique à laquelle il peut prétendre lorsqu'il exerce sa liberté de circulation⁹⁸⁶. La Commission préconise également la mise en place de « *mesures compensatoires* » afin d'éviter les cas de fraude et d'abus et pour prendre en compte les règles d'ordre public de chacun des Etats membres. Enfin, si de l'avis de la Commission, la reconnaissance de plein droit est adaptée à certaines situations d'état civil comme l'attribution ou encore le changement de nom, elle l'est un peu moins concernant d'autres situations parmi lesquelles le mariage. Le principe de reconnaissance de plein droit tel que préconisé par la Commission européenne ne concernerait donc pas seulement les jugements, relatifs à l'état civil, rendus dans un autre État membre mais également les situations qui y sont constituées.

957. La reconnaissance de plein droit, évoquée par la Commission dans son Livre vert, doit permettre aux citoyens européens de se déplacer librement sur le territoire de l'Union sans prendre le risque de voir leur statut, constitué dans un État membre, être remis en cause. La reconnaissance demeure, ici encore, limitée aux seules relations intra-européennes.

958. La consécration de la méthode de la reconnaissance en matière de statut personnel mettrait un point final à la problématique des questions préalables. Il ne s'agirait alors plus de rechercher le rattachement le plus approprié à la question préalable mais simplement d'admettre, ou non, la validité d'une situation. Ce changement de méthode invite à réfléchir sur les conditions dans lesquelles la reconnaissance pourrait se faire.

Il est difficilement concevable que le statut personnel et familial d'un individu soit tributaire de considérations géographiques. Pour pallier cette difficulté, il conviendrait alors d'écarter la méthode conflictuelle, qui elle a vocation à présider la création d'une situation, et lui substituer,

⁹⁸⁵ Livre Vert, p. 14.

⁹⁸⁶ Livre Vert, p. 14.

en présence d'un rapport de droit déjà né sous l'empire d'un droit étranger, la méthode de la reconnaissance.

959. Cette dernière méthode permettrait ainsi d'accueillir, dans l'ordre juridique du for, un rapport de droit né au sein d'un ordre juridique étranger en dehors de l'intervention d'un jugement étatique et ce, sans que soit contrôlée la conformité dudit rapport à la loi désignée par la règle de conflit de lois du for.

CHAPITRE 2. LA CONSTRUCTION D'UNE METHODE DE RECONNAISSANCE DES SITUATIONS SOUS L'EMPIRE D'UN DROIT ETRANGER

960. La méthode de la reconnaissance vise à garantir la continuité d'une situation juridique, constituée au sein d'un ordre juridique étranger, malgré le franchissement des frontières. Il s'agira alors de déterminer si un jugement d'adoption ou de divorce rendu dans un État A pourra être pleinement reconnu dans un État B et y produire tous ses effets. Ces questions sont essentielles dès lors que les parties se sont légitimement fondées sur ces décisions qui ont créé, à leur égard, une situation juridique.

961. Lorsque la situation résulte d'un jugement, la question qui se pose est celle de savoir s'il convient ou non de laisser ledit jugement produire ses effets dans l'ordre juridique du for⁹⁸⁷.

962. Le jugement est alors soumis à un contrôle au terme duquel le juge décidera si oui ou non il entend reconnaître ce jugement et partant la situation qu'il consacre. Les conditions de ce contrôle ont été déterminées par la jurisprudence dans un arrêt *Münzer*⁹⁸⁸.

Selon cet arrêt, « *pour accorder l'exequatur, le juge français doit s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies, à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi* »⁹⁸⁹.

963. Puis, dans un arrêt *Simitch*⁹⁹⁰, la Cour de cassation a précisé la teneur de la condition relative à la compétence indirecte du juge étranger. Il ressort de cet arrêt que « *toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi, et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux* ». Le privilège de juridiction découlant de l'article 15 du Code

⁹⁸⁷ Selon P. MAYER et V. HEUZE, face à un jugement ayant déjà tranché une contestation relative à un rapport de droit déterminé, le juge se trouve confronté à une alternative : laisser la décision produire ses effets au sein de son ordre juridique ou s'y opposer, P. MAYER/ V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris 2014, p. 265, n°373.

⁹⁸⁸ Cassation, Civ. 7 janvier 1964, GAJDIP, 5^e édition, 2006, n°41, p. 357.

⁹⁸⁹ Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait exclu la possibilité, pour le juge français, de procéder à l'examen au fond du jugement étranger.

⁹⁹⁰ Cassation, Civ. 1, 6 février 1985, n° 83-11.241.

civil, lequel fondait une compétence exclusive des juridictions françaises dès lors que le défendeur était de nationalité française, a été supprimé par l'arrêt Prieur⁹⁹¹ aux termes duquel « *l'article 15 du Code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux* ».

964. Favorable à l'instauration d'un système de contrôle plus libéral⁹⁹², la jurisprudence a progressivement abandonné les critères de contrôle pouvant entraver la réception, en France, des jugements rendus à l'étranger.

965. Ainsi, dans un arrêt *Cornelissen*⁹⁹³, la Cour de cassation a définitivement renoncé à contrôler la loi appliquée par le juge étranger⁹⁹⁴. En conséquence, l'efficacité d'un jugement étranger et la reconnaissance, de manière indirecte, de la situation à laquelle il donne naissance, ne sera pas subordonnée au contrôle de la loi sous l'empire de laquelle le jugement est intervenu.

966. Jusqu'à un temps assez récent, la question de la reconnaissance, se posait à propos de situations résultant d'un jugement rendu par une juridiction étrangère. Pendant de longues années, l'effet des jugements étrangers est donc demeuré le domaine de prédilection de la méthode de la reconnaissance et, c'est sur ce terrain qu'elle a déployé tout son savoir-faire⁹⁹⁵. Au cours de ces dernières décennies cependant, la méthode de la reconnaissance est progressivement sortie de son lit naturel et a embrassé des situations qui s'étaient constituées sous l'empire d'une loi étrangère sans pour autant avoir fait l'objet d'un jugement.

⁹⁹¹ Cassation, Civ. 1, 23 mai 2006, n° 04-12.777.

⁹⁹² L. D'AVOUT, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Tr. Com. Fr. DIP*, 2014-2016, Pedone 2017, pp. 215-246.

⁹⁹³ Cassation, Civ. 1, 20 février 2007, n°05-14.082, *D.* 2007, p. 1115, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *D.* 2007, p. 891, note P. CHAUVIN ; *D.* 2007, p. 1751, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR-WATT ; *JCP G*, n°10, 7 mars 2007, act. 107, note C. BRUNEAU.

⁹⁹⁴ Une grande partie de la doctrine avait milité en faveur de la suppression du contrôle de la loi appliquée par le juge étranger. En ce sens, voir notamment, S. GRESSOT-LEGER, Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en exequatur ? *JDI* 2003, n°3 doct. 100023.

⁹⁹⁵ Voir P. MAYER, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, *in* Le droit international privé : esprits et méthodes, Mélanges en l'honneur du Professeur P. LAGARDE, Paris 2005, p. 547. La soumission de la question de l'efficacité d'un jugement étranger à la méthode du conflit de lois, c'est-à-dire exiger que l'autorité à l'origine de cette décision soit celle désignée par la règle de conflit de lois, ferait certainement obstacle à ce que ledit jugement produise dans le for tous ses effets, voir S. BOLLEE, L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale, *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 307, n°11.

967. A l'heure des grandes migrations et de l'ouverture des frontières, se prévaloir d'un acte public établi à l'étranger ne constitue plus un cas d'école. Certaines situations peuvent se constituer indépendamment de l'intervention d'un jugement étatique.

968. L'acte public est défini par le Professeur P. MAYER comme « *l'intervention d'un organe étatique, destinée à produire des effets juridiques de droit privé, mais ne prenant pas la forme d'une décision au sens strict, c'est-à-dire ne comportant pas l'affirmation expresse, pourvue d'une autorité propre, de l'existence d'un état de droit* »⁹⁹⁶.

969. C'est le cas notamment du mariage, dont la célébration est faite devant l'officier de l'état civil⁹⁹⁷, du partenariat enregistré⁹⁹⁸, du Pacte civil de solidarité, également conclu devant l'officier de l'état civil⁹⁹⁹, du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire introduit dans le droit français par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹⁰⁰⁰, de l'établissement de l'acte de naissance d'un enfant né dans le cadre d'un contrat de gestation pour autrui, de la reconnaissance de paternité ou encore de l'établissement du nom de famille. Ces actes sont exclusivement destinés à produire des effets de droit privé mais ne peuvent exister sans l'intervention préalable d'une autorité publique.

970. L'intervention de l'autorité dans la confection de la situation en cause peut se faire selon des degrés différents¹⁰⁰¹ mais contribuera néanmoins à cristalliser la situation dans un ordre

⁹⁹⁶ P. MAYER/ V. HEUZE, *Droit international privé*, 11^e éd. LGDJ 2014, p. 341, n°489.

⁹⁹⁷ Conformément aux dispositions de l'article 165 du Code civil. C'est également le cas dans un grand nombre d'Etats et notamment en Suisse (article 97 A du Code civil), en Belgique (article 166 du Code civil), en Italie (article 106 du *Codice Civile*), en Espagne (bien qu'il soit également possible de célébrer son union devant le tribunal d'arrondissement), en Allemagne (Article 1310 BGB), en Pologne, au Portugal (article 1057 du Code civil), au Luxembourg (article 165 du Code civil), aux Pays-Bas (article 1 :67 du Code civil). En Suède, la loi sur le mariage (Chapitre 4 § 2) prévoit que le mariage sera célébré devant un officier nommé à cet effet selon les conditions prévues par le § 3.

⁹⁹⁸ En Suisse, le partenariat est enregistré par l'officier de l'état civil conformément aux dispositions de l'article 7 de la loi fédérale de 2007 sur le partenariat enregistré.

⁹⁹⁹ Conformément aux dispositions de l'article 515-3 du Code civil.

¹⁰⁰⁰ Articles 229-1 et suivants du Code civil. Cet article prévoit que « Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374. Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4. Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire ».

¹⁰⁰¹ Sur la classification des actes voir, H. MOTULSKY, « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé », *TCFDIP* 1948-1952, p. 13 et s. ; Ch. PAMBOUKIS, « L'acte quasi public en droit international privé », *Rev. Crit. DIP* 1993, p. 565 ; Ch. PAMBOUKIS, *Les actes publics et la méthode de la reconnaissance in la Reconnaissance*

juridique déterminé. En effet, l'autorité peut jouer un rôle actif même si son intervention consiste simplement à recueillir la volonté des parties sans exercer sur celle-ci un contrôle étendu. Elle agit donc uniquement dans le cadre de sa fonction – son intervention est requise pour achever un acte ou un fait- mais elle ne demeure que le réceptacle de la volonté émise par les parties. La manifestation de la volonté des parties ne pourrait, à elle seule, fonder la création d'un statut.

971. Cette intervention peut être requise tant à des fins probatoires qu'à des fins d'opposabilité aux tiers. L'intervention de l'autorité publique permettra donc d'ancrer le rapport de droit en cause dans l'ordre juridique de l'autorité publique intervenante et de lui conférer toute son effectivité.

972. Considéré pendant très longtemps comme « *parent pauvre* » du droit international privé¹⁰⁰², les actes publics ont été appréhendés d'un seul point de vue formel dans le cadre de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. Dans son Traité de droit international privé¹⁰⁰³, le professeur J. P. NIBOYET avait tenté de ramener dans la lumière la question de la circulation et de l'efficacité internationale des actes émanant d'organes publics non juridictionnels forgeant, au passage, une nouvelle méthode fondée sur le conflit d'autorités. Qualifiée de « *complication inutile* » par H. BATIFFOL¹⁰⁰⁴, la théorie n'a pas vraiment séduit et la doctrine s'est, en réalité, peu préoccupée des actes publics étrangers avant que la question de leur efficacité ne revienne sur le devant de la scène.

973. Ces actes privés « *hybrides* »¹⁰⁰⁵, en ce qu'ils requièrent certes l'intervention d'une autorité mais sans que cette dernière ne produise de décision, ont fondé une nouvelle méthode de la reconnaissance.

des situations en droit international privé, Pedone 2013, p. 133. ; Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, LGDJ, 1993 ; Pour une typologie des actes en fonction du degré de l'intervention de l'autorité publique voir S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant 2017, p. 302, n°383.

¹⁰⁰² G. A. L. DROZ, La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Dalloz, 1972, n° 605.

¹⁰⁰³ J.P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, Tome III, Paris 1944, p. 284.

¹⁰⁰⁴ H. BATIFFOL, Préface à l'ouvrage de P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris 1973.

¹⁰⁰⁵ S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 307, n°4.

974. Cette méthode de la reconnaissance pourrait être particulièrement efficace pour assurer la continuité et la pérennité du statut personnel (Section 1) même si une autre solution, plus contemporaine se dessine avec l'entrée en vigueur récente des Règlements régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés (Section 2).

Section 1. La méthode de la reconnaissance des situations familiales au fondement des obligations alimentaires

975. Les situations juridiques sont caractérisées par une grande vulnérabilité¹⁰⁰⁶. Constituées dans un État étranger, sous l'empire d'un droit étranger, elles peuvent être remises en cause, notamment lorsque leur reconnaissance est sollicitée dans un État qui ne les admet pas ou les prohibe.

976. Nous l'avons vu, le Règlement Aliments supprime tous obstacles à la circulation des décisions rendues en matière alimentaire.

En revanche, les difficultés émergent de nouveau lorsque la juridiction doit statuer dans un contentieux alimentaire impliquant un rapport de famille méconnu ou prohibé par le for.

La non reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui et ses parents d'intention ou seulement l'un d'eux, peut emporter d'importantes conséquences notamment sur le plan patrimonial. Lorsque l'enfant a une filiation établie à l'égard d'un seul parent, on peut considérer que l'enfant se trouve soumis à l'autorité parentale de ce parent et aura également droit à un entretien.

977. *Quid*, dans ce cas, du second parent ?

978. A son égard, l'enfant sera traité comme l'enfant de son conjoint et non comme le sien. Il sera à son égard un simple beau parent. A titre d'exemple, en Suisse, sur le fondement de l'article 27 alinéa 1^{er} LPart¹⁰⁰⁷, le parent d'intention à l'égard duquel un lien de filiation n'est pas établi ou reconnu pourra être tenu d'un devoir de prise en charge lorsque les circonstances l'exigent.

¹⁰⁰⁶ P. LAGARDE, Sur la vulnérabilité des situations juridiques in V. HEUZE, R. LIBCHABER et P. de VAREILLES-SOMMIERES (dir.), Mélanges en l'honneur du Professeur P. MAYER, 2015, pp. 441-454.

¹⁰⁰⁷ Selon cet article, « lorsque l'un des partenaires a des enfants, l'autre est tenu de l'assister de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien et dans l'exercice de l'autorité parentale et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent. Les droits des parents sont garantis dans tous les cas ».

979. En effet, en principe, les beaux-parents, c'est-à-dire, le conjoint ou partenaire du parent juridique de l'enfant ne sont tenus, à l'égard de cet enfant, d'aucun devoir d'entretien. Cependant, tant l'article 278 al. 2 du Code civil que l'article 27 al. 1^{er} LPart mettent à la charge du conjoint ou du partenaire du parent un devoir d'entretien dans certains cas.

En premier lieu, il est subsidiaire c'est-à-dire qu'il incombe d'abord aux père et mère juridique de l'enfant. Le partenaire pourra être sollicité uniquement si son partenaire ne dispose pas des ressources financières nécessaires pour satisfaire les besoins essentiels de son enfant. Par ailleurs, l'enfant ne pourra engager aucune action en contribution à l'encontre de son beau-parent. Seul le parent juridique est créancier de cette obligation.

980. En second lieu, le devoir d'entretien ne dure que le temps du mariage ou du partenariat enregistré. En cas de désunion du couple, le devoir d'entretien s'éteint et le partenaire se trouve ainsi libéré de son obligation d'entretien. L'enfant risque dès lors de se trouver dans une situation financière précaire et, tant ce dernier que son parent juridique ne disposera de moyens d'action à l'encontre de l'ancien partenaire.

981. En France, l'enfant n'aurait, en principe droit à aucun aliment s'il n'existe pas de lien de filiation entre lui et le parent d'intention. Le droit français n'aménage aucune obligation alimentaire entre le conjoint ou le partenaire et l'enfant du conjoint ou du partenaire.

982. Dans le cas où seul le lien de filiation paternelle est reconnu par l'ordre juridique du for, l'enfant ne pourra alors prétendre à des aliments que sur le seul fondement de ce lien. Seul le père de l'enfant sera tenu d'une obligation alimentaire à son égard et l'enfant ne pourra donc prétendre à des aliments que sur le seul fondement de ce lien. Même dans le cas où l'enfant vit de manière effective avec ses deux parents, celui des deux parents dont le lien de filiation n'aura pas été reconnu ne pourra être tenu d'une obligation alimentaire à l'égard de son enfant. De la même manière, l'enfant, arrivé à l'âge adulte, pourra tout à fait se libérer de l'obligation alimentaire que met à sa charge l'article 205 du Code civil¹⁰⁰⁸. Pour ce faire, il pourra alors invoquer l'absence de lien de filiation à l'égard de sa mère d'intention.

983. La désunion éventuelle du couple apportera également son lot de difficultés. Dans ce cas, aucun des parents ne pourra être débiteur d'une obligation alimentaire à l'égard de l'enfant. Ce

¹⁰⁰⁸ En vertu duquel, « les enfants doivent des aliments à leur père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin ».

dernier ne pourra, s'il se trouve dans une situation matérielle précaire, contraindre ses parents au paiement d'une contribution.

L'enfant, en revanche, considéré comme l'enfant des deux parents d'intention pourra éventuellement exercer une action alimentaire dans l'Etat où la situation a été constituée mais les liens de rattachement sont si ténus qu'une telle décision aura certainement peu de chances d'être reconnue et exécutée en France.

984. Prenons le cas d'un couple, dont le père est de nationalité française et la mère de nationalité italienne, résidant habituellement en France. Désireux d'avoir un enfant, le couple se rend en Californie où ils concluent une convention de gestation pour autrui. Peu de temps après la naissance de l'enfant et le retour de la famille en France et avant même que la mère n'ait pu revendiquer son lien de filiation à l'égard de l'enfant, cette dernière abandonne homme et enfant et retourne vivre en Italie. Le père saisit alors les juridictions françaises et sollicite la condamnation de la mère au versement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Si elle entend se délier de son obligation, la débitrice pourrait contester l'existence d'un lien de filiation entre elle et l'enfant.

985. D'essence libérale¹⁰⁰⁹, la méthode de la reconnaissance des situations (A) est venue bouleverser les mœurs d'une matière aussi sensible que le droit international privé de la famille et des auteurs ont tenté d'en dégager les conditions (B).

A. La méthode de la reconnaissance

986. A l'origine, la question de l'admission au sein de l'ordre juridique du for des situations constituées à l'étranger avait été appréhendée par la théorie des droits acquis. Cette méthode était alors apparue, à l'origine, comme une méthode permettant d'assurer la continuité internationale des situations juridiques mais les critiques objectées à son égard ont conduit à son rejet (1) laissant émerger la méthode de la reconnaissance (2).

¹⁰⁰⁹ P. KINSCH, L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in P. LAGARDE (dir.), La reconnaissance des situations en droit international privé, Pédone, 2013, p. 113.

1. Les antécédents : la théorie des droits acquis

987. Forcée au XVIIIe siècle par l'école hollandaise des statuts, la théorie des droits acquis a été conçue sur le fondement du principe de la territorialité des lois et de la souveraineté des Etats. Ulrich HUBER, représentant de l'école hollandaise, avait construit la théorie des droits acquis autour de trois axiomes¹⁰¹⁰. En premier lieu, selon auteur, chaque État, souverain et indépendant, applique sa propre loi au sein de son ordre juridique et à l'égard de ses sujets, celle-ci n'ayant aucune autorité par-delà les frontières. Sont considérés comme sujet d'un État et relève ainsi de son autorité toute personne dont la résidence, temporaire ou permanente, se trouve à l'intérieur des frontières étatiques. Suivant ces deux premiers axiomes, seul l'État étranger a la possibilité de donner effet juridique à une situation survenant sur son territoire et, cette dernière échappe à toute emprise du droit du for.

988. Toutefois, selon le dernier postulat développé par U. HUBER, les États, agissant par courtoisie internationale, sont tenus de respecter les droits acquis par tout individus sur le territoire d'un autre État. Ainsi, lorsqu'un État applique sa loi au sein de son propre ordre juridique, celle-ci doit pouvoir conserver son effet dans tous les autres ordres juridiques sous réserve, cependant, de l'atteinte éventuelle aux droits d'un autre État souverain. Ce serait donc en vertu du principe de la courtoisie internationale que les lois d'un État pourraient jouir d'un effet extraterritorial¹⁰¹¹. Le juge du for n'applique pas un droit qui lui est totalement étranger mais se contente simplement de consacrer l'effectivité d'une situation née sous l'empire d'un droit étranger et permet ainsi à des individus de ne pas voir leur statut et leurs droits remis en cause.

989. La théorie fut ensuite accueillie par les Anglo-Saxons puis développée par Albert DICEY¹⁰¹² lequel dégagea un premier principe¹⁰¹³ selon lequel tout droit dûment acquis sous l'empire de la

¹⁰¹⁰ R. D. CARSWELL, « The Doctrine of Vested Rights in Private International Law », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 8, Avril 1959, pp. 268-288 ; P. ARMINJON, La notion des droits acquis en droit international privé, *RCADI*, Vol. 44, 1933, p. 103.

¹⁰¹¹ Ainsi, selon U. HUBER, « Toute opération, tout acte judiciaire ou extrajudiciaire soit entre vifs, soit pour cause de mort, valable ou nul suivant la loi du lieu où il a été accompli, sera valable ou nul partout, quelle que soit la loi du lieu où il est invoqué (...) », P. ARMINJON, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰¹² Lequel fut influencé par les travaux de J. STORY exposés dans son ouvrage *Commentaries on the Conflicts of Laws, Foreign and Domestic*, 1834. Pour un exposé de la doctrine de DICEY, voir P. ARMINJON, *op. cit.* p. 108.

¹⁰¹³ La pensée de A. V. DICEY a été construite autour de cinq principes développés dans son ouvrage *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws*, 1908, p. 23 et s.

loi d'un pays civilisé est reconnu en général et exécuté devant les juridictions anglaises¹⁰¹⁴. Selon DICEY, la question de savoir si un droit a été régulièrement acquis doit être résolue conformément à la législation sous l'empire de laquelle le droit en cause a été acquis / qui a présidé à l'acquisition du droit en cause¹⁰¹⁵.

En France, la théorie fut développée puis défendue par Antoine PILLET¹⁰¹⁶ au début du XX^e siècle. Selon cet auteur, « *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* »¹⁰¹⁷. Fondée sur l'harmonie internationale des solutions, la théorie des droits acquis apparaît donc comme un remède efficace au risque de contrariété dans le statut personnel des individus. Cette théorie ne peut s'appliquer que lorsque l'on se trouve d'un droit régulièrement acquis au sein d'un ordre juridique étranger.

990. Dans sa doctrine, PILLET distingue non seulement la théorie des droits acquis du conflit de lois mais les exclut l'une de l'autre¹⁰¹⁸. Si le conflit de lois permet de déterminer la loi compétente pour régir un rapport de droit à naître, la théorie des droits acquis vise, quant à elle, à garantir la reconnaissance de droits déjà nés¹⁰¹⁹. La méthode conflictuelle présiderait ainsi à la création d'un rapport de droit en déterminant la loi applicable à ce dernier alors que la théorie des droits acquis viendrait simplement constater et reconnaître l'existence d'un droit déjà né et lui conférerait alors toute son effectivité dans l'ordre juridique du for. Ces deux méthodes seraient donc exclusives l'une de l'autre et totalement indépendantes. A cet égard, PILLET écrivait qu'il « *faut maintenant insister sur ce point que les questions relatives à l'effet international des droits acquis sont entièrement indépendantes des conflits que les rapports de droit peuvent susciter, et existeront même parfois dans des hypothèses où il n'y a jamais eu, où il n'y aura jamais trace de conflit* »¹⁰²⁰.

991. La théorie des droits acquis telle que développée par DICEY puis par PILLET, bien que séduisante à certains égards, a fait l'objet de critiques si vives qu'elles ont définitivement sonné

¹⁰¹⁴ « Any right which has been duly acquired under the law of any civilised country is recognised, and in general enforced by English Courts (...) », A. V. DICEY, op. cit., p. 23.

¹⁰¹⁵ « The nature of a right acquired under the law of any civilised country must be determined in accordance with the law under which the right is acquired », A.V. DICEY, op. cit., p. 58.

¹⁰¹⁶ A. PILLET, La théorie générale des droits acquis, *RCADI*, vol. 8, 1925, p. 492.

¹⁰¹⁷ A. PILLET, op. cit., p. 492.

¹⁰¹⁸ A. PILLET, Principes de droit international privé, 1903, p. 497, n°274.

¹⁰¹⁹ A. PILLET, op. cit., p. 497, n° 274 et s.

¹⁰²⁰ A. PILLET, op. cit., p. 500, n° 277.

le glas des droits acquis, ne leur laissant aucune chance¹⁰²¹. L'incapacité de la théorie des droits acquis de se distinguer clairement de la méthode conflictuelle a été pointé du doigt par de très nombreux auteurs. Savigny fut l'un des premiers à exposer cette faiblesse des droits acquis. Selon cet auteur, le postulat selon lequel « on doit toujours appliquer le droit local qui maintient les droits bien acquis » n'est qu'une pétition de principe, car « pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il faut d'abord savoir d'après quel droit local nous devons juger leur acquisition »¹⁰²². En effet, pour savoir si un droit a été régulièrement acquis, il convient d'identifier la loi qui a présidé à sa création. Une telle désignation ne peut être effectuée que par la mise en œuvre de la règle de conflit de lois du for. Ainsi, loin de se distinguer et d'être autonomes l'une de l'autre, droits acquis et règle de conflit de lois s'enchevêtrent, la seconde étant un nécessaire à l'accomplissement de la première¹⁰²³.

992. Prenons ainsi l'exemple d'un partenariat enregistré célébré à l'étranger et dont la reconnaissance est sollicitée dans l'ordre juridique du for. Pour apprécier la validité de ce partenariat enregistré, l'autorité saisie devra donc mettre en œuvre la règle de conflit de lois afin d'identifier la loi applicable aux conditions de validité du partenariat enregistré. Le même raisonnement devra être suivi si l'on se trouve en présence d'un mariage célébré au sein d'un ordre juridique étranger. La validité de l'union dont la reconnaissance est sollicitée sera donc appréciée au regard de la loi désignée par la règle de conflit de lois. En conséquence, affirmer, sur le fondement des droits acquis, qu'un partenariat enregistré, un mariage ou tout autre rapport de droit né à l'étranger sera reconnu, semble constituer un non-sens dès lors qu'une telle reconnaissance nécessite que soit mise en œuvre la règle de conflit de lois. P. ARMINJON avait, de manière extrêmement vive, critiqué les thèses développées par DICEY et PILLET enterrant la théorie six pieds sous terre¹⁰²⁴.

¹⁰²¹ Cette mort prématurée résonne avec les mots d'A. PILLET selon lequel « une méthode nouvelle a besoin de se justifier dix fois pour acquérir droit de cité (...) », A. PILLET, *op. cit.*, p. 497, n° 274.

¹⁰²² M. F. C. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, 1855-1860, 2^e éd., Tome VIII, p. 131.

¹⁰²³ H. MUIR-WATT, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Rev. Crit. DIP* 1986, p. 425. Selon cette auteure, le vice logique affectant tant le système proposé par A. V. DICEY que par A. PILLET, « résultait du fait que dans les deux cas, la reconnaissance de ces droits était subordonnée à leur régularité au regard de la règle de conflit du juge saisi », *op. cit.*, p. 433.

¹⁰²⁴ Selon ARMINJON, « Le respect des droits internationalement acquis est un de ces pseudo-principes, on dirait mieux une de ces pétitions de principe, que l'on présente comme la clef de toutes les difficultés et qui ne font que poser sous une forme obscure, souvent même décevante, le problème à résoudre », P. ARMINJON, *op. cit.*, p. 103.

993. Selon PILLET, un « *droit régulièrement acquis* » doit être entendu comme un « droit constitué suivant les conditions légales de son existence (...) poussé un tel point qu'il peut produire son effet » ou avoir pu le produire « *sur l'aire nationale* »¹⁰²⁵.

994. PILLET avait balayé d'un revers de la main la difficulté fondant l'objection formulée à l'égard de sa doctrine dès lors qu'il existait, de son point de vue, très peu de divergences entre les législations des différents États¹⁰²⁶. L'identité presque parfaite des droits matériels au sein de la communauté des États rendait donc inutile la détermination de la loi applicable au rapport de droit en cause et dénuait l'objection formulée à l'encontre de cette théorie de tout fondement et de toute pertinence.

995. Deux objections peuvent être ici formulées. En premier lieu, pour apprécier la validité d'un rapport de droit, il convient, au préalable, d'identifier la loi applicable. Pour reprendre les propos du Professeur P. MAYER, les droits subjectifs ne sont pas des « *réalités naturelles mais le produit du droit objectif* »¹⁰²⁷. Il en ressort que pour apprécier la validité d'un droit subjectif, il faut, au préalable identifier le droit objectif qui a présidé à sa création. L'appréciation de la validité d'un mariage, d'un partenariat enregistré, d'une union civile ou encore d'une adoption ne peut se faire qu'au regard de la loi de l'État au sein duquel le rapport de droit est né. Appréhender la théorie des droits acquis en excluant totalement la règle de conflit de lois peut donc paraître insensé¹⁰²⁸.

996. Ainsi, le formalisme attaché au mariage soulève un problème de conflit de lois réglé par la règle *locus regit actum*. C'est ainsi que, se fondant sur ce principe, les dispositions de l'article 171-1 du Code civil ont consacré la compétence de la *lex loci celebrationis* en disposant que « *le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que*

¹⁰²⁵ A. PILLET, « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, vol. 8, 1925, p. 496.

¹⁰²⁶ Ainsi, selon cet auteur, « Bien qu'il existe d'un pays à l'autre des différences touchant les principes du droit international privé, ici et là beaucoup de règles sont communes, principalement parmi les plus importantes de toutes, 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 », A. PILLET op. cit., p. 498.

¹⁰²⁷ P. MAYER, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE, Le droit international privé - esprits et méthodes, Dalloz 2005, p. 547 et spécifiquement p. 546.

¹⁰²⁸ Ainsi que l'ont relevé les professeurs G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE et M.-L. NIBOYET selon lesquels, exclure la règle de conflit de loi de la théorie des droits acquis conduirait à l'instauration d'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* », *Droit international privé*, LGDJ, 5^e édition, 2011, p. 134, n°168.

le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre »¹⁰²⁹. L'on voit mal comment on pourrait conférer la qualité d'époux à deux personnes sans s'assurer, au préalable, si cette qualité a bien été acquise.

997. En second lieu, selon PILLET, l'existence d'une communauté de droits entre les États rendrait inutile la détermination de la loi applicable à la question de la régularité d'un rapport de droit. Il existerait donc au sein des États, une unité des règles de droit matériel et des règles de conflit de lois qui fonderait la reconnaissance des droits acquis. A ce propos d'ailleurs, selon le Professeur E. PATAUT, « toute théorie des droits acquis suppose en effet, sous une forme ou sous une autre, l'existence d'une communauté de vue entre l'État d'origine et l'État d'accueil »¹⁰³⁰. En effet, la soumission de l'ensemble des États à un système de droit commun et uniforme ferait d'une formalité la reconnaissance de droits acquis au sein d'un ordre juridique étranger et ne soulèverait aucune difficulté particulière. Or, une telle communauté de droit n'existait pas à l'époque des écrits de PILLET et, elle n'est toujours pas réalisée à ce jour. Il n'existe pas, tant au sein de l'Union européenne qu'à l'extérieure de ses frontières, d'unité des législations matérielles ou conflictuelles.

998. Bien au contraire, de grandes divergences de législations notamment en matière familiale peuvent être constatées au sein de la communauté européenne même si elles tendent progressivement à s'estomper. Nous avons précédemment évoqué la question du mariage entre personnes de même sexe qui jouit d'un traitement différent selon les ordres juridiques. Si un nombre toujours plus croissant d'États autorisent le mariage entre personnes de même, d'autres le prohibent¹⁰³¹. Si certains admettent qu'un mariage entre personnes de même sexe célébré à

¹⁰²⁹ Par ailleurs, la *lex loci celebrationis* a également été consacré en Allemagne (articles 11(1) EGBGB), en Espagne (article 49 du Code civil selon lequel « *A Spaniard may marry inside or outside of Spain (...) according to the form provided in the law of the place of the marriage ceremony* »), en Italie (article 28 de la loi n°218/1995 du 31 mi 1995 selon lequel « *Le mariage est valable, quant à la forme, s'il est considéré comme tel par la loi du lieu de célébration ou par la loi nationale d'au moins l'un des époux au moment de la célébration ou par la loi de l'état de la résidence commune à ce moment* »), en Angleterre ou encore en Slovénie.

¹⁰³⁰ E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP* 2006-2008, Pedone 2009, p. 74.

¹⁰³¹ C'est notamment le cas de la Roumanie, de la Bulgarie, de la Pologne, de la Hongrie (article L de la Constitution), de la Croatie (une réforme constitutionnelle du 1^{er} décembre 2013 engagée suite à un référendum a permis de modifier l'article 61 de la Constitution croate qui dispose dorénavant que le mariage est une union entre un homme et une femme) ou encore de la Lituanie. Dans le reste du monde, le mariage entre personnes de même sexe est prohibé dans un grand nombre d'États parmi lesquels Le Chili, Cuba, le Honduras (qui a inscrit cette interdiction à l'article 112 de sa Constitution en vertu duquel les mariages et unions de fait entre personnes de même sexe sont prohibées), le Panama, le Viet Nam, la Thaïlande ou encore la Chine.

l'étranger peut néanmoins être reconnu et produire des effets dans l'ordre juridique du for¹⁰³², d'autres excluent toute reconnaissance jugeant ces mariages nuls¹⁰³³.

999. De la même manière, en matière de procréation médicalement assistée, il existe au sein de la communauté des États de grandes divergences de législations.

La matière familiale concentre d'importantes disparités tant au niveau des règles de droit matériel que des règles de conflits de lois rendant la théorie développée par PILLET difficilement applicable.

1000. En raison des nombreuses objections formulées à son égard, la théorie des droits acquis a joui d'une mauvaise réputation et n'a pu prospérer¹⁰³⁴. La méthode conflictuelle a alors pu assoir toute sa domination avant que la question de la reconnaissance de situations constituées à l'étranger ne revienne hanter les théoriciens.

2. La méthode de la reconnaissance : une méthode contemporaine détachée de la théorie des droits acquis

1001. La méthode de la reconnaissance des situations est marquée par un caractère libéral dès lors qu'elle permet à une situation constituée en vertu d'un droit étranger de produire ses effets dans l'ordre juridique du for sans contrôler, au préalable, le respect du facteur de rattachement de la règle de conflit de lois du for.

En d'autres termes, lorsque la situation s'est valablement constituée sous l'empire d'un droit étranger, l'ordre juridique requis renonce à faire application de sa propre règle de conflit de lois pour apprécier la validité de la situation au regard de la loi qui a présidé à sa création. La reconnaissance des situations suppose que soient appréhendées de manière relativement souple les conditions tenant au lien de rattachement significatif à l'ordre juridique étranger.

¹⁰³² C'est notamment le cas de la Suisse en vertu de l'article 45 LDIP selon lequel : « Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré ».

¹⁰³³ C'est notamment le cas de la Roumanie (article 277 § 4 du Code civil) ou encore du Honduras (dont l'article 112 de la Constitution dispose que « *Marriages or de facto unions between persons of the same sex that are celebrated or recognized under the laws of other countries shall not be valid in Honduras* »).

¹⁰³⁴ P. MAYER, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE : Le droit international privé - esprits et méthodes, Dalloz 2005, p. 547.

1002. Ainsi, au sein de l'ordre juridique requis, l'application de la règle de conflit de lois est alors écartée¹⁰³⁵. Il s'agit ici du « *trait caractéristique de la méthode de la reconnaissance* »¹⁰³⁶. Ainsi, un mariage valablement célébré au sein d'un ordre juridique étranger devra être reconnu en France même si au regard de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for, ce mariage ne serait pas valide.

1003. Contrairement à la théorie des droits acquis, qui entendait traiter la reconnaissance d'un droit acquis en dehors de toute vérification de la conformité de la situation au regard de la loi désignée par la règle de conflit de lois, la méthode de la reconnaissance, elle, implique que la validité du rapport de droit en cause soit appréciée au regard de la loi applicable.

1004. Reconnaissance des décisions et reconnaissance des situations sont deux mécanismes que la doctrine a pris soin de distinguer¹⁰³⁷ et qui, dès lors, n'obéiraient pas aux mêmes conditions. Ainsi, pour le Professeur P. MAYER, la méthode de la reconnaissance des situations se situe « *sur l'autre versant du droit international privé que la méthode de la reconnaissance des décisions* » et adopterait certains de ses traits¹⁰³⁸.

1005. Si la méthode de la reconnaissance a été le sujet de nombreux écrits en doctrine, elle n'a, en revanche, pas fait l'objet d'une consécration unanime. La substitution de la méthode de la reconnaissance à la méthode conflictuelle dans un domaine aussi sensible que celui de la réception, dans l'ordre interne, des situations personnelles et familiales, sans être généralement acquise, « *s'implante de manière progressive, à travers des applications (...) de moins en moins isolées* »¹⁰³⁹. A titre d'exemple, dans le cadre du droit de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que le refus de reconnaissance, par l'État requis, du nom tel qu'il a été établi dans l'État d'origine constitue une entrave à la libre circulation des personnes¹⁰⁴⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a également été saisie de la question

¹⁰³⁵ P. LAGARDE, Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés, *in* La reconnaissance en droit international privé, Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, Paris 2019, pp. 19-25.

¹⁰³⁶ P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰³⁷ P. MAYER, *op. cit.*, p. 560, n°26, pour qui, « Lorsqu'elle n'a pas pour objet une décision étrangère, la méthode de la reconnaissance ne peut être que l'une des méthodes de résolution du conflit de lois (...) ». Selon cet auteur, la situation ne peut résulter que d'un jugement ou d'une règle et dans ce dernier cas, il convient alors de déterminer parmi les divers ordres juridiques celui auquel appartient la règle.

¹⁰³⁸ P. MAYER, *op. cit.*, p. 560, n°26.

¹⁰³⁹ S. BOLLEE, Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales, *in* P. LAGARDE (dir.), La reconnaissance des situations en droit international privé, Pédone, 2013, p. 113.

¹⁰⁴⁰ CJCE 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello c. Belgique*, RTD civ. 2004, p. 62, note J. HAUSER ; Rev. crit. DIP 2004, p. 184, note P. LAGARDE ; JDI 2004, p. 582, note M. LUBY ; RTD eur. 2004, p. 559, note

de la reconnaissance, par l'État requis, de situations familiales et personnelles créées au sein d'un ordre juridique étranger. En matière d'adoption¹⁰⁴¹ et de gestation pour autrui¹⁰⁴², elle a ainsi décidé que le refus, par l'ordre juridique requis, de reconnaître une adoption valablement prononcée à l'étranger est constitutive d'une ingérence injustifiée dans le droit à la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention.

1006. La Cour de justice de l'Union européenne a également contribué à façonner cette méthode.

1007. Dans l'arrêt *Coman*¹⁰⁴³, la Cour de justice semble être sensible à l'évolution importante que connaît l'institution du mariage dans de nombreux États membres. Pour autant, sa solution ne saurait être interprétée comme une ingérence dans le droit national.

1008. Si, ainsi qu'elle le rappelle au paragraphe 37 de l'arrêt, « *l'état des personnes dont relèvent les règles relatives au mariage, est une matière relevant de la compétence des États membres* » sans que l'Union européenne n'y porte atteinte, elle juge également qu'il appartient aux États membres « *dans l'exercice de cette compétence* » de respecter le droit de l'Union « *et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres* »¹⁰⁴⁴.

ILIOPOULOU ; CJCE 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*, Rev. crit. DIP 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; CJUE 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, RTD civ. 2011, p. 571, note E. PATAUT ; JDI 2011, p. 639, note J. HEYMANN ; CJUE 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Runevic-Vardyn* ; CJUE 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, Rev. crit. DIP 2017, p. 278, note L. RASS-MASSON ; CJUE 8 juin 2017, aff. C-541/15, *Freitag*, Rev. crit. DIP 2017, p. 549, note P. HAMMJE.

¹⁰⁴¹ CEDH 28 juin 2007, req. n° 76240/01, *Wagner c. Luxembourg*, Rev. crit. DIP 2007, p. 807, note P. KINSCH, note L. D'AVOUT ; D. 2007, p. 2700, note F. MARCHARDIER ; CEDH 3 mai 2011, req. n° 56759/08, *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, Rev. crit. DIP 2011, p. 817, note P. KINSCH.

¹⁰⁴² CEDH 26 juin 2014, req. n° 65192/11, *Menesson c. France*, D. 2014, p. 1797, note Fr. CHENEDE, *Id.*, p. 1806, note L. D'AVOUT ; *AJ Famille* 2014, p. 499, obs. B. HAFTTEL ; CEDH 26 juin 2014, req. n° 65941/11, *Labassée c. France*, D. 2014, p. 1797, note Fr. CHENEDE, *Id.*, p. 1806, note L. D'AVOUT ; *AJ Famille* 2014, p. 499, obs. B. HAFTTEL.

¹⁰⁴³ CJUE 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman*, Rev. crit. DIP 2018, p. 816, note P. HAMMJE ; *AJ Famille* 2018, p. 404, obs. G. KESSLER ; RTD civ. 2018, p. 858, obs. L. USUNIER ; D. 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON et A. PANET ; RTD eur. 2018, p. 673, obs. E. PATAUT. Dans un arrêt *Coman*, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que « *dans une situation dans laquelle un citoyen de l'Union a fait usage de sa liberté de circulation, en se rendant et en séjournant de manière effective (...) dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, et a développé ou consolidé à cette occasion une vie de famille avec un ressortissant d'un État tiers de même sexe, auquel il s'est uni par un mariage légalement conclu dans l'État membre d'accueil, l'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que les autorités compétentes de l'État membre dont le citoyen de l'Union a la nationalité refusent d'accorder un droit de séjour sur le territoire de cet État membre audit ressortissant, au motif que le droit dudit État membre ne prévoit pas le mariage entre personnes de même sexe* ».

¹⁰⁴⁴ CJUE, *Coman*, préc. pt. 38.

1009. Pour certains, la Cour a consacré un principe général de reconnaissance des situations familiales constituées dans un autre État membre¹⁰⁴⁵. Pour d'autres, au contraire, la circonscription de la reconnaissance aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé témoigne avant tout de la volonté de la Cour de ne pas consacrer un principe de reconnaissance pleine et entière du mariage célébré ou contracté, dans un État membre, entre deux personnes de même sexe.

1010. Nous partageons cependant l'avis du Professeur KESSLER. Dans l'arrêt *Coman*, la Cour de justice décide que l'obligation, pour un État membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage dans ce premier État membre laquelle est définie par le droit national et relève (...) de la compétence des États membres.

1011. Elle ajoute que cette obligation demeure limitée à l'obligation de reconnaître de tels mariages, conclus dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, et cela aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union. Il ne s'agit donc plus de reconnaître le mariage conclu entre deux personnes de même sexe aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé mais bien d'admettre l'existence et la validité de cette union chaque fois qu'un citoyen européen exerce une liberté ou un droit dont il jouit en vertu du droit de l'Union européenne.

1012. Finalement, l'arrêt *Coman* semble admettre un principe de reconnaissance des situations valablement créées dans un autre État membre chaque fois qu'une personne, ressortissante d'un État membre, entend exercer un droit ou une liberté qu'elle tire du droit de l'Union.

1013. Indépendamment de la lecture que l'on peut faire de cet arrêt, il n'en reste pas moins qu'il constitue une avancée considérable. En effet, dans les années 1980, la Cour de justice, alors sollicitée pour se prononcer sur la notion de « conjoint »¹⁰⁴⁶, avait rappelé que l'interprétation

¹⁰⁴⁵ G. KESSLER, « La consécration par la CJUE du droit de séjour du conjoint de même sexe du citoyen européen : un pas supplémentaire vers la libre circulation des situations familiales au sein de l'Union européenne ? » *JDI* janvier 2019, n°1, doct. 2. De manière plus générale, voir A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI* 2009, vol. 341, p. 359-360, n° 221, Pour qui, il existerait entre les pays de la Communauté des États européens, un « principe de réception » des situations familiales étrangères.

¹⁰⁴⁶ CJCE, 17 avril 1986, aff. 59/85, *Reed*.

qu'elle donne d'une disposition figurant dans un règlement¹⁰⁴⁷ a des conséquences dans tous les États membres.

1014. En conséquence, selon la Cour, « *une interprétation de notions juridiques fondées sur l'évolution de la société doit se faire par un examen de la situation dans l'ensemble de la Communauté, et non pas de celle d'un seul État membre* »¹⁰⁴⁸. Elle avait alors conclu que le « *partenaire ayant une relation stable avec un travailleur ressortissant d'un État membre employé sur le territoire d'un autre État membre doit être assimilé sous certaines conditions au « conjoint » visé par cette disposition* »¹⁰⁴⁹. En matière de mariage entre personnes de même sexe, un tel raisonnement aurait conduit à exclure du champ d'application de la directive 2004/38/CE¹⁰⁵⁰, dont il était question dans l'arrêt *Coman*, le conjoint de même sexe.

1015. L'arrêt *Coman*, présenté comme une exception, pourrait, en réalité, devenir le principe dès lors que la Cour de justice impose une obligation de reconnaissance lorsque se trouvent en jeu les droits et libertés reconnus aux ressortissants de l'Union européenne¹⁰⁵¹.

1016. La Cour semble ici avoir consacré une obligation générale, pour les États membres, de reconnaître les situations personnelles et familiales valablement constituées au sein d'un autre État membre.

1017. Peu de temps après l'arrêt *Coman*, la Cour de justice de l'Union européenne a été confrontée à la question de savoir si l'État membre, dont un enfant mineur est le ressortissant, est tenu de délivrer, à ce dernier, un acte de naissance sur lequel deux femmes sont mentionnées en qualité de mères alors même que ledit État membre ne reconnaît ni le mariage ni la coparentalité entre personnes de même sexe¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁷ En l'espèce, le règlement no 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

¹⁰⁴⁸ CJCE, *Reed*, pt. 13.

¹⁰⁴⁹ CJCE, *Reed*, pt. 16.

¹⁰⁵⁰ Directive 2004/38/ce du parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) no 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE.

¹⁰⁵¹ H. FULCHIRON / A. PANET, *op. cit.*

¹⁰⁵² CJUE, Gde Ch., 14 décembre 2021, aff. C490/20, D. 2022, p. 565, note H. FULCHIRON.

1018. L'espèce concernait deux femmes, la première de nationalité bulgare et la seconde de nationalité britannique, mariées et résidant habituellement en Espagne. A la fin de l'année 2019, elles deviennent parents d'un enfant, née en Espagne, avec laquelle elles résident. Les autorités espagnoles délivrent aux parents un acte de naissance mentionnant la femme de nationalité bulgare comme « mère A » et son épouse comme « mère » de l'enfant. La ressortissante bulgare sollicite alors auprès de la commune de Sofia l'établissement d'un acte de naissance, nécessaire pour demander la délivrance d'un document d'identité bulgare. La commune de Sofia enjoint au parent ressortissant bulgare de fournir des preuves relatives à la filiation de l'enfant et notamment l'identité de sa mère biologique.

1019. La commune de Sofia précise, par ailleurs, que le modèle d'acte de naissance en vigueur en Bulgarie, ne prévoit qu'une seule case pour la « mère » une autre pour le « père » un seul nom pouvant y être inscrit. La mère de l'enfant refuse de fournir ces informations. La commune de Sofia rejette en conséquence la demande de la mère de l'enfant en se fondant, d'une part, sur le manque d'informations relatives à la filiation de l'enfant et, sur le fait, d'autre part, que la mention dans un acte de naissance de deux parents de sexe féminin était contraire à l'ordre public bulgare lequel n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe. La mère de l'enfant forme alors un recours contre cette décision devant le Tribunal administratif de la commune de Sofia (*Administrativen sad Sofia-grad*). Cette dernière décide alors de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de plusieurs questions préjudicielles notamment celle de savoir si le refus, opposé par les autorités bulgares, d'enregistrer la naissance d'un ressortissant bulgare et de délivrer son acte de naissance aux motifs que ce dernier mentionne deux mères porte atteinte aux articles 20 et 21 TFUE, ainsi qu'aux articles 7, 24 et 45 de la Charte. En effet, la délivrance d'un acte de naissance est un préalable nécessaire à l'établissement d'un document d'identité pour l'enfant. Le refus des autorités bulgares serait donc susceptible d'entraver l'exercice, par l'enfant, de sa liberté de circulation. En effet, le Tribunal administratif a admis que l'enfant jouissait bien de la nationalité bulgare même si les autorités bulgares ne lui avaient pas délivré un acte de naissance.

1020. A l'instar du gouvernement roumain dans l'arrêt *Coman*, le gouvernement bulgare avait soutenu, dans le cas *Pancharevo*, que « le refus de la part des autorités est motivé, pour l'essentiel, par le fait que le droit bulgare ne permet pas d'inscrire deux mères en tant que parents d'un enfant sur un acte de naissance ». Le gouvernement avait fondé l'impossibilité d'inscrire deux personnes de même sexe en qualité de parents d'un enfant sur la conception

traditionnelle de la famille, qui prévaut en Bulgarie, et qui constitue une valeur protégée au titre de l'identité nationale au sens de l'article 4 paragraphe 2 TFUE¹⁰⁵³.

1021. Se fondant sur une approche fonctionnelle de la reconnaissance, sur laquelle elle s'était déjà appuyée dans l'arrêt *Coman*, la Cour de justice décide que les règles de droit de l'Union européenne concernées par l'espèce « *doivent être interprétés en ce sens que, s'agissant d'un enfant mineur, citoyen mineur, dont l'acte de naissance délivré par les autorités compétentes de l'État membre d'accueil désigne comme ses parents deux personnes de même sexe, l'État membre dont cet enfant est ressortissant est obligé, d'une part, de lui délivrer une carte d'identité ou un passeport, sans requérir l'établissement préalable d'un acte de naissance par ses autorités nationales, ainsi que, d'autre part, de reconnaître, à l'instar de tout autre État membre, le document émanant de l'État membre d'accueil permettant audit enfant d'exercer, avec chacune de ces deux personnes, son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres* »¹⁰⁵⁴.

1022. La Cour de justice a pris soin, ici, de circonscrire la reconnaissance de la filiation aux seules fins de permettre au ressortissant mineur d'un État membre d'exercer sans entrave, avec chacun de ses deux parents, son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

1023. La reconnaissance est alors appréhendée dans une dimension fonctionnelle en ce sens qu'elle permet uniquement d'assurer l'exercice, par les citoyens de l'Union européenne, de leurs droits et libertés tels que garantis par le droit de l'Union. Il en ressort qu'un État ne peut donc refuser de reconnaître une situation valablement constituée sur le territoire d'un autre État membre si ce refus entrave l'exercice, par ce citoyen, de ses droits et libertés.

1024. La Cour de justice persiste et signe. Elle avait déjà, dans son arrêt *Coman*, enjoint aux États membres de reconnaître un mariage conclu entre personnes de même sexe chaque fois que se trouvait en jeu un droit ou une liberté dont pouvait jouir un citoyen en vertu de l'Union européenne¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵³ Conclusions de l'avocate générale J. KOKOTT, 15 avr. 2021, pt. 2.

¹⁰⁵⁴ CJUE, *Pancharevo*, pt. 69.

¹⁰⁵⁵ CJUE, arrêt *Coman*, pt. 45.

1025. Il en ressort, en conséquence, que dès lors que se trouve en cause un droit ou une liberté reconnue au citoyen par le droit de l'Union, les États membres seront tenus de reconnaître une situation de famille valablement constituée dans un autre État membre, même si cette situation est prohibée dans l'ordre juridique de l'État membre où la reconnaissance de la situation de famille est sollicitée.

1026. L'approche fonctionnelle adoptée par la Cour dans les arrêts *Coman* et *Pancharevo* devrait donc être conduite à la reconnaissance de la situation litigieuse, non seulement lorsque se trouve en cause la liberté de circulation d'un citoyen mais également, et de manière plus générale, lorsque le refus de reconnaissance risquerait d'entraver l'exercice d'un droit ou d'une liberté que le citoyen tire du droit de l'Union¹⁰⁵⁶.

1027. Une partie de la doctrine a ainsi proposé d'établir un schéma méthodologique, un « *modèle-type* »¹⁰⁵⁷, applicable à la reconnaissance des situations. Selon ce schéma, la situation est reconnue par l'État requis si elle répond à plusieurs prescriptions.

B. Les conditions de la méthode de la reconnaissance

1028. En premier lieu, la situation doit être cristallisée dans l'ordre juridique d'origine et valide du point de vue de ce dernier (1). En second lieu, la situation doit présenter un lien de proximité avec l'ordre juridique de constitution (2). Enfin, la situation dont la reconnaissance est sollicitée doit être exempte de fraude et ne doit pas heurter l'ordre public international de l'État requis (3).

1. La cristallisation et la validité de la situation dans l'ordre juridique d'origine

1029. La mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance est subordonnée à la cristallisation de la situation, dont la reconnaissance est sollicitée, dans l'État d'origine. Née sous la plume du Professeur P. MAYER, la cristallisation désigne le lien existant entre un rapport de droit donné et un ordre juridique déterminé.

¹⁰⁵⁶ H. FULCHIRON / A. PANET, « Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées ? », *D.* 2018, p. 1674.

¹⁰⁵⁷ S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Thèse Paris II, 2017, p. 303, n° 304 et s ; S. BOLLEE, *op. cit.*, p. 113 et s.

1030. Selon P. MAYER, « *le point de vue concret susceptible de reconnaissance, quoique virtuel, doit avoir déjà été “cristallisé” d’une façon ou d’une autre, et c’est en raison de cette cristallisation que la question de la reconnaissance se pose* »¹⁰⁵⁸. Préalable nécessaire à la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques, la cristallisation vient donc ancrer et consolider la situation dans l’ordre juridique de constitution.

1031. Elle a également été définie par le Professeur E. PATAUT comme « *le mécanisme par lequel l’ordre juridique d’origine de la situation a adopté un point de vue concret, sur la base duquel les parties ont formé des prévisions légitimes et qu’il est demandé à l’ordre juridique d’accueil de reconnaître* »¹⁰⁵⁹.

1032. La question de la reconnaissance d’une situation ne peut se poser que dans la mesure où la situation est cristallisée dans l’État d’origine. En l’absence de cristallisation ou d’un jugement étranger, seule la règle de conflit peut trouver à s’appliquer. La cristallisation d’une situation peut être le résultat de « *l’intervention d’une autorité publique dans la création ou dans l’opposabilité aux tiers de la situation même si cette autorité n’a qu’un faible pouvoir décisionnel* »¹⁰⁶⁰. P. MAYER propose donc de retenir comme critère de cristallisation l’intervention de l’autorité publique.

1033. La cristallisation ne soulève guère de difficulté lorsqu’elle est le fait de l’intervention d’une autorité publique. L’intervention de l’autorité publique peut être exprimée par un jugement. Dans ce cas, cependant, la méthode mise en œuvre sera celle de la reconnaissance des décisions et, aujourd’hui, elle ne soulève guère de difficultés. Jouissant de l’autorité de chose jugée et servant de fondement aux prévisions légitimes des parties, le jugement intervenu à l’étranger produira en France tous ses effets dès lors qu’il répondra à certaines conditions posées par la jurisprudence¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁸ P. MAYER, Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, in *Le droit international privé : esprits et méthodes*, Mélanges en l’honneur du Professeur P. LAGARDE, Paris 2005, p. 547 et spécialement p. 562, n°29.

¹⁰⁵⁹ E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis, » *Trav. Com. fr. DIP 2006-2008*, p. 71.

¹⁰⁶⁰ P. MAYER, *op. cit.*, p. 562, n°29.

¹⁰⁶¹ Cass. Civ. 1, 7 janvier 1964, *Munzer*, JDI 1964, p. 302, note B. GOLDMAN ; JCP G 1964, II, 13590, note M. ANCEL ; *Rev. Crit. DIP* 1964, p.344, note H. BATIFFOL, GAJDIP, 5^e éd., Dalloz 2006, n°41. Cass. Civ. 1, 20 février 2007, *Cornelissen*, JCP G 2007, act. 107, obs. Ch. BRUNEAU ; JDI 2007, comm. 19, p. 1195, note F.-X. TRAIN ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; D. 2007, p. 892, obs. P. CHAUVIN, et p. 1115, note L. D’AVOUT et S. BOLLEE.

1034. L'intervention de l'autorité publique peut également être une modalité d'acquisition de droits alors même qu'aucun jugement ne serait intervenu. En effet, la cristallisation peut également résulter d'un acte établi par une autorité publique. L'intervention de l'autorité publique permet de consacrer le rapport en droit en cause, de l'intégrer dans l'ordre juridique et donc de le rendre efficace. Le rapport de droit pourra alors déployer tous ses effets dans l'ordre juridique de sa constitution. Peu importe, à cet égard, que l'autorité publique dispose d'un faible pouvoir de décision, son intervention contribue à la cristallisation du rapport de droit concerné¹⁰⁶².

1035. Le critère est d'autant plus opportun qu'en matière d'état et de capacité des personnes, l'intervention d'une autorité publique est toujours requise.

1036. En revanche, la soumission des actes formels à la méthode de la reconnaissance est-elle justifiée lorsque, pour ces actes, le degré de l'intervention de l'autorité publique est considérablement réduit, cette dernière ne jouant aucun rôle majeur¹⁰⁶³.

1037. Des situations purement privées pour lesquels un officier public aurait reçu les déclarations des parties sans assurer une autre fonction ne sauraient relever de la méthode de la reconnaissance. De telles situations ne pourraient être reconnues dans l'ordre juridique du for qu'une fois leur validité appréciée au regard de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for¹⁰⁶⁴. La cristallisation d'une situation dans un ordre juridique déterminé suppose non seulement qu'une autorité publique intervienne mais également qu'elle joue un rôle déterminant dans l'élaboration de l'acte. Cette position a été consacrée par les juridictions françaises à

¹⁰⁶² P. MAYER, *op. cit.*, p. 562, n°29.

¹⁰⁶³ Pour ces actes, la question qui se pose est de savoir si l'intervention de l'autorité publique, aussi infime soit-elle, peut-elle suffire, à elle seule, pour cristalliser l'acte et permettre de le rattacher de manière significative à un ordre juridique déterminé. Pour certains auteurs en effet, seules les situations ayant fait l'objet d'un acte public ou d'une inscription dans un registre public seraient susceptibles d'être reconnues dont H. P. MANSEL dont l'idée est exposée par P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? » *RCADI* (371), 2014 p. 9.

¹⁰⁶⁴ Pour autant, les répudiations prononcées à l'étranger ont été traitées par la jurisprudence de la même manière que les jugements étrangers y compris dans le cas où ces répudiations relevaient d'un acte purement privé et qu'elles n'avaient pas été prononcées par une autorité publique. Sur le plan de la méthode, les répudiations prononcées à l'étranger ont donc été assimilées à des jugements de divorce et ont été traitées comme tel y compris dans les cas où l'autorité intervenante n'a joué aucun rôle et s'est contentée de recevoir la volonté privée de l'un des époux. Par ailleurs, l'assimilation des répudiations prononcées à l'étranger aux jugements de divorce a été consacrée par l'article 13 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire selon lequel « *les actes constatant la dissolution du lieu conjugal homologués par un juge au Maroc soit entre conjoint de nationalité marocaine, soit entre un mari de nationalité marocaine et son épouse de nationalité française, produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger* »¹⁰⁶⁴.

l'occasion d'une affaire dans laquelle était demandé l'exequatur d'un contrat de mariage conclu entre deux époux, l'un de nationalité suédoise et l'autre de nationalité française¹⁰⁶⁵.

La cristallisation de la situation dans l'ordre juridique d'origine suppose que cette situation y soit effective. C'est cette effectivité que la méthode de la reconnaissance entend préserver.

1038. L'abandon de la méthode conflictuelle au profit de celle de la reconnaissance des situations juridiques suppose nécessairement que la situation, dont la reconnaissance est sollicitée, existe c'est-à-dire qu'elle soit effective au regard de l'ordre juridique d'origine. C'est l'effectivité de la situation, plutôt que sa conformité au regard de l'ordre juridique du for, qui sera alors prise en compte. Si la situation est bien effective dans l'ordre juridique étranger, où elle est née, alors elle a fondé des prévisions légitimes justifiant sa reconnaissance. Dans ce cas, il apparaît adapté que la validité de la situation soit appréciée au regard de la loi qui a présidé à sa création et non au regard de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁵ TGI Paris, 12 janvier 1978, *Éoux Ohlünd*, *Rev. Crit. DIP* 1979, p. 102, note HOLLEAUX. Dans cette espèce, le contrat de mariage avait été établi selon le formalisme prescrit par le droit suédois, loi nationale de l'époux, c'est-à-dire établi par acte sous seing privé en présence de deux témoins et déposé au greffe du tribunal du domicile de l'époux. Les époux avaient sollicité auprès des juridictions françaises l'exequatur de leur contrat de mariage établi selon les formes prescrites par la loi suédoise, loi nationale de l'époux. Conformément au droit suédois, le contrat avait été établi par acte sous seing privé en présence de deux témoins puis déposé, en original et en copie certifiée conforme, au greffe du tribunal du domicile de l'époux. Le greffe se chargea alors d'apposer une mention sur le contrat de mariage avant de l'enregistrer et de le transmettre à l'autorité chargée de la tenue du registre des contrats de mariage. Sur le fondement de l'article 509 du Code de procédure civile les juridictions françaises rejetèrent la demande d'exequatur formée par les deux époux au motif que le contrat de mariage ne constituait pas un acte authentique mais un simple contrat olographe. L'intervention de l'officier public a été jugée peu significative par les juridictions françaises dès lors qu'elle ne visait qu'à garantir l'opposabilité du contrat aux tiers et la validité de ce dernier entre les époux eux-mêmes. En conséquence, l'intervention de l'officier public, en l'espèce, n'avait pas eu pour effet de conférer au contrat de mariage la forme authentique.

Dans cette affaire, les juridictions françaises avaient donc opéré une distinction selon le rôle joué par l'autorité publique dans la confection de l'acte. Ainsi, lorsque l'intervention de l'autorité publique est commandée par des dispositions légales mais qu'elle ne joue pas d'autre fonction que celle de recevoir un acte privé, celui-ci ne peut alors être considéré comme un acte authentique et ne peut être soumis à une reconnaissance ou à une éventuelle procédure en exequatur. Il ne ressort que l'intervention de l'autorité publique en tant que simple réceptacle exigé par la loi ne peut suffire à cristalliser une situation au sein de son ordre juridique.

Voir cependant, Cass., Civ. 1, 17 octobre 2000, *Rev. Crit. DIP* 2001, p. 121, note J.-P. REMERY et note H. MUIR-WATT ; D. 2001, p. 688, note J. VALLENS, dont la portée demeure cependant incertaine. Il existe néanmoins une tendance à assimiler à des décisions des actes « *d'initiative privée mais de confection publique* » : Ch. PAMBOUKIS, Les actes publics et la méthode de la reconnaissance, in *La reconnaissance en droit international privé*, Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, Paris 2019, p. 133 et s. Si cette tendance demeurerait relativement minoritaire il y a quelques décennies, elle ne constitue désormais plus un cas isolé. Qu'elle ait joué un « *rôle moteur* » en contribuant activement à l'élaboration d'un rapport de droit ou qu'elle se soit simplement bornée à recevoir les déclarations des parties, l'autorité publique, par son intervention, rattache ce rapport de droit à son ordre juridique qui y attache des effets. Suite à l'intervention de l'autorité publique, le rapport de droit existe dans l'ordre juridique d'origine qui lui confère dès lors une nationalité.

¹⁰⁶⁶ Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *Rev. Crit. DIP* 2008, p. 513, n°11 et s.

1039. En effet, subordonner la reconnaissance d'une situation constituée à l'étranger à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois pourrait conduire au refus de son admission dans l'ordre juridique du for dès lors que la situation en cause n'est pas valide au regard de la loi désignée par la règle de conflit du for quand bien même elle aurait été valablement créée à l'étranger. Recourir à la méthode du conflit de lois en matière de reconnaissance peut donc « *aboutir à la négation d'une situation qui s'est constituée valablement et qui conserve son effectivité dans l'État d'origine et peut-être dans quelques autres États* »¹⁰⁶⁷.

1040. L'application de la méthode du conflit de lois pourrait donc favoriser la création de situations boiteuses que le droit international privé a pourtant la volonté d'éviter.

2. *Le lien de proximité entre la situation dont la reconnaissance est sollicitée et l'ordre juridique d'origine*

1041. La situation doit présenter un lien de proximité avec l'ordre juridique de constitution. Il s'agit ici d'une condition équivalente à celle relative au contrôle de la compétence indirecte¹⁰⁶⁸ du juge saisi dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers.

1042. Il s'agit ici de contrôler la légitimité dont disposait l'État d'origine pour créer la situation, le rapport de droit, dont la reconnaissance est sollicitée dans l'État requis. Toute la question ici est de savoir comment il convient d'appréhender la proximité entre l'ordre juridique de constitution et la situation dont on requiert la reconnaissance dans un autre ordre juridique. Une approche libérale, consistant en la suppression de l'exigence de proximité, peut être envisagée.

1043. Cette solution a été adoptée par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages dont l'article 9 stipule que « *le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'État de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout État contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre* ».

¹⁰⁶⁷ P. LAGARDE/ P. GOTHOT, Conflits de lois (principes généraux), Répertoire de droit international, Dalloz 2006, n°229.

¹⁰⁶⁸ P. LAGARDE, 3Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés3, in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 19.

1044. Dans le même registre, la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés ne conditionne pas la reconnaissance d'un partenariat enregistré à son enregistrement par l'État de la nationalité ou du domicile. Ainsi, aux termes de son article 2, « (...) *un partenariat enregistré dans un État est reconnu comme valide dans les États contractants* ».

1045. Cependant, l'article 7.5 de la même Convention laisse aux États, sans que cela constitue une obligation, la possibilité de s'opposer à la reconnaissance d'un partenariat enregistré si « *au moment de la déclaration de volonté devant l'autorité compétente, aucun des deux partenaires ne se rattache, par la nationalité ou la résidence habituelle, à l'État du lieu de l'enregistrement* ».

1046. S'inspirant de l'article 9 de la Convention de La Haye de 1978, le législateur suisse a inséré, à l'article 45 al. 1^{er}, une règle en vertu de laquelle « *un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse* ». L'article précité n'exige pas que le mariage soit valable dans l'État étranger du domicile ou de la nationalité de l'un ou des deux époux et n'implique nullement que la validité de l'institution soit vérifiée par rapport à une loi nationale. S'éloignant de la conception adoptée par plusieurs États européens, au sein desquels la validité du mariage célébré à l'étranger est appréciée au regard de la loi nationale de chacun des époux¹⁰⁶⁹, le législateur suisse a opté pour une solution plus libérale afin, notamment, que la validité de l'union matrimoniale ne soit pas remise en cause après sa célébration¹⁰⁷⁰. A propos de cet article, P. MAYER a pointé une solution « *exagérément laxiste* » ne permettant pas d'éviter les fraudes¹⁰⁷¹.

1047. Nous partageons l'avis selon lequel la constitution d'une situation familiale et la reconnaissance de cette dernière sont deux mécanismes n'obéissant pas aux mêmes règles¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁹ Article 202-1 du Code civil français.

¹⁰⁷⁰ FF 1983 I p. 332. Selon le législateur suisse, cette position libérale se justifie par le fait que la remise en cause « après coup la validité d'un mariage constitue une mesure lourde de conséquences et qui n'est, la plupart du temps, pas comprise par les époux concernés ». En outre, de l'avis du législateur, « *ce n'est pas la bonne méthode de supprimer les mariages dits boiteux* ».

¹⁰⁷¹ P. MAYER, *op. cit.*, n° 29, p. 562.

¹⁰⁷² S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Thèse Paris II, 2017, n° 318, p. 314. Par ailleurs, nous avons en tête la formule de l'arrêt Rivière selon laquelle « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou 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 du for* ».

1048. La volonté du for de défendre et protéger la conception qu'il retient des rapports familiaux devrait s'imposer avec moins de force lorsqu'il s'agit de reconnaître un rapport de droit créé sous l'empire d'un droit étranger¹⁰⁷³.

1049. La mansuétude dont le for devrait faire preuve au stade de la reconnaissance des situations se justifient notamment par le respect des principes de sécurité juridique et de confiance légitime. Le premier de ces principes, lequel assure l'individu le respect de ses droits régulièrement acquis, est intimement lié au second, en vertu duquel il convient de respecter la croyance que les espérances que les individus ont pu fonder à l'encontre de leur situation¹⁰⁷⁴. En France, dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers, la Cour de cassation avait jugé que « *le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi* »¹⁰⁷⁵. Dans le cas d'espèce, la Cour avait retenu la compétence des juridictions anglaises en se fondant notamment sur la nationalité britannique de l'épouse et la situation, en Angleterre, du domicile conjugal¹⁰⁷⁶.

1050. Le législateur néerlandais en a pris le parti. Ainsi, aux termes de l'article 9 de la loi de droit international privé du 19 mai 2011, « *lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un État étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique* ».

1051. Une autre solution consisterait à fonder ce lien sur la nationalité, le domicile ou la résidence de l'une ou des deux parties en cause. Ainsi, le lien de proximité sera jugé suffisant si les individus sont rattachés à l'ordre juridique d'origine par leur nationalité, leur domicile ou encore leur résidence¹⁰⁷⁷. Cependant, ainsi que l'avait relevé P. LAGARDE, « *entendue trop*

¹⁰⁷³ S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, n° 318, p. 314

¹⁰⁷⁴ S. TRIKI, « Le principe de sécurité juridique en droit international privé de la famille », *JDI* octobre 2017, n°4, doct. 12 ; F. MARTUCCI, Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, Titre VII, n°5, La sécurité juridique, oct. 2020, disponible sous < <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/les-principes-de-securite-juridique-et-de-confiance-legitime-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-de>> (dernière consultation le 8.10.2021).

¹⁰⁷⁵ Cass. Civ. 1, 6 février 1985, *Simitch*, *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 369 ; *Clunet*, 1985, p. 460, note A. HUET.

¹⁰⁷⁶ Selon la Cour, l'épouse avait « son domicile en Angleterre où les époux s'étaient mariés, où ils avaient fixé le domicile conjugal et où le mari possédait certains biens de sorte qu'il résultait de l'ensemble de ces éléments un lien caractérisé avec le pays dont le juge a été saisi ».

¹⁰⁷⁷ P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19, spéc. p. 23.

strictement », cette condition risquerait de « *vider la reconnaissance de sa substance et de ressusciter indirectement la condition relative à la loi applicable* »¹⁰⁷⁸. On pourrait également prendre en compte d'autres critères comme le lieu de constitution de la situation, par exemple le lieu de l'enregistrement d'un partenariat.

3. *L'absence de fraude et la conformité de la situation à l'ordre public international de l'État requis*

1052. L'ordre public joue ici un rôle essentiel (a) mais son rôle est affaibli notamment par les récentes jurisprudences rendues par la Cour de justice (b).

a) *L'ordre public : outil de défense des valeurs fondamentales du for et dernier rempart à la réception en France de situations étrangères non conformes*¹⁰⁷⁹

1053. La reconnaissance de la situation sera parachevée si elle est exempte de toute fraude et qu'elle ne porte pas atteinte à l'ordre public international du for. Une définition de la fraude a été esquissée par la Cour de cassation dans un arrêt *Lafarge* rendu le 17 mai 1983¹⁰⁸⁰.

1054. La fraude à la loi¹⁰⁸¹ est caractérisée lorsque les parties ont « *volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi compétente* ». La modification de ce rapport de droit est réalisée par la manipulation des éléments constitutifs de la règle de conflit de lois à savoir le facteur de rattachement ou la catégorie juridique. La fraude à la loi avait, un temps, fondé, le refus de retranscrire sur les registres de l'état civil français les actes de naissance d'enfants nés dans le cadre de gestation pour autrui réalisées à l'étranger¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁸ P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19, spéc. p. 23.

¹⁰⁷⁹ Ou choquantes eu égard aux valeurs que nous défendons. Ces valeurs ne sont pas gravées dans le marbre et peuvent être changeantes au gré des politiques sociales de l'État concerné. En France, pendant de très longues années, le mariage était l'union entre un homme et une femme et l'ordre public international français s'opposait à la reconnaissance d'unions entre deux personnes de même sexe, dont l'un des membres était de nationalité française, aux motifs de sa contrariété à l'ordre public. Sans être choquante, cette union n'était pas conforme aux valeurs que l'ordre public défendait en ce temps. En 2013, le mariage entre personnes de même sexe est admis en droit et a été introduite, à l'article 202-1 du Code civil, une règle de conflit particulièrement militante. Désormais, l'ordre public international français protège les unions entre personnes de même sexe.

¹⁰⁸⁰ Cass. Civ. 1, 17 mai 1983, *Lafarge*, *Rev. Crit. DIP* 1985, p. 346, obs. B. ANCEL.

¹⁰⁸¹ Sur la question de la fraude à la loi, voir L. PERREAU-SAUSSINE, La fraude à la loi en droit international privé : bilan et perspectives, *Revue internationale du patrimoine* 2002, n°10-11, pp. 41-47.

¹⁰⁸² Cass. Civ. 1, 13 septembre 2013, n°12-30.138 et n°12-18.315, *JDI* janvier 2014, n°1, comm. 1 J. GUILLAUME ; *D.* 2013, p. 2349, note H. FULCHIRON.

1055. Redoutable, agissant « *comme une trainée de poudre* » et réduisant le rapport de droit à néant, la fraude avait alors « *corrompu tous les moyens permettant d'établir un lien de filiation en France même conforme à la vérité biologique* »¹⁰⁸³ sans que l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant et le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne puissent être « *utilement invoqués* »¹⁰⁸⁴.

1056. Dans un domaine où l'autonomie de la volonté¹⁰⁸⁵ prend une place de plus en plus prégnante et dans lequel l'autorité de la loi semble faiblir¹⁰⁸⁶, l'absence de fraude est une condition dont l'utilité se discute surtout dans le cas où l'exigence de proximité est acquise¹⁰⁸⁷. Finalement, ainsi que l'a relevé P. LAGARDE, pourquoi ne pas envisager une « *sorte d'optimisation juridique* » et ne pas sanctionner la liberté laissée aux individus de créer une situation au sein d'un for étranger afin d'échapper à l'application de la loi normalement compétente¹⁰⁸⁸. Pour d'autres auteurs, il n'est pas nécessaire que l'absence de fraude soit un chef de contrôle autonome¹⁰⁸⁹.

1057. En Suisse, l'article 45 alinéa 2¹⁰⁹⁰ réserve les cas de fraude mais les conditionne au domicile, en Suisse des futurs époux ou à la nationalité suisse de l'un d'eux. Dans le cadre de l'application de cet article, est seulement sanctionné le non-respect, par les futurs époux, des causes d'annulation absolues du droit suisse énumérés par l'article 105 du Code civil suisse¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸³ S. PARICARD, « La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui : une autre voie possible pour la Cour de cassation », in *Workshop L'assistance médicale à la procréation : enjeux actuels en Europe*, 2013.

¹⁰⁸⁴ Cass. Civ. 1, préc.

¹⁰⁸⁵ E. GALLANT, *Autonomie conflictuelle et substantielle dans les pactes familiaux internationaux*, in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand ANCEL LGDJ*, pp. 709-733.

¹⁰⁸⁶ G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 457.

¹⁰⁸⁷ Sur cette question, voir S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Thèse Paris II, 2017, n° 319, p. 315.

¹⁰⁸⁸ P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19, spéc. p. 24.

¹⁰⁸⁹ S. BOLLEE, *Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales*, in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 113 spéc. 115.

¹⁰⁹⁰ Selon cet article, « Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse ».

¹⁰⁹¹ Aux termes de cet article, « *Le mariage doit être annulé* :

1. lorsqu'un des époux était déjà marié au moment de la célébration et que le précédent mariage n'a pas été dissous par le divorce ou par le décès de son conjoint ;
2. lorsqu'un des époux était incapable de discernement au moment de la célébration et qu'il n'a pas recouvré la capacité de discernement depuis lors ;
3. lorsque le mariage était prohibé en raison de la nature d'un lien de parenté ;
4. lorsque l'un des époux ne veut pas fonder une communauté conjugale mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers ;
5. lorsque le mariage a été conclu en violation de la libre volonté d'un des époux ;

Par ailleurs, l'article 45 al. 2 exige une « *intention manifeste* » qui est appréciée de manière objective, sera acquise pour les causes de nullité dont la gravité ne pouvait échapper aux futurs époux.

1058. Lorsque la cause de nullité est de faible gravité et que les liens avec l'ordre public suisse sont ténus, l'exception d'ordre public ne sera pas retenue¹⁰⁹². Ainsi deux époux de nationalité française, italienne ou espagnole pourront se marier frauduleusement dans un pays tiers et voir leur mariage être reconnu en Suisse.

1059. La conformité de la situation dont on sollicite la reconnaissance à l'ordre public international du for est une exigence fondamentale¹⁰⁹³. Il apparaît comme étant le dernier rempart permettant de défendre et de protéger les valeurs et conceptions du for. Chaque fois que l'ordre public du for est confronté à une situation dont la reconnaissance pourrait porter atteinte à des valeurs ou à des normes auxquelles il ne peut renoncer, il met en œuvre la clause d'ordre public dont la fonction est précisément de faire obstacle à la pénétration de droits étrangers sous l'empire desquels ladite situation a été forgée.

1060. Pour certains auteurs cependant, il convient de recourir à cette exception avec retenue afin de ne pas porter atteinte aux prévisions légitimes des parties¹⁰⁹⁴. Face à une situation déjà constituée à l'étranger et dont la reconnaissance est sollicitée dans le for, ce dernier doit faire preuve d'une certaine souplesse et se montrer indulgent. C'est par ailleurs cette indulgence qui caractérise la théorie de l'effet atténué de l'ordre public.

b) *L'affaiblissement de l'ordre public au service de l'effectivité*

1061. La Cour de justice avait, en premier lieu, jugé que la liberté d'établissement, telle que garantie par l'article 43 du Traité instituant la CEE¹⁰⁹⁵ fait obstacle à ce qu'une personne, de

6. lorsque l'un des époux est mineur, à moins que son intérêt supérieur ne commande de maintenir le mariage ».

¹⁰⁹² A. BUCHER, Commentaire romand de la loi fédérale de droit international privé et de la Convention de Lugano, Bâle 2011.

¹⁰⁹³ Le droit international privé entend pourtant prévenir et combattre ces situations extrêmement préjudiciables pour les personnes concernées. Toutefois, cette lutte ne peut se faire sans préserver les valeurs auxquelles l'ordre juridique du for est attaché et qu'il entend également défendre.

¹⁰⁹⁴ S. BOLLEE, *op. cit.*, p. 114 et s.

¹⁰⁹⁵ Aux termes duquel, « Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.

nationalité grecque, soit contraint par la législation nationale applicable de faire usage, dans l'exercice de sa profession, « d'une graphie de son nom telle que la prononciation s'en trouve déformée et que la déformation qui en résulte l'expose au risque de confusion de personnes auprès de sa clientèle potentielle »¹⁰⁹⁶.

1062. De manière plus audacieuse, dans les arrêts *Garcia-Avello*¹⁰⁹⁷, *Grunkin-Paul*¹⁰⁹⁸ et *Sayn-Wittgenstein*, la Cour de justice de l'Union européenne avait affirmé qu'un État membre ne pouvait priver un citoyen européen des droits qui lui sont valablement reconnus par un autre État membre.

1063. Dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, la Cour de justice avait par ailleurs affirmé qu'une telle privation, laquelle constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 21 TFUE à tout citoyen de l'Union, ne peut être justifiée que par des considérations liées à l'ordre public¹⁰⁹⁹ et avait rappelé le respect, par l'Union européenne, de l'identité nationale des États membres. Le respect de l'identité nationale des États membres, consacré par l'article 4 § 2 TUE, implique que l'Union européenne respecte la diversité des droits des États membres notamment en matière de statut personnel et familial. L'exception de l'ordre public international est alors le moyen, pour chaque État membre, de défendre ses spécificités nationales et d'en assurer le respect. Cependant, le dernier rempart constitué par l'ordre public international du for semble perdre, progressivement, de son autorité notamment face à l'exercice des droits consacrés par le droit de l'Union européenne.

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ».

¹⁰⁹⁶ CJCE, 30 mars 1993, aff. C-168/91, *Konstandinis*.

¹⁰⁹⁷ CJCE, 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello c. Belgique*, RTDE 2004, p. 565, comm. A. ILIOPOULOU / Y. GAUTIER ; D. 2004, p. 1476, note M. AUDIT, rev. crit. DIP 2004, p. 185, note P. LAGARDE. Dans cet arrêt, la Cour de justice a jugé que le refus opposé par les autorités belges de donner à des enfants, possédant la double nationalité espagnole et belge, la possibilité de porter, en Belgique, État de leur résidence habituelle, le double nom selon la législation espagnole, constituaient une violation du droit communautaire.

¹⁰⁹⁸ CJCE, gr. ch., 14 oct. 2008, aff. C-353/06, *Grunkin-Paul* : JCP G 2009, II, 10071, comm. A. DEVERS ; Dr. fam. 2009, comm. 50, note F. VIANGALLI ; JDI 2009, comm. 7, p. 577, note L. D'AVOUT ; Europe 2008, comm. 397, note F. KAUFF-GAZIN ; D. 2009, p. 845, note F. BOULANGER. La solution consacrée dans l'arrêt *Garcia-Avello* a été confirmée, quelques années plus tard et avec plus de force dans un arrêt *Grunkin-Paul*, dans lequel la Cour de justice juge que « l'article 18 CE s'oppose (...) à ce que les autorités d'un État membre, en appliquant le droit national, refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre État membre où cet enfant est né et réside depuis lors et qui à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier État membre ».

¹⁰⁹⁹ CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*. Au point 86 de cet arrêt, la Cour de justice avait affirmé que « l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société ».

1064. Dans un arrêt *Coman* rendu le 5 juin 2018¹¹⁰⁰, la Cour de justice a pris le contre-pied d'une position de protection parfaitement assumée quelques années plus tôt dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*. Se fondant sur leur volonté de préserver le caractère fondamental de l'institution du mariage, entendu, en droit roumain, comme l'union entre un homme et une femme, les autorités roumaines s'étaient opposées à la reconnaissance du mariage célébré entre un ressortissant américano-roumain et son époux. La restriction ainsi apportée aux libertés de l'époux ressortissant roumain et, citoyen de l'Union européenne, était justifiée par des raisons liées à l'ordre public et à l'identité nationale¹¹⁰¹.

1065. Dans cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que « *l'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que les autorités compétentes de l'État membre dont le citoyen de l'Union a la nationalité refusent d'accorder un droit de séjour sur le territoire de cet État membre audit ressortissant, au motif que le droit dudit État membre ne prévoit pas le mariage entre personnes de même sexe* ».

1066. L'argument avancé par les autorités roumaines n'a pas convaincu la Cour de justice laquelle a déclaré que « *l'obligation, pour un État membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage dans ce premier État membre, laquelle est définie par le droit national et relève (...) de la compétence des États membres* ».

1067. Selon la Cour, l'ordre public international roumain n'est pas, en l'espèce, menacé dès lors que l'obligation de reconnaissance du mariage n'implique pas pour l'État membre de « *prévoir dans son droit national l'institution du mariage entre personnes de même sexe* ».

¹¹⁰⁰ CJUE 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman*, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 816, note P. HAMMJE ; *AJ Famille* 2018, p. 404, obs. G. KESSLER ; *RTD civ.* 2018, p. 858, obs. L. USUNIER ; *D.* 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON et A. PANET ; *RTD eur.* 2018, p. 673, obs. E. PATAUT.

¹¹⁰¹ En l'espèce dans laquelle un ressortissant roumain, M. Relu Adrian COMAN, s'était marié avec son compagnon, M. Robert CLABOURN HAMILTON, à Bruxelles, ville où M. COMAN s'était établi pour des raisons professionnelles. Deux ans après leur mariage, les époux entament des démarches auprès des autorités administratives roumaines en vue d'obtenir les documents nécessaires afin que M. COMAN puisse revenir s'établir et travailler en Roumanie accompagné de son époux. Cette demande leur est refusée par l'Inspection générale chargée de l'immigration (*Inspectoratul General pentru Imigrari*) sur le fondement de l'article 277 al. 2 du Code civil.

L'enjeu du litige était strictement restreint à la définition de la notion « conjoint » dans le cadre de l'application de l'article 21 § 1 TFUE en vertu duquel « *Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application* ».

1068. La Cour restreint l'obligation de reconnaissance « *aux seules fins de l'exercice des droits* » que les ressortissants de l'Union tirent du droit de l'Union au rang desquels la liberté de circulation. Finalement, dans l'arrêt *Coman*, la Cour de justice fait tomber le dernier obstacle à l'obligation de reconnaissance. Ainsi que l'ont relevé H. FULCHIRON et A. PANET, « *seul l'ordre public peut faire échec à la reconnaissance mais la reconnaissance ne saurait être susceptible de mettre en cause l'ordre public* »¹¹⁰².

1069. Dans l'arrêt *Pancharevo*, de la même manière que dans l'espèce qui avait donné lieu à l'arrêt *Coman*, il était nécessaire, pour la Cour de justice, de parvenir à un équilibre entre d'une part l'identité nationale de la Bulgarie et d'autre part, le respect du droit à la vie privée et à la liberté de circulation.

1070. En principe, la reconnaissance d'une situation peut être refusée par un État membre pour des considérations d'ordre public. Les autorités bulgares avaient notamment considéré qu'une éventuelle obligation d'établir un acte de naissance mentionnant, en qualité de parents d'un enfant, deux personnes de même sexe pourrait porter atteinte à l'ordre public ainsi qu'à l'identité nationale de la République de Bulgarie dès lors que ni la Constitution de cet État, ni le droit de la famille qui y est en vigueur ne prévoient la parentalité de deux personnes de même sexe.

1071. L'argument est rejeté par la Cour. Elle rappelle, en premier lieu, que la « *notion d'ordre public, en tant que dérogation à une liberté fondamentale, doit être entendue strictement, de telle sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l'Union* »¹¹⁰³. Après avoir rappelé la compétence dont jouissaient les États membres pour fixer les règles relatives à l'acquisition de la nationalité¹¹⁰⁴, elle décide que l'obligation de reconnaître une filiation à l'égard de deux personnes de même sexe ne porte atteinte ni à l'ordre public, ni à l'identité nationale de l'État membre concerné, en l'espèce de la Bulgarie¹¹⁰⁵.

¹¹⁰² H. FULCHIRON / A. PANET, « Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées ? » *D.* 2018, p. 1674.

¹¹⁰³ CJUE, *Pancharevo*, pt. 55. La Cour de justice avait tenu le même raisonnement au point 44 de l'arrêt *Coman*.

¹¹⁰⁴ CJUE, *Pancharevo*, pt. 38.

¹¹⁰⁵ CJUE, *Pancharevo*, pt. 56.

1072. Cette reconnaissance, en effet, n'emporte pas l'obligation pour l'État membre d'introduire dans son droit interne la parentalité des personnes de même sexe. La reconnaissance doit simplement permettre à un citoyen de l'Union de pouvoir jouir de ses droits et libertés sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne sans que le franchissement d'une frontière ne vienne remettre en cause son statut. L'ordre public constituait le dernier rempart dont disposaient les États membres pour faire échec à la reconnaissance d'une situation constituée sur le territoire d'un autre État membre. En décidant, dans les arrêts *Coman* et *Pancharevo*, que la reconnaissance de la situation litigieuse ne peut constituer une menace à l'ordre public ou à l'identité nationale puisque les États conservent toute latitude pour modifier ou non leur droit national, la Cour de justice réduit à néant le recours à l'article 4 § 2 dans de telles hypothèses.

1073. La Cour de justice précise également que l'obligation faite à un État de reconnaître la filiation entre un enfant et ses deux parents de même sexe n'implique aucunement pour l'État membre concerné de prévoir, dans son droit national, la parentalité des personnes de même sexe « à des fins autres que l'exercice des droits que cet enfant tire du droit de l'Union »¹¹⁰⁶.

1074. L'arrêt *Pancharevo*¹¹⁰⁷ se situe dans la stricte continuité de l'arrêt *Coman*. La reconnaissance, appréhendée comme une exception par la Cour de justice¹¹⁰⁸, deviendra, finalement, le principe dès lors que se trouvera en cause les droits et libertés dont jouissent les citoyens de l'Union européenne.

1075. La méthode de la reconnaissance réduit la marge de manœuvre des États lesquels pourront difficilement opposer leur ordre public¹¹⁰⁹ pour faire obstacle à la réception de certaines situations personnelles ou familiales.

¹¹⁰⁶ CJUE, *Pancharevo*, pt. 57.

¹¹⁰⁷ L'espèce soumise à la Cour dans l'arrêt *Pancharevo* ne concernait pas une gestation pour autrui. Cependant, la solution aurait été certainement la même si la filiation avait été établie à l'issue d'une convention de gestation pour autrui.

¹¹⁰⁸ Cette reconnaissance ne devant, en principe, servir le seul exercice par le citoyen de l'Union de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire de l'Union européenne.

¹¹⁰⁹ En effet, dans l'arrêt *Coman*, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé que « la Cour a itérativement jugé que la notion d'« ordre public » en tant que justification d'une dérogation à une liberté fondamentale doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l'Union ». Il en ressort que « l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ». C'est ainsi que la Cour a jugé que « l'obligation, pour un État membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage » et « n'implique

1076. Quel pourrait être l'impact de ces jurisprudences sur le sort d'une demande d'aliments fondée sur un statut prohibitif comme un mariage entre personnes de même sexe ou une filiation issue d'une gestation pour autrui ?

1077. Saisie d'une demande d'aliments pour laquelle une question préalable de statut personnel a été soulevée, la juridiction d'un État membre serait contrainte de reconnaître le rapport de famille controversé aux seules fins alimentaires.

1078. Prenons le cas d'un couple, dont le père est de nationalité française et la mère de nationalité italienne, résidant habituellement en France. Désireux d'avoir un enfant, le couple se rend en Californie où ils concluent une convention de gestation pour autrui avec une mère porteuse de nationalité française. Peu de temps après la naissance de l'enfant, la mère abandonne homme et enfant et retourne vivre en Italie. Après cet abandon, le père rencontre une femme, de nationalité espagnole, avec qui il souhaite désormais vivre. Il saisit alors les juridictions françaises et sollicite que la mère de l'enfant soit condamnée à contribuer à son entretien et à son éducation. Cette contribution permettrait notamment au père de l'enfant de s'établir en Espagne où il espère offrir un cadre de vie de qualité à son enfant.

1079. Devant les juridictions françaises, la mère conteste l'existence du lien de filiation entre elle et son enfant. La non-reconnaissance du lien de filiation entre la mère et l'enfant, à la suite d'une gestation pour autrui, pourrait entraver l'exercice par le père de son droit à circuler librement sur le territoire de l'Union européenne.

1080. Le rattachement autonome de la question préalable, tout comme le rattachement dépendant, conduirait à soumettre cette dernière à la règle de conflit de lois du for soit l'article 311-14 du Code civil aux termes duquel « *la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant* ». La « mère » visée dans cet article est celle qui donné naissance à l'enfant.

1081. Si l'on considère que la mère porteuse est la mère de l'enfant, il conviendra alors de soumettre la question préalable de la filiation à la loi française. Dans ce cas, il est fort probable que le lien de filiation ne soit pas établi. La soumission de la question préalable de filiation à la

pas, pour ledit État membre, de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe », CJUE, aff. C-673/16, Coman, pt. 45.

loi régissant l'obligation alimentaire, soit la loi française, ne permettrait pas non plus d'admettre l'existence du lien de filiation.

1082. Face à ces difficultés, une autre solution pourrait consister, quand cela est possible, dans la recherche de la reconnaissance du jugement étranger établissant la filiation de l'enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui.

1083. Outre l'adoption, seule voie permettant à ce jour, en droit français l'établissement de la filiation maternelle d'intention¹¹¹⁰, les parents d'intention peuvent également solliciter, devant les juridictions françaises, la reconnaissance du caractère exécutoire du jugement étranger ayant établi la filiation de l'enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui.

1084. En 2017, le Tribunal judiciaire de Paris a ainsi rendu exécutoire un jugement d'adoption et un jugement de filiation, tous deux rendus par une juridiction américaine. La première espèce concernait un couple de deux hommes liés par un pacte civil de solidarité qui avait, suivant un jugement rendu par le Tribunal du 11^e district judiciaire du comté de Miami-Dade, (État de Floride) adopté un enfant probablement né dans le cadre d'une gestation pour autrui. La seconde espèce concernait également un couple de deux hommes mariés lesquels avaient conclu, aux États-Unis, une convention de gestation pour autrui. L'un des deux parents d'intention était également le père biologique de l'enfant. Après la naissance de ce dernier, la circuit court du Comté de Dane (Wisconsin – Etats-Unis) avait conféré aux parents d'intention la qualité de parents légaux de l'enfant.

1085. De retour en France, dans les deux cas, les parents avaient sollicité l'exécution du jugement étranger et sa transcription sur les registres de l'état civil français ce qui impliquait nécessairement de mentionner, dans les deux cas, une filiation à l'encontre de deux personnes sexe dont l'une d'elle au moins résultait d'une gestation pour autrui. Dans les deux espèces, le Tribunal de grande instance de Paris avait jugé que les deux jugements étrangers dont

¹¹¹⁰ Pour rappel, la transcription, sur les registres de l'état civil français, de l'acte de naissance de l'enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui n'emporte aucun effet attributif de filiation. Il s'agit d'une mesure purement administrative malgré une certaine confusion largement entretenue par la Cour européenne des droits de l'homme. La récente loi bioéthique a clarifié ce point : S. WILLIAMS/ D. ESKENAZI/ M. L. DE SANNA/ M. VALENTIN, « Le statut légal de la gestation pour autrui en Europe », *AJ fam.* 2022, p. 329 ; A. KARILA-DANZIGER et F. GUILLAUME JOLY, « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, 'Fin de partie', *AJ fam.* 2021, p. 582.

l'exécution était demandée produisaient, en droit français, les effets d'une adoption plénière de l'enfant du conjoint.

1086. En matière de gestation pour autrui, la procédure d'exequatur apparaît comme étant la seule pouvant non seulement répondre aux exigences d'effectivité et de célérité posées par la Cour européenne des droits de l'homme mais également, conférer à l'enfant ainsi qu'à ses parents une sécurité juridique.

Il est vrai, qu'en principe, les jugements étrangers concernant l'état et la capacité des personnes, peuvent produire des effets dans l'ordre juridique du for en dehors de toute exequatur¹¹¹¹. Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation à plusieurs reprises¹¹¹².

1087. En pratique, cependant, l'effet de plein droit des décisions étrangères relatives à l'état et à la capacité des personnes demeure précaire¹¹¹³ et le statut d'un individu pourra être contesté malgré tout. La procédure d'exequatur confère dès lors au statut personnel d'un individu un caractère incontestable¹¹¹⁴.

1088. Si la position du Tribunal judiciaire de Paris marque une avancée considérable et heureuse, elle n'en reste pas moins incertaine. Les deux espèces concernaient un couple composé de deux hommes. Il n'est pas évident que le Tribunal aurait adopté la même position si l'espèce avait concerné un couple composé d'un homme et d'une femme.

1089. Prenons donc le cas d'un couple marié se rendant au Texas afin d'y conclure une convention de gestation pour autrui. Les deux époux fournissent leur patrimoine génétique. Peu après la naissance de l'enfant, un jugement confère aux parents d'intention, lesquels sont également les parents biologiques de l'enfant, la qualité de parents légaux et leur octroie dès lors tous les droits et devoirs attachés à cette qualité. Le même jugement précise que la « mère porteuse » n'a aucun droit sur l'enfant. L'acte de naissance original de l'enfant, mentionnant la

1111 Arrêt Bulkley, Civ., 28 févr. 1860, Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé (GAJFDIP), Dalloz, n° 4, p. 30.

1112 Voir notamment, Cour de cassation, Civ.1, 5 septembre 2018, n° 17-22.100. De même, dans une décision en date du 24 novembre 2006, le Conseil d'État a jugé que les décisions étrangères relatives à l'état et la capacité des personnes, sous réserve du contrôle de leur régularité internationale, produisent effet de plein droit en France indépendamment de toute procédure d'exequatur, CE, 24 novembre 2006, n°275527, *AJ Fam.* 2007, p. 225, note A. BOICHE.

1113 A. KARILA-DANZIGER / F. G. JOLY, « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, « Fin de partie », *AJ fam.* 2021, p. 582.

1114 Sur les conditions de l'exequatur, voir arrêt Civ. 1, Cornelissen, 20 février 2007.

« mère porteuse » en qualité de mère est alors détruit et un nouvel acte de naissance, mentionnant chacune des deux époux en tant que parent, est alors établi.

1090. De retour en France, les époux saisissent le Tribunal judiciaire compétent et sollicite la reconnaissance et l'exécution de la décision rendue par les juridictions texanes. Les juridictions françaises pourraient-elles refuser d'accorder l'exequatur au jugement texan au motif que la mère désignée dans l'acte de naissance, bien qu'elle soit la mère biologique, n'est pas celle qui a accouché ? La même question peut se poser dans le cas où la mère d'intention, mentionnée dans l'acte de naissance, n'a pas fourni son patrimoine génétique et n'est donc pas la mère biologique de l'enfant.

1091. La transcription des actes est soumise aux prescriptions de l'article 47 du Code civil ce qui n'est pas le cas de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers qui doivent, elles, répondre à d'autres exigences. Dans notre cas, si les parents d'intention sollicitent la seule transcription de l'acte de naissance, il existe de fortes chances qu'elle leur soit refusée, sur le fondement de l'article 47 du Code civil, au motif de la non-conformité de l'acte à la réalité, la mère désignée, dans celui-ci, n'ayant pas accouché de l'enfant¹¹¹⁵. En revanche, si les parents sollicitent la reconnaissance et l'exécution du jugement étranger statuant sur leur filiation, le juge devra alors apprécier si ledit jugement répond aux trois conditions cumulatives posées la Cour de cassation dans son arrêt *Cornelissen*¹¹¹⁶. La principale difficulté réside certainement dans la démonstration que le jugement étranger, dont la reconnaissance et l'exécution sont sollicitées, doit être appréhendé comme un jugement d'adoption.

1092. Dans la décision rendue par le Tribunal judiciaire de Paris, les parents avaient soutenu que le jugement américain statuant sur leur filiation devait être assimilé à un jugement d'adoption dès lors qu'il avait constaté la rupture des liens avec la mère porteuse, d'une part, et conféré au père d'intention la qualité de parent, d'autre part. Les parents soutenaient, en outre,

¹¹¹⁵ En tout état de cause, même si la transcription était admise, on l'a vu, le Ministère public ou toute personne qui y aurait un intérêt conserverait la faculté de contester le lien de filiation mentionné dans l'acte pendant une période de dix années.

¹¹¹⁶ Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *AJ fam.* 2007, p. 324 ; *D.* 2007, p.1115, obs. I. GALLMEISTER, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *D.* 2007, p. 891, chron. P. CHAUVIN ; *D.* 2007, p. 1751, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT.

que l'adoption est caractérisée¹¹¹⁷ chaque fois qu'est créé, par l'intervention d'une décision juridictionnelle, un lien de filiation entre deux personnes sans lien de sang¹¹¹⁸.

1093. Selon le Tribunal judiciaire, le jugement américain, ne fait pas référence à une adoption mais à une paternité établie à l'égard des deux parents et à l'absence de liens entre la mère porteuse, son époux et l'enfant. Le Tribunal judiciaire considère, en conséquence, que la juridiction américaine a considéré que les conditions légales permettant d'accorder au père biologique et son conjoint et eux seuls, les droits parentaux à l'égard de l'enfant étaient satisfaites. Le Tribunal, après avoir constaté la rupture complète et irrévocable des liens entre la mère porteuse et l'enfant, juge dès lors que le jugement américain produit en France les effets d'une adoption plénière.

1094. Il en ressort que même si le jugement étranger, dont l'exécution est sollicitée, n'est pas un jugement d'adoption, il peut tout à fait y être assimilé en ce sens qu'il établit, d'une part, une filiation entre l'enfant et ses parents d'intention, lesquels seront également dans certains cas, les parents biologiques, et, d'autre part, et constate, d'autre part, la rupture irrévocable et complète des liens avec la mère porteuse¹¹¹⁹.

1095. Et *quid* chez nos voisins européens prohibant dans leur droit interne, à l'instar de la France, la gestation pour autrui ?

1096. En Italie, les conditions d'efficacité des déclarations de naissance des ressortissants italiens nés en pays étranger sont régies par les articles 15 et suivants du D.P.R. du 3 novembre 2000, n°396 relatif à la révision et à la simplification de l'état civil¹¹²⁰. Conformément à l'article

¹¹¹⁷ L'adoption peut se définir comme une technique juridique permettant la création d'un lien de filiation entre deux personnes lesquelles n'ont entre elles aucun lien de sang.

¹¹¹⁸ Selon le Ministère public, en revanche, le jugement américain ne pouvait être regardé comme un jugement d'adoption. Selon le Ministère public, « *le tribunal s'est fondé sur l'existence d'un projet commun des demandeurs, qui ont aux fins de devenir parents, ont décidé de recourir à la fécondation in vitro puis au transfert de l'embryon dans l'utérus de la mère porteuse pour faire naître un enfant qui sans leur volonté commune n'aurait pas vu le jour. L'établissement de la filiation à l'égard du parent d'intention par le tribunal américain basés sur la reconnaissance de ce projet commun antérieur à la naissance de l'enfant ne peut être analysé comme la consécration d'une filiation adoptive qui supposerait que la naissance, précède e processus d'apparement aboutissant à l'établissement de la filiation adoptive* ».

¹¹¹⁹ Ainsi, aux termes de l'article 370-5 du Code civil, « L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. A défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ».

¹¹²⁰ D.P.R. 3 novembre 2000, n° 396, Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile.

15.2 de ce texte, les déclarations de naissance relatives aux citoyens italiens nés à l'étranger doivent être établies par les autorités consulaires italiennes conformément aux règles établies par la législation locale. Il ressort de l'article 18 de la législation précitée que les actes établis à l'étranger seront reconnus en Italie sous réserve de leur conformité à l'ordre public italien.

1097. Cette règle fait écho à l'article 65 de la loi de droit international privé du 31 décembre 1995 selon laquelle *« ont effet en Italie les décisions étrangères relatives à la capacité des personnes ainsi qu'à l'existence des rapports de famille et des droits de la personnalité, lorsqu'elles ont été prononcées par les autorités de l'État dont la loi est désignée par les dispositions de la présente loi ou lorsqu'elles produisent effet dans l'ordre juridique de cet État quoique prononcées par les autorités d'un État tiers, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public et qu'aient été respectés les droits essentiels de la défense »*.

De la même manière, l'article 16 de cette loi contient une réserve générale en vertu de laquelle *« la loi étrangère n'est pas appliquée si ses effets sont contraires à l'ordre public »*.

1098. Sur le terrain de la loi applicable, l'article 33 de la loi italienne de droit international privé dispose que le lien de filiation est déterminé par la loi nationale de l'enfant au moment de sa naissance, c'est-à-dire par la loi nationale de l'un de ses parents biologiques. L'alinéa 3 de cet article précise également que la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance régit les conditions et les effets de la déclaration de son état.

1099. Les juridictions italiennes ont, à l'instar de leurs homologues européens, eu à se prononcer sur la question des effets, dans l'ordre juridique italien, d'une gestation pour autrui réalisée en pays étranger. La Cour de cassation italienne a rejeté, dans un arrêt en date du 11 novembre 2014, le pourvoi formé par deux parents d'intention qui avaient eu recours à une gestation pour autrui en Ukraine. Souffrant tous deux de pathologie ayant conduit à leur stérilité, aucun des deux parents n'avait fourni son patrimoine génétique lors de la conception de leur enfant. Ils n'entretenaient, dès lors, aucun lien biologique avec ce dernier. L'enfant, né en Ukraine, s'est vu conféré la nationalité de cet État et son acte de naissance, établi par les autorités ukrainiennes, désignait les parents d'intention en qualité de parents.

1100. Cependant, en cas de procréation médicalement assistée, l'article 123 du Code ukrainien de la famille permet d'établir la filiation paternelle et maternelle dans le seul cas où l'enfant est rattaché à ses parents par au moins un lien génétique¹¹²¹. Le droit ukrainien ne prévoit donc de solution que lorsque l'un des membres du couple est atteint d'infertilité ou de stérilité.

La Cour de cassation, se fondant sur les dispositions de l'article 33 de la loi italienne de droit international privé, a fait application la loi nationale de l'enfant à la question de la détermination de sa filiation. Elle a, dès lors, constaté que le contrat de gestation pour autrui était nul dès lors qu'il contrevenait aux prescriptions légales ukrainiennes. Elle a, en conséquence, jugé que le statut de l'enfant ne correspondait pas à celui indiqué dans le certificat de naissance et a refusé que celui-ci soit transcrit sur les registres de l'état civil italien.

De manière plus générale, la *Corte di cassazione* avait jugé que le refus de la transcription du certificat sur les registres de l'état civil italien était justifié en raison de sa contrariété à l'ordre public italien. En conséquence, le certificat de naissance établi par les autorités ukrainiennes ne pouvait produire aucun effet en Italie. Les juridictions italiennes avaient alors ordonné le placement de l'enfant en vue de son adoption, seule institution qui, à leurs yeux, permettait la réalisation d'un projet parental en l'absence de tout lien biologique.

1101. Peu après cet arrêt, les juridictions italiennes avaient autorisé le conjoint du père biologique d'un enfant, né à l'issue d'une gestation pour autrui, à adopter ce dernier dès lors qu'il existait entre eux un lien affectif très profond¹¹²². La sentence, à l'encontre de laquelle le Parquet de Rome n'avait pas fait appel, avait pris acte de cette relation déjà existante et consolidée et avait jugé qu'il était dans l'intérêt de l'enfant qu'elle soit juridiquement reconnue.

1102. En Suisse, ce n'est que très récemment que la question de la reconnaissance de la filiation établie à l'issue d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger s'est posée pour la première fois devant les juridictions.

1103. Le premier arrêt, rendu le 21 mai 2015¹¹²³, concernait deux ressortissants suisses, domiciliés en Suisse, engagés dans un partenariat enregistré qui avaient conclu, avec un couple

¹¹²¹ Aux termes de cet article, la filiation paternelle et maternelle sera établie lorsque i) la mère accouche d'un enfant conçu par elle avec les gamètes d'un donneur anonyme ; ii) l'embryon a été conçu avec les gamètes des deux parents mais porté par une femme autre que la mère ; iii) la mère accouche d'un enfant conçu par les gamètes de son époux et d'une donneuse anonyme.

¹¹²² Tribunal pour mineurs de Rome, sentence du 23 décembre 2015.

¹¹²³ ATF 141 III 312.

vivant en Californie, un contrat de gestation pour autrui. Préalablement à la naissance de l'enfant, par ailleurs conçu avec le sperme de l'un des membres du couple, la Cour supérieure de l'État de Californie a, au moyen d'un jugement de paternité, reconnu à celui qui avait donné son sperme la qualité de père biologique et au second, la qualité de père. Le couple, dont la femme avait porté l'enfant et lui avait donné naissance, ont, quant à eux, renoncé à l'ensemble de leurs droits et obligations parentaux.

1104. De retour en Suisse, les intéressés ont sollicité, auprès de l'Office d'état civil de leur canton de résidence, la reconnaissance du jugement californien ainsi que la transcription du certificat de naissance de leur enfant sur les registres d'état civil.

1105. Face au refus de l'Office d'état civil, les parents ont alors formé un recours devant le Département de l'intérieur de leur canton de résidence lequel a admis la transcription totale du certificat de naissance. L'Office fédéral de la justice a contesté cette décision, d'abord devant le Tribunal administratif cantonal puis devant le Tribunal fédéral. Selon le demandeur, seul le lien de filiation entre l'enfant et son père génétique pouvait être reconnu, le second lien de filiation ne pouvait l'être dès lors qu'il était constitutif d'une atteinte à l'ordre public suisse.

1106. Le Tribunal fédéral a admis la reconnaissance du lien de filiation entre le père génétique et l'enfant mais a refusé d'admettre la transcription du lien de filiation entre le second père et l'enfant en raison de son incompatibilité avec l'ordre public suisse. Selon le Tribunal fédéral, les requérants, en se rendant en Californie, État avec lequel ils entretenaient très peu de liens, n'ont eu d'autre volonté que de contourner l'interdiction de la gestation pour autrui consacrée par l'ordre juridique suisse et ont, en conséquence, commis une fraude à la loi. Tout en admettant que la reconnaissance du jugement californien de paternité se révèle être dans l'intérêt de l'enfant¹¹²⁴, ce dernier ne pouvant se voir reprocher la démarche de ses parents, le Tribunal juge néanmoins que la transcription du lien de filiation litigieux reviendrait à anéantir et à vider de son sens l'interdiction de la gestation pour autrui en Suisse dont le but est de protéger tant l'enfant que la mère porteuse¹¹²⁵.

1107. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, la protection de l'enfant contre la réduction de sa personne à une simple marchandise, la protection de la mère porteuse contre une

¹¹²⁴ ATF 141 III 312, c. 5.3.3.

¹¹²⁵ ATF 141 III, c. 5.3.3.

commercialisation de son corps, la lutte contre le tourisme procréatif ainsi que la garantie de l'effectivité de l'interdiction de la gestation pour autrui priment sur l'intérêt supérieur de l'enfant né dans un tel contexte et justifie, dès lors, que lui soit dénié l'un de son lien de filiation.

1108. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal fédéral juge que le refus de reconnaître, pour des motifs d'ordre public, la constatation de paternité du second parent, qui n'est pas le père génétique de l'enfant, ne contrevient pas aux garanties telles que consacrées par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

1109. En effet, la Haute Cour juge que le statut juridique de l'enfant est suffisamment protégé par l'ordre juridique suisse. Elle relève, à cet égard, que l'enfant vit depuis toujours avec les intimés et forme, avec ces derniers une communauté familiale protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon la Haute Cour, l'enfant ne subit aucun préjudice dès lors qu'il a pu acquérir la nationalité suisse, qu'il porte le nom de son père et qu'il se trouve soumis à son autorité parentale. Le deuxième parent, quant à lui, pourra jouir de certains droits et devoirs de prise en charge au rang desquels l'entretien¹¹²⁶.

1110. La deuxième affaire concernait un couple de ressortissants suisses dont les membres étaient hétérosexuels et mariés. La situation se distinguait de la première espèce dans la mesure où aucun des parents d'intention ne présentait, avec les enfants nés, de lien biologique. Ce dernier avait été conçu aux moyens de gamètes provenant de donneurs anonymes.

1111. Développant la même argumentation que lors de son arrêt précédent, le Tribunal fédéral a refusé de reconnaître l'acte de naissance établi en Californie dès lors que les enfants étaient dépourvus de lien génétique à l'égard de leurs parents. Une telle situation constituait, pour le Tribunal fédéral, une violation de l'ordre public international suisse dans la mesure où les parents d'intention s'étaient rendus à l'étranger dans le seul but de contourner l'interdiction de la gestation pour autrui en vigueur dans leur État national. Il en ressort que les parents d'intention, malgré l'existence d'un acte de naissance établissant le contraire, se retrouvent dépourvus de tous liens juridiques à l'égard de leurs enfants. Les juges fédéraux précisent

¹¹²⁶ ATF 141 III 312, c. 6.3.4.

néanmoins que les parents d'intention conservent la possibilité d'adopter leurs propres enfants sans toutefois garantir que cette procédure pourra aboutir.

1112. Enfin, dans la troisième affaire, les faits étaient assez similaires à ceux qui avaient donné lieu à l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 21 mai 2015. Le Tribunal fédéral a jugé, dans cette affaire, que les conditions pouvant justifier une modification de la jurisprudence n'étaient pas satisfaites et a, dès lors, admis la transcription partielle de l'acte de naissance au profit du seul parent biologique.

1113. Le Tribunal fédéral maintient depuis cette position¹¹²⁷. Si le lien de filiation entre l'enfant, né à l'issue d'une gestation pour autrui, et son parent biologique peut être reconnu, celui du second parent, en revanche, ne peut l'être.

1114. Le Tribunal fédéral a néanmoins, dans ses arrêts, réservé la possibilité pour le parent d'intention, dont le lien n'avait pas été reconnu, de procéder à l'adoption de son enfant. Cette position ne devrait, pour l'heure, pas connaître de revirement de jurisprudence. En effet, la jurisprudence du Tribunal fédéral est conforme avec la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹²⁸.

1115. Le Tribunal fédéral a admis la reconnaissance du lien de filiation entre le père génétique et l'enfant mais a refusé d'admettre la transcription du lien de filiation entre le second père et l'enfant en raison de son incompatibilité avec l'ordre public suisse. Selon le Tribunal fédéral, les requérants, en se rendant en Californie, État avec lequel ils entretenaient très peu de liens, n'ont eu d'autre volonté que de contourner l'interdiction de la gestation pour autrui consacrée par l'ordre juridique suisse et ont, en conséquence, commis une fraude à la loi. Tout en admettant que la reconnaissance du jugement californien de paternité se révèle être dans l'intérêt de l'enfant¹¹²⁹, ce dernier ne pouvant se voir reprocher la démarche de ses parents, le Tribunal juge néanmoins que la transcription du lien de filiation litigieux reviendrait à anéantir et à vider de son sens l'interdiction de la gestation pour autrui en Suisse dont le but est de protéger tant l'enfant que la mère porteuse¹¹³⁰.

¹¹²⁷ TF, 5A 912/2017 du 21 décembre 2017.

¹¹²⁸ CEDH, 10 avril 2019, avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, n° P16-2018-001.

¹¹²⁹ ATF 141 III 312, c. 5.3.3.

¹¹³⁰ ATF 141 III, c. 5.3.3.

1116. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, la protection de l'enfant contre la réduction de sa personne à une simple marchandise, la protection de la mère porteuse contre une commercialisation de son corps, la lutte contre le tourisme procréatif ainsi que la garantie de l'effectivité de l'interdiction de la gestation pour autrui priment sur l'intérêt supérieur de l'enfant né dans un tel contexte et justifie, dès lors, que lui soit dénié l'un de son lien de filiation.

1117. Une réponse est susceptible d'être apportée par la Conférence de La Haye. Cette dernière a, en effet, entrepris des travaux en vue de parvenir à la rédaction d'une part, d'un instrument général de droit international privé relatif à la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères portant sur la filiation et, d'autre part, d'un protocole distinct traitant de la reconnaissance des décisions étrangères en matière de filiation rendues à la suite de conventions de maternité de substitution à caractère international¹¹³¹.

1118. La question du mariage entre personnes de même sexe tout comme celle de la gestation pour autrui divise l'ensemble des États européens. Contrairement au Règlement 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 et à celui, du même jour, 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, le Règlement Aliments ne prévoit pas de compétence de substitution.

Section 2. La transposition au contentieux alimentaire de la solution consacrée par les Règlements européens régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

1119. Dans le système des règlements Régimes Matrimoniaux et Partenariats, cette compétence de substitution, consacré aux articles 9, permet à la juridiction de l'État membre compétente de décliner cette compétence dès lors, qu'elle considère que le mariage ou le partenariat ne pourra pas être reconnu dans cet État aux fins d'une procédure en matière de régimes matrimoniaux

¹¹³¹ Le projet est consultable sur le site de la Conférence de La Haye <<https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (dernière consultation, le 5 mars 2021).

d'effets patrimoniaux du partenariat (§1). Cette solution pourrait être transposée dans le cadre du contentieux alimentaire (§2).

§1. La compétence de substitution consacrée par les articles 9 des Règlements Régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés.

1120. A l'intérieur des frontières européennes, si un nombre croissant d'États ont intégré, dans leur législation, le mariage entre personnes de même sexe, d'autres, en revanche, ne connaissent aucune forme d'union pour les couples de personnes de même sexe.

1121. Les Règlements européens Régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés¹¹³² peuvent donner quelques pistes de réflexion à la problématique soulevée par la circulation des relations de famille au fondement des obligations alimentaires.

1122. Aux termes de son article 1^{er}, le Règlement Régimes matrimoniaux s'applique aux régimes matrimoniaux et entend, à cet égard, régir « *l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution* » sans pour autant que ne soit définie la notion de mariage¹¹³³.

1123. Cependant, l'article 1^{er} précité exclut expressément de son champ d'application les questions préalables relatives à l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage. Cette exclusion est également énoncée au considérant 24 du Règlement Régimes matrimoniaux en vertu duquel « *Le présent règlement ne devrait pas s'appliquer à d'autres questions préalables telles que l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage, qui continuent d'être régies par le droit national des États membres, y compris par leurs règles de droit international privé* ».

¹¹³² Pour une étude détaillée de ces textes, voir A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple – Commentaire des Règlements (UE) n° 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant 2021 ; CORNELOUP Sabine, EGEA Vincent, GALLANT Estelle, JAULT-SESEKE Fabienne (Dirs.), *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples – Commentaire des Règlements 2016/1103 et 2016/1104*, Société de législation comparée, Vol. 13, 2018, Collection Trans Europe experts ; E. GALLANT, « The Eu Regulations on matrimonial and patrimonial property », *Rev. Crit. DIP*, n°4, 2020, p. 1140; VIARENGO Ilaria, FRANZINA Pietro (Dirs.), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples – A Commentary*, Edward Elgar Publishing, coll. Elgar Commentaries in Private International Law, 2020.

¹¹³³ Sur ce point, le Règlement Régimes matrimoniaux demeure conforme à la pratique de ses pairs.

1124. Une telle exclusion favorise grandement la survenance de questions préalables relatives à la validité ou à l'existence d'un mariage laquelle est extrêmement sensible dès lors qu'elle touche une matière empreinte d'une forte dimension culturelle, politique et religieuse.

1125. Prenons le cas d'un ressortissant français et d'un national bulgare de même sexe. Ils se marient à Paris, en France, où ils établissent leur première résidence habituelle. Quelques années après le mariage, profitant d'une opportunité professionnelle, l'époux de nationalité bulgare part vivre en Bulgarie où il demeure plusieurs années avant de trouver la mort dans un accident de la route. Le conjoint survivant saisit alors les juridictions bulgares et sollicite le partage de la succession ainsi que la liquidation du régime matrimonial.

1126. Aux termes de l'article 4 du Règlement Régimes matrimoniaux que la juridiction d'un État membre saisie d'une question relative à la succession de l'un des époux, en application du Règlement (UE) n°650/2012¹¹³⁴, est également compétente pour statuer sur les questions de régime matrimonial en relation avec ladite affaire de succession.

1127. Les juridictions bulgares, compétentes pour statuer sur la succession seront donc également compétentes pour statuer sur les questions de régimes matrimoniaux en lien avec la succession.

Les ayants-droits du défunt contestent cependant la validité du mariage contracté par le défunt et son conjoint survivant. Le juge bulgare se retrouve dès lors confronté à une question préalable relative à la validité du mariage et, il est très peu probable que le juge bulgare admette la validité de ce mariage.

1128. Les mêmes difficultés peuvent se présenter dans le cadre de l'application du Règlement Partenariats enregistrés. Une juridiction saisie dans le cadre d'une question relative à la succession d'un partenaire enregistré pourrait tout à fait considérer que le partenariat enregistré en question n'est pas valide au regard des règles en vigueur dans l'ordre juridique du for.

¹¹³⁴ Aux termes de l'article 4 du Règlement (UE) n° 650/2012 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, sont compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession les juridictions de l'État membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès.

1129. Intitulé « *compétence de substitution* », les articles 9 des Règlements Régimes matrimoniaux et Partenariats enregistrés ont aménagé un mécanisme offrant à la juridiction de l'État membre¹¹³⁵ saisie, sur le fondement de certains textes des Règlements, de décliner sa compétence si elle considère « *que son droit international privé ne reconnaît pas le mariage concerné aux fins d'une procédure en matière de régimes matrimoniaux* » ou « *considère que son droit national ne prévoit pas l'institution du partenariat enregistré* »¹¹³⁶.

1130. Les articles 9 offrent ainsi au juge saisi sur le fondement de certains articles du Règlement¹¹³⁷ la possibilité de décliner sa compétence non pas pour des considérations de proximité, comme c'est généralement le cas¹¹³⁸ mais pour des raisons essentiellement politiques¹¹³⁹. En déclinant sa compétence, le juge n'aura donc pas à statuer sur les effets patrimoniaux attachés à des unions que son droit international privé ne reconnaît pas ou que son droit interne n'autorise pas ou prohibe. Il ne s'agit pas ici de consacrer ou d'admettre un déni de justice dès lors que les parties ont la possibilité, dans le cadre de cet article, de porter leur contestation devant d'autres juridictions.

1131. Les articles 9 des Règlements européens Régimes matrimoniaux et Partenariats enregistrés consacrent un mécanisme original qui ne s'observe, en matière de conflit de juridictions, dans aucun autre instrument réglementaire européen¹¹⁴⁰.

¹¹³⁵ L'État membre doit être entendu, dans le cadre de l'application des Règlements Régimes matrimoniaux et Partenariats enregistrés, comme un État membre participant à la coopération renforcée.

¹¹³⁶ Cette clause est également appelée « clause bulgare » par une partie de la doctrine. En effet, la Bulgarie est un État membre, participant à la coopération renforcée, qui ne reconnaît ni le mariage entre personnes de même sexe, ni l'union civile ou encore le partenariat enregistré. Cette clause permettra donc aux juridictions bulgares, normalement compétentes sur le fondement des Règlements européens Régimes matrimoniaux et Partenariats enregistrés de décliner leur compétence, E. GALLANT, « Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples », *Europe* n° 3, Mars 2017, étude 3.

¹¹³⁷ En revanche, l'article 9 exclut l'hypothèse où le juge compétent serait saisi sur l'article 5 du Règlement Régimes matrimoniaux. Sur cette question, voir A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple – Commentaire des Règlements (UE) n° 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant 2021, p. 464, n°13 et s.

¹¹³⁸ Dans certains, en effet, le juge saisi peut décliner sa compétence si une autre juridiction est mieux placée pour statuer sur le litige en cause.

¹¹³⁹ E. GALLANT/ M. FARGE, « De l'intérêt pour le notariat de s'intéresser aux règles de compétence juridictionnelle internationale », *JCP N* n° 16, 20 avril 2018, 1164.

¹¹⁴⁰ E. GALLANT/ M. FARGE, « Les règles de compétence judiciaire des règlements 'Régimes matrimoniaux' et 'Régimes partenariaux' », *JCP N* n°16, 20 avril 2018, p. 1165 ; N. JOUBERT, *La dernière pierre (provisoire) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale*, *Rev. Crit. DIP* 2017, p.1.

1132. En revanche, sur le terrain du conflit de lois, le Règlement Rome III le même mécanisme est consacré à l'article 13 intitulé « *différences dans le droit national* »¹¹⁴¹. Il ressort de cet article que « *aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement* »¹¹⁴².

1133. Certains ont considéré que les Règlements Régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés ont consacré des règles défavorables voire hostiles aux institutions juridiques telles que le mariage ou le partenariat enregistré entre personnes de même sexe¹¹⁴³. Il s'agit là, à notre sens, d'une critique quelque peu sévère de la compétence de substitution et qui traduit une certaine incompréhension de sa présence dans le Règlement. En premier lieu, l'article 9 est rédigé de manière objective de telle sorte que le déclinatoire de compétence peut concerner aussi les mariages entre personnes de même sexe que les mariages polygamiques ou les mariages informels ou d'autres types d'union qui ne pourraient être reconnues par le droit international privé du for.

1134. Les articles 9 des Règlements européens Régimes matrimoniaux et Partenariats enregistrés répondent avant tout à une volonté politique¹¹⁴⁴. Certains États membres de l'Union européenne sont hostiles aux unions entre personnes de même sexe et partant, très peu enclins à les reconnaître. L'Union européenne, et cela est consacré par les dispositions de l'article 4 TUE, respecte « *l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale* ». La décision d'ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe relève d'une volonté politique et sociale. Cette décision appartient à chaque État membre et ils demeurent souverains en la matière.

¹¹⁴¹ Également surnommé « clause maltaise » dès lors que la raison d'être de cet article était de permettre de tenir compte de la loi de l'État de Malte, alors en vigueur, laquelle prohibait le divorce.

¹¹⁴² De la même manière, le Protocole de La Haye de 2007 tout comme la Convention de La Haye de 1973, ne consacre aucun mécanisme, similaire à celui consacré par l'article 13 du Règlement Rome III permettant au juge saisi de refuser de faire application de ces instruments s'il considère que le lien de famille en cause ne peut être considéré comme valable aux fins de la procédure alimentaire.

¹¹⁴³ P. MURAT, *Droit de la famille*, 2020-2021, 8^e ed., n°511-213 ; E. GALLANT/ M. FARGE, « Les règles de compétence judiciaire des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Régimes partenariaux » », *JCP N* n°16, 20 avril 2018, p. 1165.

¹¹⁴⁴ A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple – Commentaire des Règlements (UE) n° 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant 2021, p. 459, n°3.

1135. La circonstance qu'un certain nombre, certes toujours plus importants, d'Etats membres admettent les unions entre personnes de même sexe, ne doit pas conduire à se positionner, à l'égard des pays qui ne les admettent, dans une attitude de défiance et d'hostilité. Ces Etats font également partie de l'Union européenne et il convient de composer avec ces derniers tout en respectant leurs spécificités. Le respect de leurs spécificités et souveraineté peut, en pratique, s'exprimer par le biais de compétence de substitution à l'instar de celle consacrée par l'article 9 des Règlements régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés.

1136. La compétence de substitution consacrée par l'article 9 des Règlements Régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés est donc un compromis qui a pour vocation d'inciter les Etats membres réticents à adhérer à la coopération renforcée en offrant aux juridictions de ces Etats la possibilité de mettre en œuvre une clause échappatoire leur permettant donc de décliner leur compétence.

1137. Cette compétence fait écho aux articles 1^{er} des Règlements lesquels excluent expressément de leur champ d'application les questions relatives à l'existence, la validité et la reconnaissance d'un mariage ou d'un partenariat enregistré.

1138. De prime abord, la présence de ces articles dans le texte des Règlements peut quelque peu surprendre. Cependant, ces articles constituent un bon compromis entre d'une part, la volonté de respecter et préserver l'identité nationale de chaque État membre et, d'autre part, la volonté de préserver la validité des unions célébrées au sein d'ordres juridiques permissifs. Le mécanisme introduit est également original dès lors que le déclinatoire n'a pas à être sollicité par les parties elles-mêmes mais est mis en œuvre directement par la juridiction saisie.

1139. Ainsi, chacun des États membres participant à la coopération renforcée ou souhaitant le faire à l'avenir pourra préserver sa conception du mariage tandis que les couples concernés pourront saisir le juge d'un État apte à reconnaître leur union et à statuer sur les effets patrimoniaux de celle-ci sans prendre le risque de voir leur union invalidée ou non reconnue.

1140. Ces articles intègrent, en effet, un mécanisme de protection à l'égard des couples de personnes de même sexe visant, avant toute chose, à préserver la validité de leurs unions.

1141. Dès lors, nous rejoignons la position de certains auteurs¹¹⁴⁵ selon lesquels le Règlement Régimes matrimoniaux serait fondé sur une acception large de la notion de mariage et inclurait, en conséquence, les unions entre personnes de même sexe. Il est vrai qu'aux termes du considérant 17 du Règlement Régimes, « *le présent Règlement ne définit pas la notion de « mariage » qui est définie par le droit national des États membres* ».

1142. Le déclinatoire de compétence prévu aux articles 9 des Règlements Régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés est enfermé dans certaines conditions.

1143. En premier lieu, pour que la juridiction de l'État membre puisse valablement décliner sa compétence, sur le fondement du Règlement, il est nécessaire que l'application des règles de droit international privé de l'État du for conduise à ne pas reconnaître le mariage concerné par la procédure¹¹⁴⁶. Dans le cadre de l'application du Règlement partenariats enregistrés, l'article 9 permet à la juridiction saisie de décliner sa compétence si ses règles de droit matériel, et non plus ses règles de droit international privé, ne prévoit pas l'institution¹¹⁴⁷.

1144. En outre, aux termes de l'article 9.3 du Règlement Régimes matrimoniaux, « *Le présent article ne s'applique pas lorsque les parties ont obtenu un divorce, une séparation de corps ou une annulation du mariage qui est susceptible d'être reconnu dans l'État membre du for* ». En conséquence, lorsque les parties ont d'ores et déjà obtenu une décision prononçant un divorce, une séparation de corps ou l'annulation de leur mariage, les juridictions de l'État membre saisi des questions relatives à la liquidation de leur régime matrimonial ne peuvent plus décliner leur compétence dès lors que le jugement en question est susceptible d'être reconnu dans l'État membre du for.

1145. Cette disposition est cohérente avec l'article 9.1 et lui fait écho : le déclinatoire de compétence ne peut jouer que dans le cas où les règles de droit international privé de l'État du for ne permettent pas la reconnaissance du mariage concerné. En conséquence, il est parfaitement logique de ne pas autoriser les juridictions de l'État du for à décliner leur

¹¹⁴⁵ Voir notamment, P. FRANZINA, in I. VIARENGO / P. FRANZINA, *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples*. A Commentary, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, n°9.06.

¹¹⁴⁶ Si l'État membre reconnaît les effets patrimoniaux de l'union sans pour autant reconnaître cette dernière, l'application de l'article 9 est exclue, A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple – Commentaire des Règlements (UE) n° 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant 2021, p. 462, n°9.

¹¹⁴⁷ Pour une explication de cette différence, voir A. BONOMI / P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 463, n°11.

compétence lorsqu'un jugement prononçant le divorce des époux, leur séparation de corps ou l'annulation de leur mariage est susceptible d'être reconnu dans cet État¹¹⁴⁸.

1146. Le déclinatoire de compétence, s'il est utilisé, doit l'être à titre exceptionnel, la décision appartenant à la juridiction saisie laquelle demeure souveraine dans l'appréciation du choix qui lui est offert par l'article 9.1¹¹⁴⁹. Le choix que pourrait faire la juridiction de l'État du for de décliner sa compétence ne laisserait cependant pas les parties démunies. En effet, ces dernières se voient offrir une palette de choix.

1147. En premier lieu, ils peuvent, conformément à la lettre de l'article 9.2, conclure une élection de for en faveur des juridictions d'un autre État membre, dans les conditions de l'article 7¹¹⁵⁰. Cet article, dont la teneur est assez libérale, permet aux parties de saisir, pour statuer sur les questions relatives à la liquidation de leur régime matrimonial les « *juridictions de tout État membre* ». Ainsi, les parties, si elles en conviennent pourront tout à fait, et devront certainement le faire, élire un for au sein duquel leur union a toutes ses chances d'être reconnues.

1148. Prenons ainsi le cas d'un couple composé de deux personnes de même sexe dont l'un est de nationalité roumaine et l'autre de nationalité italienne. Les époux résident habituellement en Bulgarie où une contestation s'élève sur une question liée à leur régime matrimonial. Les époux, sur le fondement de l'article 6 du Règlement saisissent alors la juridiction de l'État membre de leur résidence habituelle soit les juridictions bulgares. Cependant, les juridictions saisies, dès lors que leurs règles de droit international ne permettent pas la reconnaissance de l'union concernée, décident de décliner leur compétence. Les époux se mettent dès lors d'accord et désignent, au moyen d'une clause d'élection de for, de donner compétence aux juridictions françaises quand bien même le lien entre la situation et l'ordre juridique français est tenu voire inexistant. En revanche, par ce choix, les époux s'assurent de porter leur contestation devant un for qui admet la validité de leur union.

¹¹⁴⁸ A. BONOMI / P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 464, n°13 ; E. GALLANT, « Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples », *Europe* n° 3, Mars 2017, étude 3.

¹¹⁴⁹ En effet, aux termes de cet article, la juridiction de l'État membre compétente *peut* décliner sa compétence mais n'est pas contrainte de le faire par le texte.

¹¹⁵⁰ Selon lequel, « 1. Dans les cas visés à l'article 6, les parties peuvent convenir que les juridictions de l'État membre dont la loi est applicable en vertu de l'article 22 ou de l'article 26, paragraphe 1, point a) ou b), ou les juridictions de l'État membre dans lequel le mariage a été célébré ont une compétence exclusive pour statuer sur les questions concernant leur régime matrimonial.

2. La convention visée au paragraphe 1 est formulée par écrit, datée et signée par les parties. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

1149. A défaut d'accord entre les parties, sont compétentes pour statuer sur le régime matrimonial les juridictions de tout autre État membre en vertu de l'article 6¹¹⁵¹, ou 8¹¹⁵² ou les juridictions de l'État membre dans lequel le mariage a été célébré.

1150. A priori, par le juge de l'article 9, les parties pourraient choisir l'une des juridictions qu'il désigne de manière alternative. L'article 9.3 ne prévoit, en effet, aucune hiérarchie entre les différents chefs de compétence qu'il édicte. En tout état de cause, les parties pourraient tout à fait, outre les juridictions désignées par les règles des articles 6 et 8 saisir les juridictions de l'État membre dans lequel le mariage a été célébré. Les parties sont ainsi assurées, du moins sur le principe, de saisir les juridictions d'un État membre qui reconnaît leur union et pourrait, dès lors, statuer sur les questions relatives à leur régime matrimonial.

§2. La possibilité d'organiser, dans le cadre du Règlement Aliments, une compétence de substitution

1151. Traiter la question préalable relative à la validité du mariage et, de manière plus générale, de la relation de famille est une opération essentielle pouvant cependant s'avérer délicate dès lors que la définition de la relation de famille appartient exclusivement à chacun des États, indépendants et souverains pour légiférer en la matière.

1152. Nous l'avons vu, il existe, au sein de la Communauté des États européens, et plus largement, au-delà des frontières européennes, une grande disparité quant à la question de l'admission des unions entre personnes de même sexe, que ce soit le mariage ou d'autres formes

¹¹⁵¹ Aux termes de l'article 6 du Règlement Régimes matrimoniaux : « Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu de l'article 4 ou 5 ou dans des cas autres que ceux prévus à ces articles, sont compétentes pour statuer sur le régime matrimonial des époux les juridictions de l'État membre :

a) sur le territoire duquel les époux ont leur résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,

b) sur le territoire duquel est située la dernière résidence habituelle des époux, dans la mesure où l'un d'eux y réside encore au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,

c) sur le territoire duquel le défendeur a sa résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,

d) dont les deux époux ont la nationalité au moment de la saisine de la juridiction ».

¹¹⁵² Aux termes de cet article, « 1. Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, la juridiction d'un État membre dont la loi est applicable en vertu de l'article 22 ou de l'article 26, paragraphe 1, point a) ou b), et devant laquelle le défendeur comparait est compétente. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence, ou dans les affaires relevant de l'article 4 ou de l'article 5, paragraphe 1.

2. Avant de se déclarer compétente en vertu du paragraphe 1, la juridiction s'assure que le défendeur est informé de son droit de contester la compétence et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution ».

d'unions ou à celle de l'admission de la gestation pour autrui ou encore celle de l'accès à la procréation médicalement assistée.

1153. Nous l'avons également vu précédemment, l'autonomie des obligations alimentaires, vis-à-vis des relations de famille constituant leur fondement, admis dans le système du Règlement Aliments, de celui de la Convention de Lugano et de La Haye, est un terrain propice aux questions préalables.

1154. Les questions préalables sont susceptibles d'émerger chaque fois qu'il existe une dissociation entre la relation de famille et certains de ses effets. Ce sera ainsi le cas, en matière de régimes matrimoniaux, le Règlement européen ne s'applique pas à la question de l'existence, de la validité ou de la reconnaissance d'un mariage et ne donne, en outre, aucune définition de l'union matrimoniale. Dès lors ces questions seront régies par le droit matériel de l'État du for.

1155. Les questions préalables, nous l'avons précédemment vu, soulèvent quelques écueils lesquels n'ont pas tous trouver de solution uniformément acquise. Les Règlements européens régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés ont alors pris le parti de régler la question sur le terrain du conflit de juridictions et non sur celui du conflit de lois¹¹⁵³.

1156. Le traitement de la question préalable s'effectue traditionnellement sur le terrain du conflit de lois. La question peut notamment se résoudre par application de la loi désignée soit par la règle de conflit du for ou encore par l'application de la loi applicable à la question principale. Aucun règlement européen, aucune convention n'avait, avant les Règlements Régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés, proposé de traiter la question sur le terrain de la compétence.

1157. La compétence de substitution est une innovation des Règlements européens Régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés. Elle pourrait constituer une piste intéressante pour traiter la question préalable dans le cadre du système du Règlement Aliments.

¹¹⁵³L. PERREAU-SAUSSINE, « Union européenne - Le nouveau Règlement européen 'Régimes matrimoniaux' », *JCP G* n°42, 17 octobre 2016, doct. 1116.

1158. Ainsi, le juge saisi pourrait, lorsqu'il doit statuer sur une question alimentaire découlant d'une relation de famille qu'il ne reconnaît pas, n'admet pas ou prohibe, décliner sa compétence et laisser ainsi aux parties la possibilité de choisir un for plus accueillant et partant plus enclins à admettre la validité de leur union.

1159. Si l'on transpose la compétence de substitution consacrée par les Règlements européens régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés au contentieux alimentaire, on donnerait donc à la juridiction de l'État membre saisi pour statuer sur une question alimentaire la possibilité de décliner leur compétence dans le cas où son droit international privé ne reconnaît pas le mariage, le lien de filiation ou de parenté ou, de manière plus générale, la relation de famille concernée par la procédure.

1160. L'article 9 du Règlement régimes matrimoniaux ne fait pas mention de son article 5¹¹⁵⁴. Aussi, les seules juridictions susceptibles de faire usage du déclinatoire de compétence sont celles dont la compétence est fondée sur les articles 4¹¹⁵⁵, 6¹¹⁵⁶, 7¹¹⁵⁷ ou 8¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁴ Sur les raisons de ce choix, voir, pour une possible explication, A. BONOMI / P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 464, n°13 et s.

¹¹⁵⁵ Aux termes de cet article : « Lorsqu'une juridiction d'un État membre est saisie d'une question relative à la succession de l'un des époux, en application du règlement (UE) n° 650/2012, les juridictions dudit État sont compétentes pour statuer sur les questions de régime matrimonial en relation avec ladite affaire de succession ».

¹¹⁵⁶ Selon lequel : « Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu de l'article 4 ou 5 ou dans des cas autres que ceux prévus à ces articles, sont compétentes pour statuer sur le régime matrimonial des époux les juridictions de l'État membre :

a) sur le territoire duquel les époux ont leur résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,

b) sur le territoire duquel est située la dernière résidence habituelle des époux, dans la mesure où l'un d'eux y réside encore au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,

c) sur le territoire duquel le défendeur a sa résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,

d) dont les deux époux ont la nationalité au moment de la saisine de la juridiction ».

¹¹⁵⁷ Dont il résulte que : « 1. Dans les cas visés à l'article 6, les parties peuvent convenir que les juridictions de l'État membre dont la loi est applicable en vertu de l'article 22 ou de l'article 26, paragraphe 1, point a) ou b), ou les juridictions de l'État membre dans lequel le mariage a été célébré ont une compétence exclusive pour statuer sur les questions concernant leur régime matrimonial.

2. La convention visée au paragraphe 1 est formulée par écrit, datée et signée par les parties. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

¹¹⁵⁸ Lequel dispose que : « 1. Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, la juridiction d'un État membre dont la loi est applicable en vertu de l'article 22 ou de l'article 26, paragraphe 1, point a) ou b), et devant laquelle le défendeur comparait est compétente. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence, ou dans les affaires relevant de l'article 4 ou de l'article 5, paragraphe 1. 2. Avant de se déclarer compétente en vertu du paragraphe 1, la juridiction s'assure que le défendeur est informé de son droit de contester la compétence et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution ».

1161. Pourrait-on prévoir d'exclure la possibilité, pour des juridictions de décliner leur compétence dès lors que leur compétence est fondée sur certains chefs de compétence notamment lorsque la question alimentaire est accessoire à une demande principale ?

1162. L'article 3(c) et (d) du Règlement Aliments prévoient deux compétences accessoires permettant à la juridiction compétente, selon la loi du for, pour connaître d'une action relative à l'état des personnes ou à la responsabilité parentale de pouvoir également statuer sur la question alimentaire dès lors que cette question est accessoire à l'action principale sauf dans le cas où la compétence de la juridiction saisie est uniquement fondée sur la nationalité de l'une des parties.

1163. Cet article a donc vocation à s'appliquer lorsque la juridiction saisie d'une demande principale doit également statuer, à titre accessoire, sur les effets alimentaires attachés à cette demande.

1164. Faudrait-il, dans ce cas, laisser à la juridiction saisie la possibilité de décliner sa compétence pour statuer sur les effets alimentaires d'une relation de famille sur laquelle elle doit, en tout état de cause, statuer, à titre principal. En effet, l'on voit mal ce qui justifierait que la juridiction saisie puisse bénéficier d'une clause échappatoire sur le terrain de la demande accessoire uniquement. Si la difficulté il doit y avoir, elle s'élèvera au stade de la demande principale et non au stade de la demande principale. Il serait dès lors peu pertinent de faire jouer le déclinatoire de compétence dans le cadre de l'article 3c) et d).

1165. Dans le cas où les juridictions saisies décideraient de décliner leur compétence, les parties pourront alors convenir de donner compétence aux juridictions de tout autre État membre pour statuer sur les questions alimentaires découlant de la relation de famille concernée dans les conditions de l'article 4 du Règlement Aliments lequel prohibe notamment la conclusion d'élection de for portant sur des obligations alimentaires destinées à des enfants de moins de dix-huit ans.

1166. Enfin, dans le cas où les parties ne conviennent d'aucun accord, pourraient être compétentes pour statuer sur les obligations alimentaires les juridictions de l'État membre de la nationalité commune des parties, devant laquelle le défendeur comparait ou encore les juridictions de l'État membre où, le cas échéant, la relation de famille a été constituée.

1167. Cette dernière possibilité permettrait ainsi aux parties de pouvoir soumettre leur contestation à une juridiction qui serait encline à admettre la validité de cette dernière et ne remettrait pas en cause leur statut.

1168. La décision rendue par la juridiction pourrait alors bénéficier du système de reconnaissance particulièrement libéral consacré par le Règlement Aliments.

CONCLUSION

1169. Ce travail est parti d'un constat selon lequel les obligations alimentaires sont un mécanisme qui a vocation à pallier l'état de besoin d'une personne avec laquelle celui qui doit des aliments entretient un lien particulièrement fort et immuable. Ce lien immuable est un lien de famille. Les mots de Loysel selon lesquels « *Qui fait l'enfant doit le nourrir* », illustre bien le caractère immauble des liens de famille. Si l'on devait replacer ces termes dans une logique de droit international privé, il conviendrait alors de considérer que celui qui doit des aliments ne devrait pas pouvoir échapper à cette obligation peu importe l'obstacle en cause et peu importe soit objectif ou volontaire.

1170. Aux côtés de ce constat, existe un phénomène que l'on retrouve aussi bien le Règlement Aliments mais également dans l'intégralité des textes applicables aux obligations alimentaires : ces dernières sont appréhendées indépendamment des liens de famille sur lesquelles elles reposent. Les dernières décennies ont été marquées par de profonds bouleversements qui ont touché le droit de la famille en France mais également au-delà de nos frontières. La question des obligations alimentaires est fondamentale et touche à l'existence même des individus. Les mutations que connaît actuellement le droit de la famille ont vocation à perdurer et cela nous conduit nécessairement à penser la famille autrement.

1171. Les différents ordres juridiques européens ont une conception du mariage et de la filiation qui leur est propre. Pour certains ordres juridiques, cette conception est fortement ancrée dans leur patrimoine et ils n'entendent absolument pas la changer. Il existe donc, à l'heure actuelle, une évolution qui s'est figée en Europe avec d'une part des États qui ont fait évoluer leur conception du mariage et ou de la filiation et d'autres États qui, en réaction, se sont un peu plus fermés sur eux-mêmes et n'entendent pas du tout s'ouvrir malgré le fait que nous sommes supposés être unis dans la diversité. Un rideau de fer s'est ainsi abaissé en Europe puisque certains pays ont fait le choix de combattre ces nouveaux modes de conjugalité et de filiation.

1172. Ces disparités au sein de notre continent soulèvent d'importantes questions sur le terrain du droit international privé. Prenons le cas d'un couple de parents qui décide de se rendre en Californie et d'avoir recours à une convention de gestation pour autrui. La mère accouche de l'enfant et le couple rentre en France. Seulement, le désamour les atteint et le couple se sépare avant même que la mère d'intention ne puisse adopter l'enfant. Le père souhaite néanmoins

obtenir une contribution de la mère à l'entretien et à l'éducation de leur enfant mais elle s'y refuse et le père saisit alors les juridictions françaises. La mère pourrait tout à fait contester l'existence même de son lien de filiation pour échapper à son obligation alimentaire et pourrait obtiendrait certainement gain de cause. L'action à fins de subsides prévu à l'article 342 du Code civil ne serait ici d'aucun recours - à moins, de son adaptation par le juge.

1173. De même, prenons le cas d'un couple d'époux de même sexe de nationalité française, qui se sont donc mariés en France, et qui résident habituellement en Italie. Le couple se sépare et l'un des époux cherche à obtenir des aliments et saisit donc les juridictions italiennes. Alors que l'époux pourrait obtenir sans difficultés des aliments en France puisque le mariage y est valable, il s'exposerait certainement à un refus en Italie, le juge pouvant ne pas reconnaître l'union ou bien la dénaturer en l'assimilant à une union civile.

1174. Ces exemples et ceux présentés dans le cadre de ce travail peuvent paraître hypothétiques et l'on peut objecter qu'il existe peu de chances que ces situations se produisent.

1175. A cet égard, dans un arrêt en date du 24 mars 2022¹¹⁵⁹, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée dans une espèce où se trouvait en cause un couple de norvégiens de sexe opposé qui avait fait appel à une mère porteuse en Californie. Le nom de la mère d'intention avait été inscrit sur l'acte de naissance de l'enfant mais cette dernière, de retour en Norvège, n'avait pu adopter son enfant parce que le père biologique s'y était opposé.

La Cour européenne des droits de l'homme avait alors juger que l'intérêt supérieur n'exigeait pas d'accueillir les prétentions de la mère et la Cour refuse d'imposer aux autorités nationales une adoption contre la volonté du parent biologique.

1176. Par ailleurs, ces difficultés se sont d'ores et déjà présentées devant la Cour de justice de l'Union européenne dans les arrêts *Coman* et *Pancharevo*. Certes la problématique ne concernait pas les effets alimentaires mais cela aurait tout à fait pu être le cas et la réponse apportée par la Cour de justice aurait certainement été la même.

1177. La question qui se posait était donc de savoir si les méthodes de droit international privé peuvent appréhender ces disparités étant entendu ici que la question est de savoir si elles

¹¹⁵⁹ CEDH, 24 mars 2022, Req. n°30254/18, A.M. c. Norvège.

peuvent permettre une réception sereine de ces liens de famille dans l'ordre juridique du for afin qu'elles puissent y déployer leurs effets alimentaires.

1178. A cet égard, le premier réflexe serait bien entendu de recourir à la méthode conflictuelle. La caractéristique de cette méthode repose sur la recherche de l'ordre juridique avec lequel la situation entretient les liens les plus étroits. Elle repose sur une logique de proximité et le risque de voir une situation non reconnue est alors accru. Cette méthode semble cependant insuffisante et en outre, elle conduirait, dans la grande majorité des cas à un rejet de la prise en compte des relations de famille constituées à l'étranger. Prenons le cas d'une gestation pour autrui réalisée dans un État où la mère porteuse est totalement effacée à la naissance de l'enfant et seul le nom de la mère d'intention est précisé sur l'acte de naissance de l'enfant. La mère d'intention est française. Aux termes de l'article 311-14 du Code civil, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Dans ce cas, la filiation est régie par la loi française et elle ne peut être établie. Ni l'enfant, ni la mère ne pourrait prétendre à une quelconque obligation alimentaire.

1179. Le deuxième réflexe serait alors de se fonder sur la méthode de la reconnaissance laquelle est en principe plus libérale que le raisonnement conflictuel et constitue pour certains un instrument au service de l'optimisation juridique. A la différence de la méthode conflictuelle, la méthode de la reconnaissance est, elle, fondée non pas sur une logique de proximité mais sur une mécanique d'effectivité. L'idée ici est de permettre à une situation effective au sein d'un ordre juridique étranger de l'être également dans l'ordre juridique du for sans contrôler au préalable le respect du facteur de rattachement de la règle de conflit de lois. La méthode de la reconnaissance peut néanmoins avoir certaines faiblesses.

1180. En effet, l'on réfléchit encore à ses conditions. La condition de proximité, notamment, peut être difficilement satisfaite dans certains cas et s'il est nécessaire de garantir la sécurité juridique et les prévisions légitimes, il est également important de respecter les spécificités nationales et d'assurer la cohérence de l'ordre juridique du for.

Sur ce point, l'avantage de la méthode de la reconnaissance est qu'elle est une méthode de compromis puisqu'il est possible de cantonner la reconnaissance à certains effets seulement et de lui asséner ainsi une vocation fonctionnelle. Dans un tel cas, il sera alors possible reconnaître le rapport de famille en cause mais uniquement à des fins alimentaires.

1181. Enfin, une autre piste de réflexion peut être cherchée dans le texte du Règlement européen relatif aux régimes matrimoniaux. L'article 9 de ce Règlement consacre une compétence dite de substitution, également appelée « clause bulgare » permettant à la juridiction saisie (et compétente en vertu) de certaines dispositions du Règlement peut décliner sa compétence si son droit international privé ne reconnaît pas le mariage aux fins d'une procédure de régimes matrimoniaux. Ce déclinatoire de compétence doit intervenir à titre exceptionnel et permet en réalité au juge de ne pas avoir à statuer sur une situation qu'il ne reconnaît pas ou même qu'il interdit. Les parties ne sont pas laissées démunies et ont à leur disposition une palette de possibilités dont la saisine des juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le mariage a été célébré. Cette compétence de substitution pourrait être aménagée dans le cas du Règlement Aliments et la décision ainsi rendue pourrait circuler sans entrave puisqu'elle bénéficierait alors du système de reconnaissance libérale consacré par le Règlement.

TABLE DES MATIERES

Première partie Les institutions familiales, au fondement de l'obligation alimentaire ..	25
Titre 1 Les fondements de l'obligation alimentaire en droit interne	26
Chapitre 1 : Les fondements traditionnels de l'obligation alimentaire.....	27
Section 1. Les liens de famille reposant sur un lien d'alliance	27
§1. Les liens d'alliance : le mariage.....	27
A. Le mariage appréhendé comme l'union entre un homme et une femme	27
B. La solidarité matrimoniale	32
1. La contribution aux charges du mariage.....	32
2. Le devoir de secours	32
3. La distinction entre la contribution aux charges du mariage et le devoir de secours.....	33
C. La solidarité au stade de la désunion du couple.....	33
1. La solidarité au cours de la procédure de divorce.....	34
2. La dissolution du lien matrimonial	34
Section 2. L'obligation parentale d'entretien.....	44
Chapitre 2 : Les nouvelles relations fondatrices d'une obligation alimentaire.....	49
Section 1. L'admission de nouvelles relations conjugales.....	49
§ 1. Le mariage entre personnes de même sexe.....	49
A. Le mariage appréhendé comme un fait social.....	49
B. L'admission du mariage entre personnes de même sexe en droit français ..	51
§ 2. Les relations de couples informelles.....	55
A. Le concubinage	55
B. Le Pacte civil de solidarité	73
Section 2 : La mutation des modèles de parenté et de parentalité	83
§ 1. Les techniques de procréation assistée	84

A.	La gestation pour autrui	84
B.	L'assistance médicale à la procréation.....	94
1.	L'admission de l'assistance médicale à la procréation.....	95
2.	L'admission de l'assistance médicale à la procréation pour les couples de femmes et les femmes célibataires.....	100
§ 2.	La recomposition familiale	102
A.	La prise en charge, par le beau-parent, des frais liés à l'entretien et de l'éducation de l'enfant de son conjoint, partenaire ou concubin	106
1.	L'incidence du mariage sur la prise en charge de l'enfant non commun par le beau-parent.....	107
2.	La prise en charge de l'enfant non commun par le partenaire.....	110
3.	La prise en charge de l'enfant non commun par le concubin	110
B.	La prise en charge volontaire de l'enfant non commun par le beau-parent	111
Titre 2	Une étude comparative des institutions familiales.....	116
Chapitre 1 :	L'approche permissive ou prohibitive des ordres juridiques face à l'admission de relations familiales nouvelles.....	118
Section .1	L'ouverture progressive des ordres juridiques à l'admission de relations familiales nouvelles	118
§ 1.	L'admission de nouveaux statuts conjugaux	118
A.	Le mariage entre personnes de même sexe.....	118
1.	L'ouverture du mariage entre personnes de même sexe : l'exemple récent de la Suisse.....	120
2.	L'entrée en vigueur du mariage entre personnes de même sexe en Allemagne.....	123
B.	Les partenariats enregistrés et les unions non maritales	126
1.	L'introduction de l'union civile en droit italien.....	126
2.	Les partenariats enregistrés : l'exemple de la Suisse.....	141
§ 2.	L'ouverture progressive des ordres juridiques à l'admission de nouveaux modes d'établissement de la filiation.....	144

A.	La procréation médicalement assistée	145
B.	La gestation pour autrui	148
1.	L'admission de la gestation pour autrui au Royaume-Uni	149
2.	L'admission de la gestation pour autrui en Grèce	153
Section 2.	La résistance de certains ordres juridiques à l'admission de nouvelles relations familiales.....	162
§ 1.	La résistance de certains ordres juridiques nationaux à l'admission d'un statut conjugal nouveau.....	162
§ 2.	La résistance de certains ordres juridiques nationaux à l'admission de nouveaux modes d'établissement de la filiation	167
A.	La législation italienne	168
B.	La législation suisse	172
C.	La législation allemande	174
D.	La législation espagnole.....	174
E.	La mise en place d'une coopération étatique en matière de filiation.....	176
1.	La mise en place d'une coopération internationale : le projet de convention de La Haye sur la filiation.....	177
2.	Le projet de règlement européen sur la compétence, la loi applicable et la reconnaissance des décisions et l'acceptation des actes authentiques en matière de parentalité et sur la création d'un certificat européen de parentalité.	181
Chapitre 2.	Les obligations alimentaires en droit comparé.....	185
Section 1.	La solidarité matrimoniale	185
§ 1.	La solidarité entre les époux en cours du mariage	185
§ 2.	La solidarité dans le cadre de la désunion du couple.....	187
Section 2.	La solidarité dans le cadre des unions non maritales.....	191
§ 1.	Le partenariat enregistré : l'exemple de la Suisse	191
§ 2.	La solidarité dans le cadre du concubinage	192
Section 3.	La solidarité dans les familles recomposées en droit comparé.....	196

§1. La prise en charge de l'entretien de l'enfant non commun par le beau parent conditionné par l'existence d'un mariage ou d'un partenariat enregistré	196
A. La position de la Suisse.....	197
B. La position des Pays-Bas : un statut du beau-parent conditionné par la durée du mariage et l'intégration de l'enfant au sein de la famille recomposée	202
C. La position de la Suède : une reconnaissance cantonnée aux familles homoparentales	203
§2. L'absence du statut du beau-parent.....	204

DEUXIEME PARTIE : Les relations de famille et la circulation des obligations alimentaires	205
Titre I. La nécessité de la soumission de l'obligation alimentaire à une réglementation supranationale	205
Chapitre 1. Le traitement du contentieux alimentaire par les autorités de l'Union européenne	206
Section 1 : Le principe de la dissociation de la catégorie obligations alimentaires des catégories connexes dans le Règlement Aliments	207
§1. La compétence juridictionnelle.....	208
A. Les règles de compétence objectives	208
1. Les chefs de compétence du Règlement Aliments	208
2. Le maintien de la compétence juridictionnelle	215
B. Les règles de compétence fondées sur la volonté des parties	218
1. La désignation conventionnelle d'un for compétent : l'élection de for.	218
2. La compétence fondée sur la comparution du défendeur	219
§2. La compétence législative.....	223
§3. La suppression des frontières judiciaires au sein de l'Union européenne : le système de reconnaissance facilitée des décisions alimentaires mis en place par le Règlement Aliments.....	226
A. La nécessité d'une suppression de l'exequatur pour les décisions relatives aux obligations alimentaires	226

B. La suppression de l'exequatur pour les décisions rendues par les juridictions d'un État membre lié par le Protocole de La Haye	230
C. Le mécanisme facilité de reconnaissance des décisions rendues par les juridictions des États membres non liés par le Protocole de La Haye	239
Chapitre 2. Le traitement du contentieux alimentaire par la Convention de Lugano et par la Conférence de La Haye.....	242
Section 1. Le traitement du contentieux alimentaire par la Convention de Lugano..	242
§1. La compétence juridictionnelle.....	242
§2. La reconnaissance et l'exécution des décisions	244
Section 2. Le traitement du contentieux alimentaire par la Conférence de La Haye.	248
§ 1. Les Conventions de La Haye de 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et de 1973 sur la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires	248
§ 2. La Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille	249
Titre II. La reconnaissance de la relation de famille au fondement de l'obligation alimentaire	250
Chapitre I. l'insuffisance de la méthode conflictuelle	252
Section 1. L'affaiblissement de la règle de conflit de lois	252
§ 1. Les limites de la méthode conflictuelle de la règle au stade de la création d'un lien de filiation : le cas de la gestation pour autrui	255
A. Le traitement de l'établissement de la filiation sur le terrain de la reconnaissance	255
B. La soumission des conflits entre parents d'intention et mère porteuse à la méthode conflictuelle.....	273
§ 2. Le maintien de la règle de conflit de lois au stade de la création d'un lien d'alliance.....	275

Section 2. Les questions préalables	287
§1. Les obligations alimentaires : un terrain propice à la question préalable	288
A. L'introduction d'une demande alimentaire à titre principal	289
B. L'introduction d'une demande alimentaire à titre accessoire	294
§ 2. Le traitement de la question préalable	295
A. Les rattachements proposés pour traiter la question préalable	295
1. Le rattachement dépendant	295
2. L'approche fonctionnelle des liens de famille	299
B. La solution retenue : le rattachement autonome	301
C. Une autre solution envisageable : l'harmonisation de la règle de conflits de lois	303
chapitre 2. la construction d'une méthode de reconnaissance des situations sous l'empire d'un droit étranger.....	309
Section 1. La méthode de la reconnaissance des situations familiales au fondement des obligations alimentaires	313
A. La méthode de la reconnaissance.....	315
1. Les antécédents : la théorie des droits acquis	316
2. La méthode de la reconnaissance : une méthode contemporaine détachée de la théorie des droits acquis	321
B. Les conditions de la méthode de la reconnaissance.....	328
1. La cristallisation et la validité de la situation dans l'ordre juridique d'origine.....	328
2. Le lien de proximité entre la situation dont la reconnaissance est sollicitée et l'ordre juridique d'origine.....	332
3. L'absence de fraude et la conformité de la situation à l'ordre public international de l'État requis.....	335
Section 2. La transposition au contentieux alimentaire de la solution consacrée par les Règlements européens régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés	352

§1. La compétence de substitution consacrée par les articles 9 des Règlements Régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés.	353
§2. La possibilité d'organiser, dans le cadre du Règlement Aliments, une compétence de substitution	360
CONCLUSION	365

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages généraux

BONOMI Andrea, BUCHER Andreas, *Droit international privé*, 3^e ed., Bâle 2013.

BONOMI Andrea, *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Genève 2006.

CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz.

CORNU Gérard, *Droit civil, La Famille*, Montchrestien, 8^e éd., 2003.

GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud / NIBOYET Marie-Laure, *Droit international privé*, LGDJ, 5^e édition, 2011.

GRIMALDI Michel, *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000, n°1013.

JAULT-SESEKE Fabienne, *Droit des personnes, de la famille et des incapacités*, Dalloz, 2022, 12^e éd., Les Mémentos Dalloz.

JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français*, 3^e édition, Paris 1938.

MALAUURIE Philippe, FULCHIRON Hugues, *Droit de la famille*, LGDJ, 6^e éd., Paris, 2017.

MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, 11^e édition, Paris 2014.

MAYER Pierre, HEUZE Vincent, REMY Benjamin, *Droit international privé*, 12^e édition, Paris 2019.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 5^e partie, Livre 26, Chapitre 6.

MURAT Pierre, *Droit de la famille*, 2020-2021, 8^e ed.

TERRE François, SIMLER Philippe et Y. LEQUETTE Yves, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Précis, Dalloz, 2013, n° 2.

THERY Irène, *Le démariage, Justice et vie privée*, Paris, Odile JACOB 1993.

THERY Irène, LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, O. JACOB, Paris 2014.

WEILL Alex, TERRE François, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, 1983, 5^e édition

BRILLON Pierre-Jacques, *Nouveau dictionnaire civil et canonique de droit et de pratique*, Paris 1697.

POTHIER Robert-Joseph, *Traité du contrat de mariage*, Tome second, Paris, 1771.

2. Thèses, monographies, recueils et ouvrages collectifs

BATIFFOL Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris 1956.

BONINCHI Marc, *Vichy et l'ordre moral*, Presses universitaires de France 2005.

BONNES AGUILAR Caroline, *L'intérêt patrimonial de l'enfant ausien des familles recomposées*, Thèse, Aix-Marseille Université, 2019.

BONOMI Andrea, WAUTELET Patrick (Dir.), *Le droit européen des successions*, 2^e éd., Bruxelles 2016.

BONOMI Andrea, WAUTELET Patrick (Dir.), *Le droit européen des relations patrimoniales de couple : Commentaire des Règlements 2016/1103 et 2016/1104*, Bruxelles 2021.

BORDEAUX Michèle, *La victoire de la famille dans la France défaite, Vichy 1940-1944*, Paris 2002.

CHEVALIER Pierre, « Divorce - Les instruments internationaux en matière de litiges familiaux, Transfrontaliers », *Droit de la famille* n° 4, Avril 2015, dossier 14.

CORNELOUP Sabine, EGEA Vincent, GALLANT Estelle, JAULT-SESEKE Fabienne (Dir.), *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples – Commentaire des Règlements 2016/1103 et 2016/1104*, Société de législation comparée, Vol. 13, 2018, Collection Trans Europe experts.

DUVILLET Amandine, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVI^e – XX^e siècle)*, Université de Bourgogne 2001.

FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome I, premier projet de Code civil de Cambacérés, p. 18.

FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome IX, Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage par Portalis, Corps législatif, 7 mars 1801

FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome IX, Discussion au Conseil d'État, 6 octobre 1801, Portalis, p. 255.

FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, Portalis.

FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome IX, Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage, Corps législatif, 7 mars 1801, Portalis.

FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome X, p. 77, discussion sur la section II du Chapitre III intitulée De la Reconnaissance des enfants nés hors mariage.

FULCHIRON Hugues, *Le divorce des couples de même sexe en Europe*, in H. FULCHIRON et F. FERRAND (Dir.), *La rupture du mariage en droit comparé*, Paris 2015.

FULCHIRON Hugues (Dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris 2019.

FULLI-LEMAIRE Samuel, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Thèse Paris II, 2017.

GAUDEMET Jean, *Le mariage en Occident, les moeurs et le droit*. Paris, Editions du Cerf, 1987.

GAUTHIER Pierre-Yves, *L'union libre en droit international privé, étude de droit positif et prospectif*, Thèse Paris I, 1986, p. 7.

LAGARDE Paul, « Le principe de proximité dans le droit international privé », *RCADI* 1986, vol. 196.

LEGENDRE Rebecca, *Droits fondamentaux et droit international privé : Réflexion en matière personnelle et familiale*, Thèse, Paris 2018.

MALEVILLE Jacques de, *Du divorce et de la séparation de corps*, Paris, 1801, p. 20.

MEILHAC-PERRI, Marion, *L'autonomie de la volonté dans les filiations électives*, Droit, Université de Bourgogne, 2014.

PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*, Genève 2002.

PFEIFF Sylvia, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, 1re édition, Bruxelles 2017.

REBOURG Muriel, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, université Lyon III, 11 décembre 1996 : Defrénois, coll. de thèse dirigée par B. BEIGNIER, Préface H. FULCHIRON, 2002.

ROKAS, A. Konstantinos, *L'assistance médicale à la procréation en droit international privé comparé*, Thèse, Paris 2016.

ROY Odile, *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010.

SCHIFFINO Nathalie, VARONE Frédéric (dir.), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, Bruylant, 2003.

SCHMIT Louis-Marie, *Les définitions en droit privé*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole 2017.

TACITE Barbara, *Le tiers en famille : du parent social au beau-parent statutaire*, Thèse, Université des Antilles, 2019.

VIARENGO Ilaria, FRANZINA Pietro (Dirs.), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples – A Commentary*, Edward Elgar Publishing, coll. Elgar Commentaries in Private International Law, 2020.

WIDIEZ RASOLONOMENJANAHARY Gaëlle, *Les obligations alimentaires à caractère international*, Thèse, Lille 2019.

3. Articles, commentaires, cours et contributions

AGALLOPOULOU Penelopè, *La loi hellénique concernant les procréations médicalement assistées*, *Droit de la famille* n°5, Mai 2004, étude 11.

AGALLOPOULOU Penelopè, Les procréations médicalement assistée selon le droit hellénique in ROY Odile (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 65.

AFROUKH Mustapha et MARGUENAUD Jean-Pierre, Les conséquences à double tranchant de l'exclusion de la Russie du conseil de l'Europe, *Dalloz Actualités* 30 mars 2022.

ALCARAZ Hubert, « La notion de famille dans les jurisprudences constitutionnelles allemande, espagnole et française », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2000, Constitution et sécurité juridique – Droit constitutionnel, droit communautaire et droit européen, pp. 19-33.

ALGHRANI Amel et GRIFFITHS Danielle, “The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform”, *Child and Family Law Quarterly* 2017, 29 (2).

ANCEL Bertrand, MUIR-WATT Horatia, Aliments sans frontières, *Rev. Crit. DIP*, 2010, n°3, p. 457.

ANCEL Bertrand, « Exécution d'une condamnation alimentaire prononcée après une décision non exécutoire sur la filiation et fixée selon un barème légal », *Rev. Crit. DIP* 2004, p. 440.

ANCEL Bertrand, « Des conditions d'exequatur des décisions étrangères fixant le montant d'une pension alimentaire », *Rev. Crit. DIP* 1995, p. 68.

AREND-CHEVRON Christelle, La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des couples de même sexe, *Courrier Hebdomadaire du CRISP* 2002, n°1780, p. 5-41.

ARMINJON Pierre, La notion des droits acquis en droit international privé, *RCADI*, Vol. 44, 1933, p. 103.

AUDIT Mathias, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* n° 3, Juillet 2004, doct. 100025.

AVASILENEI Catalina, « La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain : une nouvelle forme en attente d'un contentieux », *Rev. Crit. DIP*. 2012, p. 247.

BADDELEY Margareta, « Le droit de la famille, un droit en constante évolution », In CHAPPUIS Christine, FOËX Bénédicte, THEVENOZ Luc, *Le législateur et le droit privé : Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre*, Genève 2006. p. 39-56.

BADDELEY Margareta / LEUBA Audrey, « L'entretien de l'enfant du conjoint et le devoir d'assistance entre époux », in PIOTET Denis, TAPPY Denis, *L'arbre de la méthode et ses fruits civils : recueil de travaux en l'honneur du professeur Suzette SANDOZ*, Genève 2006, pp. 175-187.

BARRIERE-BROUSSE Isabelle, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *JDI* n°1, janvier 2010, doct. 1.

BARRATA Roberto, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI* 2011 vol. 348.

BATIFFOL Henri, « La douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1973, p. 243.

BALESTRA Luigi, « Les concubinages en Italie : aspects juridiques », in *Des concubinages, droit interne, Droit international, Droit comparé*, Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Paris 2002, p. 405.

BANDRAC Monique/ DELAISI DE PARSEVAL Geneviève/ DEPADT-SEBAG Valérie, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? » *D.* 2008, p. 434.

BATTEUR Annick, « L'obligation alimentaire, d'entretien et d'éducation de l'enfant à l'épreuve de la filiation et de l'autorité parentale », *LPA* 24 juin 2010, n°125, p. 30.

BAUDREZ Maryse, DI MANNO Thierry, PARDINI Jean-Jacques, BARDIN Michaël, BECKERICH-DAVILMA Stéphanie, DISPERATI Tatiana, GIUDICELLI Julien, JACQUELOT Fanny, MAILLAFET Céline, ROUDIER Karine, SCHMITT Sylvie, TZUTZUIANO Catherine, « Italie », *In Annuaire international de justice constitutionnelle*, 31-2015, 2016. Constitution et droits sociaux - Constitution et sécurité extérieure. pp. 795-837.

BEAGUE Maïté, « Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées », *J.D.J* 2007, n° 268, pp. 3-21.

BELLETT Pierre, « Les nouvelles Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires », *JDI* 1974, p. 6.

BERDEAUX Florent, « Transcription intégrale des actes d'état civil des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger : quand la CEDH marque le pas, la Cour de cassation s'émancipe... », *AJ Fam.* 2020, p. 131.

BIDAULT Christine, « La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français cesser de déformer et enfin réformer... », *Rev. Crit. DIP* 2020/2, n°2, pp. 247-265.

BINET Jean-René, « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », *Dr. Fam.* n° 9, Septembre 2017, étude 13.

BINET Jean-René, « GPA : Les digues cèdent n France », *Dr. Fam.*, n°2, Février 2020.

BINET Jean-René, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'impose toujours pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels », *Dr. Fam.* n° 1, Janvier 2015, comm. 1.

BLOUGH Rachel, Le concubinage, dix ans après, *Droit de la famille* n°4, Avril 2009, étude 19.

BOICHE Alexandre, « Les règles de compétence judiciaire », *AJ Fam.* 2009, p. 107.

BOICHE Alexandre, « Les obligations alimentaires dans le cadre de la séparation du couple en droit international privé », *Droit et Patrimoine*, Mai 2009, n°181.

BOICHE Alexandre, « Règles de conflit de lois introduites par le Règlement « régimes matrimoniaux », *AJ Fam.* 2018, p. 653.

BOILLET Véronique et DE LUZE Estelle, « Les effets de la gestation pour autrui à caractère international en Suisse : analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral », in BOILLET Véronique, DE LUZE Estelle, ROCA I ESCODA Marta, *La gestation pour autrui: approches juridiques internationales*, Bâle 2018, p. 143.

BOLLEE Sylvain, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 307, n°4.

BOLLEE Sylvain, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », in LAGARDE Paul (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 113.

BOLLEE Sylvain, HAFTEL Bernard, « L'art d'être inconstant - Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui », *Rev. Crit. DIP* 2020, p. 267.

BONNET Vincent, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.* 2013, p. 107.

BONOMI Andrea, « La compétence internationale en matière de divorce – Quelques suggestions pour une (improbable) révision du Règlement Bruxelles IIbis », *Rev. Crit. DIP* 2017, n°4, pp. 511-534.

BONOMI Andrea, Les Règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés – un premier regard depuis la Suisse, in P.-H. STEINAUER, M. MOOSER et A. EIGENMANN (Dir.), *Journée de droit successoral 2019* pp. 170-204.

BONOMI Andrea, Le Règlement européen sur les successions et son impact pour la Suisse, *Semaine judiciaire, Société genevoise de droit et de législation* (Dir.), Genève 2014, II pp. 391-435.

BONOMI Andrea, « La réforme des règles de conflit en matière d'obligations alimentaires. Quelques observations sur les travaux en cours à La Haye et à Bruxelles », in PIOTET Denis et TAPPY Denis (Dir.), *L'arbre de la méthode et ses fruits civils. Recueil de travaux en l'honneur de S. Sandoz*, Zurich 2006.

BONOMI Andrea, The Interaction among the Future EU Instruments on Matrimonial Property, Registered Partnerships and Successions, *Yearbook of Private International Law*, vol. XII, 2010 pp. 217-231.

BONOMI Andrea, « Le nouveau droit européen des successions internationales », 2013/01, *L'Observateur de Bruxelles* 91 pp. 8-13.

BONOMI Andrea, « La compétence des juridictions des États membres de l'Union européenne dans les relations avec les États tiers à l'aune des récentes propositions en matière de droit de la famille et des successions », in *Festschrift für Ivo Schwander, Dike*, Zürich 2011, pp. 665-681.

BONOMI Andrea, SCHMID Christina, « Les propositions de règlement de 2011 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés - Quelques remarques critiques » in *Droit international privé de la famille - Les développements récents en Suisse et en Europe*, Schultess Verlag 2013, pp. 53-64.

BONOMI Andrea, « Règles européennes de compétence et règles nationales de reconnaissance : une cohabitation difficile » in *Liber Amicorum Alegría Borrás*, Barcelone 2013, pp. 241-254.

BORRILLO Daniel, « Mariage pour tous et filiation pour certains : les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe », *Droit et Cultures* 2015.

BOYER Laurent, Concubinages et concubinats du Code d'Hamurabi à la fin du XIX^e siècle, in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, Tome I, Paris 1986.

BOUABDALLAH Safia, SAYN Isabelle, « Les justifications de la prestation compensatoire dans le discours juridique français », *Canadian Journal of Law and Society, Revue Canadienne Droit et Société*, 2016, Vol. 31, no. 2, pp. 161-181.

BRULEY Yves, « Mariage et famille sous Napoléon : Le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La Revue* 2012, n°14, p. 111-126.

BRUNET Laurence, « L'ouverture de l'AMP à toutes : enjeux et scories du débat sur l'établissement de la filiation homoparentale », *Journal du Droit de la santé et de l'assurance – maladie* 2020, n°25, pp. 11-18.

BRUNET Laurence, « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus - Splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ Fam.* 2021, p. 522.

BRUNET Laurence, « L'adoption au sein des couples de même sexe : une « falsification » de la réalité ? » in *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2013.

BRUNETTI-PONS Clotilde, « L'émergence de la notion de couple en droit civil », *RTD civ.* 1999 p. 27.

BRUNETTI-PONS Clotilde, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille, 1^{ère} partie », *Droit de la famille* n°5, Mai 2003, chron. 15.

BUCHER Andreas, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI* 2009, vol. 341, p. 359-360.

BUCHER Andreas, « Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille », *Swiss Review of International and European Law* 2016, p. 443.

BUREAU Dominique, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité » in *Les relations privées internationales, Mélanges en l'honneur du professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 155.

BURGOGNE-LARSEN Laurence, « La jurisprudence des cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la famille », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2013/2 n° 39, pp. 227 à 250.

CALLE Pierre, « L'acte authentique établi à l'étranger Validité et exécution en France », *Rev. Crit. DIP.* 2005, p. 377.

CANDIDE Lucie, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.* 4 octobre 2012, n°278, p.7.

CAP Sylvie, SOSSON Jehane « La place juridique du tiers au lien de filiation », in RENCHON, Jean-Louis et SOSSON, Jehanne (dirs.) *Filiation et parentalité. Actes du XIII^e colloque de l'Association « Famille & Droit »*, Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013"- p. 267-312.

CARSWELL Robert Douglas, « The Doctrine of Vested Rights in Private International Law », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 8, n°. 2, Avril 1959, pp. 268-288.

CASEY Jérôme, « Objectivisation du divorce, que d'injustices sont commises en ton nom ! », *Gaz. Pal.*, 5 février 2011, n°36, p. 5.

- CASEY Jérôme, Quel avenir pour le mariage ? *Gaz. Pal.* 2012, n°259, p. 9.
- CASTAGNE Suzel, « Mariage, PACS, concubinage Analyse comparative », *JCP N*, n° 46, 14 Novembre 2008, 1325.
- CARAYON Lisa, Personne trans et loi de bioéthique : histoire d'un silence, *AJ Fam.* 2021, p. 543.
- CARLIER Jean-Yves, « Vers un ordre public européen des droits fondamentaux – L'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt *Coman* », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme* 2019, n°119, pp.203-227.
- CHASSAGNADE-BELMIN Paul, La reconnaissance juridique de l'union libre, *Revue catholique des institutions et du droit*, novembre-décembre 1930, vol. 68, p. 533.
- CORNELOUP Sabine, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *TCFDIP* 2010-2012, p. 189.
- CORNELOUP Sabine, KRUGER Thalia, « Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du terrain », *Rev. Crit. DIP* 2020, n°2, pp. 215-245.
- CORNU Gérard, Le règne discret de l'analogie, in *Mélanges offerts à André COLOMER*, LexisNexis, coll. Litec, 1993, p. 129 et s.
- CORPART Isabelle, « La pluriparentalité en chantier », *Presses universitaires de France* 2006/4, n°28, pp. 61 à 71.
- CORPART Isabelle, « Le Mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *AJ Fam.* 2013, p. 340.
- COSTACHE Mirela, “Few Considerations on the Maintenance Obligation in the Romanian Civil Law”, *AUDJ*, vol. 13, no. 2/2017, pp. 136-146.
- COTTIER Michelle, « Représentations juridiques de la mère porteuse et modèles de régulation de la gestation pour autrui », in BOILLET Véronique, DE LUZE Estelle, ROCA I ESCODA Marta, *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Bâle 2018, pp. 15-27.
- COUDRAIS Maud, « L'obligation naturelle : une idée moderne ? » *RTD Civ.* 2011, p.453.
- COUSTET Thomas, « GPA et PMA : la Cour de cassation facilite la filiation du « parent d'intention », *Dalloz actualités* 20 décembre 2019.
- CREMADES Juan Antonio, « Chronique de droit international privé espagnol », *JDI*, n° 3, Juillet 2013, chron. 7.
- CURIER-ROCHE Pauline, « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : « évolution-révolution » ? », *RDSS* 2021, p. 769.
- CURRY-SUMNER Ian, *Same-sex Relationships in a European Perspective*, in J.M. SCHERPE, *European Family Law Volume III*.
- CURRY-SUMNER Ian, “Uniform Patterns Regarding Same-Sex Relationships”, *International Law Forum du droit international* 2005, pp. 186–194.
- DE GUILLENSCHMIDT GUIGNOT Ariane, « Divorce – Intermédiation financière des pensions alimentaires – Fiche pratique », *Dr. Fam.* n°7-8, Juillet 2021, prat. 2.
- D'ALTON-HARRISON Rita, *Mater Semper Incertus Est: Who's your Mummy*, *Medical Law Review* 2014, pp. 1-27.
- D'AVOUT Louis, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *TCFDIP*, 2014-2016, Pedone 2017, pp. 215-246.

DALY Eoin, « Irlande », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2015. Juges constitutionnels et doctrine – Constitutions et transitions, p. 119-123.

DANDOY Nathalie, GRANET Frédérique et FAVIER Yann, « Les logiques implicites de la prestation compensatoire dans le divorce : approches comparées européennes », *Canadian Journal of Law and Society, Revue Canadienne Droit et Société* 2016, Volume 31, n°2, pp. 139-160.

DANE Perry, « Vested Rights, "Vestedness," and Choice of Law », *The Yale Law Journal*, Vol. 96, n°6, mai 1987, p. 1191.

DAVID Stéphane, « La fixation de la prestation compensatoire », *AJ Famille* 2007, p. 108.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « PACS et famille, Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD civ.* 2001, p. 529.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit de la famille », *RTD. Civ.* 1995, p. 249.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Familles recomposées : l'impuissance du droit ! », *Dialogues* 2013, n°201, pp. 23-34.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au PACS (et au-delà...), *Pouvoirs* 2003, n°107, pp. 37-53.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Désinstitutionnalisation de la famille : mutations et interrogations », *Ethique et Famille* 2011, pp. 43-56.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Enjeux éthiques des transformations juridique de la famille », *L'Harmattan, « Éthique en contextes »*, 2013, pp. 15 à 30.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, LEROYER Anne-Marie, DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Remise en cause de l'interdiction de la GPA en France ? » *AJ Fam.* 2018, p. 583.

DEL VALLE-LEZIER Ismérie, « Solidarité dans les couples, les aspects civils », *Revue française des affaires sociales* 2005, p. 81-100.

DELECOURT Florence, « Les rapports alimentaires et patrimoniaux dans les familles recomposées », *Dr. et Patr.*, n° 85, 1er septembre 2000.

DESARTIN Cécile, « L'obligation alimentaire », *La Documentation française, Retraite et sociétés*, 2015/1, n°70, pp. 167-172.

DETHLOFF Nina, "Same-Sex Parents in a Comparative Perspective", *International Law FORUM du droit international* 2005, pp.195-205.

DESGORGES Richard, « Les problèmes soulevés par le contentieux des obligations alimentaires n droit de l'Union européenne », *RDSS* 2015, p. 812.

DEVERS Alain, « Les praticiens et le droit international privé européen de la famille », *Europe* n° 11, Novembre 2013, étude 9.

DEVERS Alain, « L'articulation des instruments internationaux en matière de contentieux parental », *Dr. Fam.* avril 2015.

DE VOS Pierre, "The « right to be different » : the same-sex marriage judgement of South Africa's Constitutional Court", *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2014/2015, p. 15.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « La conformité à l'article 8 de la Convention EDH de mesures conduisant à séparer un enfant issu de GPA de ses parents d'intention - Note sous CEDH, gr. ch., 24 janv. 2017, Paradiso et Campanelli c/Italie », *Dr. Fam.* n° 4, Avril 2017, étude 4.

DITTGEN Alfred, « Les mariages civils en Europe : histoires, contextes, chiffres », *Droit et société* 1997, n°36-37, p. 309-329.

DOHOTARIU Anca, « La vie à deux hors mariage : du juridique au politique dans le postcommunisme roumain », *Politiques sociales et familiales*, n°115, 2014 - Dossier Genre, famille et État en Europe centrale et orientale, pp. 37-45.

DORIAT-DUBAN Myriam et BOURREAU-DUBOIS Cécile, « Quand l'économie renouvelle le droit : l'exemple de la justification de l'obligation alimentaire envers l'ex-époux en cas de divorce », *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, 2016, Vol. 31, no. 2, pp. 203 – 217.

DOUCHY-OUDOT Méline, « Contentieux familial - Pension alimentaire et Intermédiation financière », *Procédures* n°2, Février 2022, comm. 37.

DOURIS Marie, « La diversité des couples et l'unicité de la parenté : une évolution contenue du droit français de la famille, in L'évolution du concept de famille en Europe depuis trente ans : Étude pluridisciplinaire, sous la direction de P. BOUCAUD, Bruylant, 2009.

DUFAU-RICHET Bérénice, VALENTIN Maria « La violation de la liberté reproductive ou le droit à la non-reproduction : l'impuissance du droit international », *JCP G* n°19, 16 mai 2022, 632.

DUMORTIER Thomas, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion 'protectrice' », *La Revue des droits de l'homme*, Vol. 3, 2013.

ENGELI Isabelle, ROCA I ESCODA Marta, Le mariage à l'épreuve : les défis du partenariat de même sexe et de la procréation médicalement assistée en Suisse, *Politique et Sociétés*, 31 (2), p. 51-66.

ENTENZA Hector, « Adoption de l'enfant du partenaire - l'interdiction de la discrimination entre couples de même sexe et couples hétérosexuels comme motif de révision du droit de l'adoption ? », *Jusletter Weblaw* 2 juin 2014.

EVERAERT DUMON Dominique, « Le nouveau service public de versement des pensions alimentaires - . - D'une logique de récupération à une logique de prévention », *Dr. Fam.*, n° 6, Juin 2020, étude 20.

FARGE Michel, « Loi applicable à l'action en réduction d'une pension alimentaire due à un enfant », *Dr. Fam.* n° 12, Décembre 2018, comm. 292.

FARGE Michel, « Promotion transfrontière du droit à obtenir des aliments l'apport du Règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 », *Dr. Fam.* n° 9, Septembre 2011, étude 18.

FAVIER Yann, « La famille et l'Europe, la concurrence des droits dans la vie privée et familiale », *Union nationale des associations familiales, Recherches familiales*, 2008/1 n° 5 | pages 79 à 94.

FENTON Rachel Ann, “Catholic Doctrine versus women’s rights: the new Italian law on assisted reproduction”, *Medical Law Review*, 14, Spring 2006, pp. 73–107.

FENOUILLET Dominique, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? » La parentalité en question : l’effet probable d’entraînement, *LPA*, 24 mars 2010, n°59, p. 18.

FERRAND Frédérique, Droit de la famille et obligations alimentaires – Aperçu comparatif, *RIDC*, Vol. 65 N°3, 2013. pp.637-680.

FINE Agnès, « Avoir deux pères ou deux mères : révolution ou révélation du sens de la filiation ? » *In* *Mariage de même sexe et filiation*, Paris : Éditions de l’École des hautes études en sciences sociales, 2013.

FLORIMOND Guillaume, « Le droit international privé face à la diversité des couples », *Revue juridique de l’Ouest* 2016, Le couple en droit international privé. Première journée de droit international privé Bertrand D’Argenté, pp. 15-43.

FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, « La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères : état des lieux », *Procédures* n° 12, Décembre 2020, étude 26.

FONGARO Eric, « Vers un droit patrimonial européen de la famille », *JCP N*, n°15, 12 avril 2013, 1079.

FORDER Caroline, SAARLOOS Kees, “The establishment of parenthood, A story of successful convergence? Maastricht Faculty of Law”, *Working Papers* n°2007-0 disponible sous SSRN: <https://ssrn.com/abstract=967597> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.967597> (consulté le 14 juin 2022).

FOUNTOULAKIS Christiana, KHALFI Bastien, « Quelques réflexions sur la conception de l’entretien en droit de la famille », *FamPra.ch* 2014 p. 866.

FRANZINA Pietro, *in* VIARENGO Ilaria / FRANZINA Pietro, *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples. A Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, n°9.06.

FULCHIRON Hugues, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d’impact », *D.* 2013, p. 100.

FULCHIRON Hugues, « Homoparenté v. homoparentalité ? Le droit français face à la question homoparentale », *RIDC*, Vol. 64 N°1, 2012. pp. 93-111.

FULCHIRON Hugues « Le Partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », *in* *Mélanges offerts à Jean HAUSER*, LexisNexis-Dalloz, 2012, pp. 125-137.

FULCHIRON Hugues, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune ». 2022, p. 565.

FULCHIRON Hugues, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *JCP G* 2001, act. p. 1628.

FULCHIRON Hugues, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen » in MUIR-WATT, D'AVOUT Louis, BUREAU Dominique (Dirs.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT : les relations privées internationales*, LGDJ 2014.

FULCHIRON Hugues, « Le mariage à l'heure espagnole (réflexions sur les mariages homosexuels en Europe) », *Dr. Famille* 6 juin 2005, alerte 51.

FULCHIRON Hugues, *De l'institution aux droits de l'individu : Réflexions sur le mariage au début du XXIe siècle*, in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de J. FOYER*, Economica 2008, p. 395.

FULCHIRON Hugues, « La prestation compensatoire, mythes et réalités », *D.* 2010, p. 2170.

FULCHIRON Hugues, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale », *JDI*, n°2, avril 2014.

FULCHIRON Hugues, « Le « mariage pour tous » dans l'ordre international : entre articulation et confrontation des normes », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2015. Juges constitutionnels et doctrine - Constitutions et transitions, pp. 177-187.

FULCHIRON Hugues, « Vérité biologique, prohibition de la GPA, fraude à l'adoption et intérêt de l'enfant : comment trouver un juste équilibre ? », *Dr. Fam.* 2019, comm. 216.

FULCHIRON Hugues, « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille - À propos de la décision du Tribunal Supremo espagnol du 6 février 2014 », *Rev. Crit. DIP* 2014, p. 531.

FULCHIRON Hugues, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Deffrénois*, n°19, 15 octobre 2005, p. 1461.

FULCHIRON Hugues, « Le droit international privé de la famille en Europe : unité, diversité, complexité..., » *Dr. Fam.*, avril 2015, dossier 13.

FULCHIRON Hugues, « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Crit. DIP* 2015, p. 1.

FULCHIRON Hugues, « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2015, p. 464.

FULCHIRON Hugues, LEMOULAND Jean-Jacques, *L'émergence d'un droit commun des couples*, in *Mariage-Conjugalité-Parenté-Parentalité* : Dalloz, coll., Thèmes et commentaires, 2009.

FULCHIRON Hugues / PANET Amélie, *Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées ?* *D.* 2018, p. 1674.

FULLI-LEMAIRE Samuel, « L'ordre public international comme révélateur des conceptions nationales. A propos de quelques évolutions récentes en matière familiale », *Droits* 2021/1, n° 73, pp. 105-124.

GALLANT Estelle, « Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples », *Europe* n° 3, Mars 2017, étude 3.

GALLANT Estelle, *Coopération d'Autorités et Recouvrement International des Aliments*, 2 IJPL 54 (2012).

GALLANT Estelle, « The Eu Regulations on matrimonial and patrimonial property », *Rev. Crit. DIP*, n°4, 2020, p. 1140.

GALLANT Estelle, « Le nouveau Règlement Bruxelles IIter », *AJ Fam.*2019, p. 401.

GALLANT Estelle, « *Autonomie conflictuelle et substantielle dans les pactes familiaux internationaux* », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand ANCEL LGDJ*, pp. 709-733.

GALLANT Estelle, « Appréciation de la reconnaissance d'un acte de naissance en vue de la détermination d'une filiation », *Rev. Crit. DIP*, n° 4, 2015, p. 88.

GALLANT Estelle, « Le nouveau droit international privé alimentaire de l'Union : du sur-mesure pour les plaideurs », *Europe* 2012, Etude 2.

GALLANT Estelle / FARGE Michel, « De l'intérêt pour le notariat de s'intéresser aux règles de compétence juridictionnelle internationale », *JCP N* n° 16, 20 avril 2018, 1164.

GALLANT Estelle / FARGE Michel, « Les règles de compétence judiciaire des règlements 'Régimes matrimoniaux' et 'Régimes partenariaux' », *JCP N* n°16, 20 avril 2018, p. 1165.

GALLANT Estelle et JAULT-SESEKE Fabienne, « L'autonomie de la volonté et les obligations alimentaires », in FULCHIRON Hugues, WAUTELET Patrick et PANET Amélie (dirs.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, *Competition Law*, pp. 223-244.

GALLUS Nicole, « Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », *Revue juridique Thémis* 2010, p.144.

GANNAGE Léna, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition Musulmane », *JCP N* n° 12, 23 Mars 2015, 318.

GAREIL-SUTTER Laurence, « Contestation de paternité et PMA exogène à l'étranger : parfois homme varie... », *Dalloz Actualités*, 28 octobre 2020.

GARLICKI Lech, DAÏMALLAH Hakim, « La famille devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2008, *Constitution et liberté d'expression - Famille et droits fondamentaux*, pp. 567-582.

GATEL Jean-Paul, « L'obligation alimentaire dans les secondes familles dites 'recomposées' », *JCP N*, n° 18, 7 Mai 1999, p. 756.

GAUDEMET-TALLON Hélène, *La désunion du couple en droit international privé*, RCADI 2008, vol.226.

GAURON-CARLIN Sabrina, « La gestation pour autrui : État des lieux en Suisse et réflexions prospectives », SJ 2019 II p. 75.

G'SELL Florence, « La légalisation de la maternité pour autrui à l'étranger : exemples de droit comparé », *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, 7, pp. 93-111.

GODECHOT-PATRIS Sara, GUILLAUME Johanna, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe- Perspectives de droit international privé », D. 2013, p. 1756.

GRANAT Mirosław, « Pologne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2009. Constitution et famille(s) - Urgence, exception et Constitution, pp. 271-283.

GRANET Frédérique, La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des Etats membres de la CIEC, Note de synthèse, CIEC, Février 2014.

GRANET- LAMBRECHTS Frédérique, « Filiation - Panorama européen de droit de la filiation », *Dr. Fam.*, n° 10, Octobre 2007, étude 30.

GRANET- LAMBRECHTS Frédérique « Partenariat ou mariage : identité de genre dans les législations européennes », *AJ. Fam.* 2012, p. 540.

GRESSOT-LEGER Séverine, Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en exequatur ? *JDI* 2003, n°3 doct. 100023.

GRÖPL Christoph, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande relative au mariage, aux parents et à la famille. Une modification de la Constitution sans législateur ? », *LPA*, n°116, 15 juin 2016, p. 3.

GRIMALDI Michel, « L'exportation du Code civil », *Le Seuil Pouvoirs* 2003, n°107, p.80-96.

GRIMALDI Michel, « Brèves réflexions sur la loi instituant un mariage pour tous », *Deffrénois*, 15 juillet 2013, n°13-14.

GROSS Martine, COURDURIES Jérôme, « La construction conjugale dans les familles homoparentales, Une organisation financière communautaire ou indépendante ? », *Revue des politiques sociales et familiales*, n°120, 2015. pp. 45-60.

GROPPI Tania et H. DAÏMALLAH Hakim, « La nouvelle famille », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2007-2008, Constitution et liberté d'expression - Famille et droits fondamentaux. pp. 549-565.

GRUBER Urs Peter, « Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand », *Rev. Crit. DIP.* 2013, p. 65.

GOLDIE-GENICON, Charlotte, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », *Déffrénois*, 30 juin 20145, n°12, p. 686.

GOLDSTEIN Gerald, « L'exception de prévisibilité Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois ? », *Rev. Crit. DIP.* 2018, p. 3

GOLDSTEIN Gerald, « La cohabitation hors mariage en droit international privé », *RCADI* 2006, vol. 320

GOUBAU Dominique, « Le mariage pour tous, dix ans après...L'expérience canadienne », *Dr. Famille* juillet 2013, n°7-8, dossier 34.

GUENETTE Dave, TAILLON Patrick, « Canada – La légalisation du mariage pour tous – A la jonction du fédéralisme canadien et des droits et liberté de la personne », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2015. Juges constitutionnels et doctrine – Constitutions et transition, p. 43-52.

GUERIN Marie Cécile, « L'interdiction de la gestation pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes ? *Droit de la famille*, n°10 octobre 2016, p. 39.

GUILLAUME Johanna, « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2121.

GUINCHARD Emmanuel, « Le créancier d'aliments et le droit international privé de l'exécution », *AJ Fam.* 2006, p. 92.

HATZIS Aristides N., "The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece", *SSRN Electronic Journal* September 2010.

HAMMJE Petra, « Mariage pour tous » et droit international privé Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Rev. Crit. DIP.* 2013, p. 773.

HAMMJE Petra , « L'ordre public de rattachement *TCFDIP* 2006-2008, 2009. pp. 153-186.

HAUSER Jean, « Mariage asexué : tout va très bien Madame la Marquise... », *RTD civ.* 2013, p. 579.

HERZFELDER François, *Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel : Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973*, Paris, 1985.

HEUZE Vincent, D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois, *JCP* 2008, I, 166 n°4.

HEYMANN Jeremy et MARCHADIER Fabien, « La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (à propos de l'avis consultatif de la CEDH, grande chambre du 10 avril 2019) », *JDI* n° 4, Octobre 2019, var. 8.

HOCHMANN Thomas, « Le mariage entre personnes de même sexe – l'exemple de l'Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2016 – Constitution et droits sociaux – Constitution et sécurité extérieure, p. 91-98.

HORSEY Kristy, "Fraying at the Edges: UK Surrogacy Law in 2015: H v S (Surrogacy Agreement) [2015] EWFC 36, Re B v C (Surrogacy: Adoption) [2015] EWFC 17, Re Z (A Child: Human Fertilisation and Embryology Act: Parental Order) [2015] EWFC 73, A & B (Children) (Surrogacy: Parental Orders: Time Limits)[2015] EWHC 911 (Fam)" *Medical Law Review*, April 2016.

HOTTELIER Michel, « La loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe », *Presses Universitaires de France, Revue française de droit constitutionnel* 2007/1 n° 69 | pp. 39-55.u

IDOT Laurence, « Règlement « Obligations alimentaires » - Étendue de la compétence du juge », *Europe* n° 10, Octobre 2015, comm. 400.

JAULT-SESEKE Fabienne, « Le séjour des membres de la famille : regard sur la jurisprudence récente de la CJUE », *AJ Fam.*, n° 3, 2021, p. 155.

JAULT-SESEKE Fabienne et CLAVEL Sandrine, « Le projet de code de droit international privé », *D.* n° 19, 2022.

JESTAZ Philippe, L'égalité et l'avenir du droit de la famille, *in L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. TERRE*, Paris 1999.

JOSSERAND Louis, « L'avènement du concubinat », *D.H.* 1932, p. 46.

JOUBERT Nathalie, « La mise en œuvre de l'obligation alimentaire en présence d'un élément d'extranéité dans les relations entre parents et enfants », *Dr. Fam.* janvier 2018, n°1, dossier 3.

JOUBERT Nathalie, « La dernière pierre (provisoire) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale », *Rev. Crit. DIP* 2017, p.1.

JOUBERT Nathalie, « Les conflits familiaux dans un contexte international », *AJ Fam.* 2021, p. 419.

JOUBERT Nathalie, « Le droit aux aliments est un droit qui s'impose aux père et mère qui ne peuvent y renoncer », *Rev. Crit. DIP* 2010, p. 361.

KARILA-DANZIGER Anne / GUILLAUME JOLY Fabien, Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, « Fin de partie », *AJ fam.* 2021, p. 582.

KERNALEGUEN Francis, « Vos enfants ne sont pas vos enfants » : être institué parent ? », *JCP G*, n° 7-8, 13 février 2017, doctr. 185.

KESSLER Guillaume, « La multiparenté », *FamPra.ch* 2020 p. 380.

KESSLER Guillaume, « « La consécration par la CJUE du droit de séjour du conjoint de même sexe du citoyen européen : un pas supplémentaire vers la libre circulation des situations familiales au sein de l'Union européenne ? » *JDI* janvier 2019, n°1, doctr. 2.

KESSLER Guillaume, « Regards comparatistes sur la PMA 'pour toutes' », *AJ Fam.* 2020, p. 117.

KESSLER Guillaume, « Le droit international privé à l'épreuve du renouveau de la filiation », *JDI*, n° 1, Janvier 2020, doctr. 3.

KESSLER Guillaume, « Sacrifice professionnel et prestation compensatoire », *AJ Famille* 2018, p. 218.

KESSLER Guillaume, « La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », *RTD. Civ.* 2019, p. 519.

KESSLER Guillaume, "The Parentage Disruption: A Comparative Approach", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 33, Issue 3, December 2019, pp. 316–336.

KESSLER Guillaume, « Bioéthique - Le marché de la procréation : fatalité ou opportunité ? », *Dr. Fam.* n° 10, octobre 2020, étude 24.

KINSCH Patrick, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 113.

KINSCH Patrick, « Recognition in the Forum of a status acquired abroad – Iprivate international Law rules and European human rights Law » in *Convergence and Divergence in Private international Law - Liber Amicorum Kurt SIEHR*, 2011, pp. 232-275.

KIPOURIDOU Kalioppi, MILAPIDOU Maria, « Surrogacy in Greece. The Legal Framework : a viable model », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2019/I, Vol. 30, pp. 117-132.

KIRCHGAESSNER Stéphanie, « Italian senate passes watered-down bill recognising same-sex civil unions », *The Guardian*, 25 février 2016.

KOHLER Christian, « La nouvelle législation allemande sur le mariage et le droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2018, p. 51.

KOUTEEVA-VATHELOT Tatiana, « Non-violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas de prompt éloignement par les autorités de l'enfant né de gestation pour autrui et sans lien biologique avec les parents d'intention », *Rev. Crit. DIP* 2017, p. 426.

KOVACS Péter, « Hongrie », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2009, Constitution et famille(s) - Urgence, exception et Constitution. pp. 239-248.

LABBEE Xavier, Pacte civil de solidarité, l'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? *JCP* n°42, 15 octobre 2008, doct. 197.

LAGARDE Paul, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 19.

LAGARDE Paul, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? » *RCADI*, 2014, vol. 371, p. 9.

LAGARDE Paul, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures », *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Avril 2004, pp. 225-243.

LAGARDE Paul, « Les questions préalables », *Rép. Dr. Int.*, Décembre 1998.

LAGARDE Paul / GOTHOT Pierre, « Conflits de lois (principes généraux) », *Répertoire de droit international*, Dalloz 2006.

LAMARCHE Marie, « Régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : un pas de plus vers l'harmonisation européenne des règles de droit international privé », *Dr. Fam.* n° 12, Décembre 2016, alerte 91.

LANCE Delphine, MERCHANT Jennifer, « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les Cahiers de la justice* 2016, p. 231.

LATIL Cédric, « Transcription intégrale de l'acte de naissance d'un enfant né d'une gestation pour autrui : vers une solution de principe ? », *AJ. Fam.* 2021, p. 54.

LE GUIDEC Raymond, Regards sur les fonctions économiques de la famille, *in* Mélanges en l'honneur de Jean HAUSER, Paris 2012, p. 299.

LE MAIGAT Patrice, « Gestation pour autrui : la fin de l'interdit ? », *Gaz. Pal.* 7 janvier 2020, n°1, p. 20.

LEBEL Aurélie, Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit, *AJ Famille* 2013, p. 122.

LEBORGNE Anne, DAÏMLLAH Hakim, « Droits fondamentaux de la famille. Droits fondamentaux dans la Famille », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2008, Constitution et liberté d'expression - Famille et droits fondamentaux, pp. 503-520.

LEDUQUE Chloé, « Adoption plénière par l'époux du père de l'enfant né par GPA à l'étranger », *Droit de la famille* n° 1, Janvier 2021, comm. 12.

LEGENBRE Rebecca, « L'échec de la concentration du contentieux familial dans l'espace judiciaire européen », *Rev. Crit. DIP*, 2020, n°3, p. 503 à 525.

LEGENBRE Rebecca, « Droits fondamentaux et droit international privé Réflexion en matière personnelle et familiale », *Revue de droit international d'Assas* n° 2, Décembre 2019, 17.

LEMOULAND Jean-Jacques, « Le tourisme procréatif », *Les Petites Affiches*, 28 mars 2001, p. 24.

LEMOULAND Jean-Jacques, « Assistance médicale à la procréation et nouvelle loi bioéthique : quelle filiation pour les enfants ? », *Dalloz Actualités*, 15 septembre 2021.

LEQUETTE Yves, Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? *RCADI* 2017, vol. 387.

LEQUETTE Yves, Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, *RCADI* 1994, t. II.

LEROYER Anne-Marie, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.* 2014, p. 2031.

LEROYER Anne-Marie, « GPA : un avis faussement salvateur de la maternité d'intention », *RTD. Civ.* 2019, p. 307.

LEROYER Anne-Marie, « GPA - maternité d'intention : ce sera l'adoption », *RTD. Civ.* 202, p. 865.

LIBCHABER Remi, « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875.

LOMBARD Alexandre, « La filiation pour les couples de même sexe sous l'angle du bien de l'enfant », *FamPra.ch* 2017 p. 725.

LORENZINI Lucie, « Gestation pour autrui : entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant. – Analyse de droit comparé (droit français et droit italien) au regard de la position de la CEDH », *JDI* n°3, Juillet 2007, doct. 10.

MARGUET Laurie, « GPA : Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent... au-delà même des exigences européennes ? À propos des arrêts rendus par la Cour de cassation le 4 octobre et le 18 décembre 2019 », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droit et libertés* 2020.

MESNIL Marie, « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p. 790.

MALAUURIE Philippe, « Mariage homosexuel et homoparentalité », *Commentaire* 2006 n°16, p. 993-1000.

MARGOT Lisa, « Le droit à la connaissance des origines de l'enfant né de procréation médicalement assistée », *FamPra.ch* 2017 p. 696.

MARRAUD DES GROTTES Gaëlle, « Reconnaissance juridique des beaux-parents : statut ou statu quo ? », *RLDC* 2007/43 n° 2743.

MARTINY Dieter, "Current Developments in the National Law of Maintenance, A comparative Analysis", *European Journal of Law Reform* 2012, p. 65-84.

MARTINY Dieter, "Maintenance obligations in the Conflict of Laws", *RCADI* 1994, vol. 247

MAUGER-VIELPEAU Laurence, « Les sujets et l'objet de la dette alimentaire », *LPA*, 24 juin 2010, n°125, p. 21.

MAYER Pierre, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE : Le droit international privé - esprits et méthodes*, Dalloz 2005, p. 547.

MAYER Pierre, « La reconnaissance : notions et méthodes » in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 27.

MCELEAVY Peter, "Free Movement of Persons and Cross-Border Relationships", *International Law Forum du droit international* 2005, pp. 153–158.

MCGLYNN Clare, « Family Reunion and the Free Movement of Persons in European Union Law », *International Law Forum du droit international* 2005, pp. 159–166.

MELIN François, « Obligations alimentaires et compétence dans l'Union », *Dalloz Actualité* 15 janvier 2015.

MEIER Philippe, « L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *FamPra.ch* 2012 p. 255.

MEIER Philippe, « La dette alimentaire (art. 328/329 CC) État des lieux », *RNRF* 91/2010 p. 1.

MESSINEO Jimmy, « Libres propos – L’élaboration d’un traitement international des gestations pour autrui transfrontières », *Revue de droit international d’Assas*, n°1, janvier 2018, 28.

MERCHANT Jennifer, « AMP et gestation pour autrui aux États-Unis, éléments d’analyse » *In* THERY Irène (Dir.), *Mariage de même sexe et filiation Paris 2013* : Éditions de l’École des hautes études en sciences sociales.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, « La problématique du divorce dans les législations d’Europe occidentale », *RIDC*, Vol. 41 N°1, Janvier-mars 1989. pp. 7-58.

MEZGER Ernst, *Les Conventions de La Haye sur la loi applicable et sur la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière d’obligations alimentaires envers les enfants*, *TCFDIP* 1958-1959.

MUIR-WATT Horatia, « Concurrence ou confluence ? droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *Revue internationale de droit économique*, 2013/1 (t. XXVII) | pages 59 à 78.

NASELLI Jennifer, « AMP / GPA : L’état du droit positif après vingt-cinq ans de gestation », *in* BERNARD Sylvain / FARGE Michel (dirs.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille* 2020, pp. 21-35.

NATTIEZ Laura, SANTIAGO José, « Transformations de l’institution familiale dans l’Espagne contemporaine : de la norme à l’ouverture des possibles, Union nationale des associations familiales », *Recherches familiales* 2018, n°15, p. 125 et suivants.

NEIRINCK Claire, « Le mariage homosexuel ou l’arbre qui cache la forêt », *Dr. Famille* octobre 2012, n°10.

NEIRINCK Claire, « Obligation d’entretien : rappel des principes », *Dr. famille* n° 6, Juin 2012, comm. 100.

NORD Nicolas, « Présentation du Règlement Obligations alimentaires », *AJ Fam.* 2011, p. 238.

NORD Nicolas, PORCHERON Delphine, « Gestation pour autrui, panorama de droit comparé », *AJ Fam.* 2018, p. 586.

NOURISSAT Cyril, « La demande relative à l’obligation alimentaire est uniquement l’accessoire de l’action relative à la responsabilité parentale », *Procédures* n° 10, Octobre 2015, comm. 296.

NOURISSAT Cyril, « La loi applicable », *AJ. Fam.* 2009, p.101.

OUEDRAOGO Richard, « Les mutations juridiques de la famille en France : État des lieux d’une institution politisée », *Les Cahiers de droit* 2014, pp. 557-577.

OUDIN Martin, « Commentaire du règlement (CE) du 18 décembre 2008 relatif aux obligations alimentaires », *Revue juridique personnes et famille*, juin 2009, n° 6, p. 8-13.

PAMBOUKIS Charalambos « L’acte quasi public en droit international privé », *Rev. Crit. DIP* 1993, p. 565.

PAMBOUKIS Charalambos, « Les actes publics et la méthode de la reconnaissance *in la* Reconnaissance des situations en droit international privé », *in* LAGARDE Paul (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone 2013.

PATAUT Etienne, « Le renouveau de la théorie des droits acquis, » *TCFDIP* 2006-2008, p. 71.

PARENT Claudine, ROBITAILLE Caroline, Statut et rôle parental des beaux-pères dans les familles recomposées : Intervention sociale en protection de la jeunesse, Éthique et Famille 2011, pp. 101-120.

PAPACHRISTOS Christos, « Grèce : le don d'utérus et le droit hellénique », *in* Gestation pour autrui-Surrogate Motherhood, p. 169.

PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, « Le droit au mariage et à la famille – Contours et implications en droit civil », *FamPra.ch* 2011, p. 321-347.

PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, Le droit de l'adoption à la lumière de la Cour européenne des droits de l'homme : analyse de *lege lata* et *ferenda*, *In* A. LEUBA, PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, B. FOEX. Le droit en question : Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta BADDELEY, Genève, Schulthess Editions Romandes, 2017. p. 187-232.

PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure Le droit au mariage et à la famille – Contours et implications en droit civil, *FamPra.ch* 2011, p. 321-347.

PARENT Claudine, C. ROBITAILLE, « Statut et rôle parental des beaux-pères dans les familles recomposées : Intervention sociale en protection de la jeunesse », Éthique et Famille 2011, pp. 101-120.

PARICARD Sophie, « La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui : une autre voie possible pour la Cour de cassation », *in* *Workshop* L'assistance médicale à la procréation : enjeux actuels en Europe, 2013.

PARIZER-KRIEF Karène, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RIDC*, Vol. 63, n° 3, 2011, p. 645.

PERKUMIEN Dalia, « Legal Regulation of marriage dissolution in Lithuania », Aleksandras Stulginskis University, Kaunas University of Applied Sciences.

PERREAU-SAUSSINE Louis, « Union européenne - Le nouveau Règlement européen 'Régimes matrimoniaux' », *JCP G* n°42, 17 octobre 2016, doctr. 1116.

PERREAU-SAUSSINE Louis, « L'ordre public international : notion et conditions de mise en œuvre », *JCP* n°29, Juillet 2018, 1248.

PERREAU-SAUSSINE Louis, « Qualification de "pacte successoral" et champ d'application du règlement européen n°650/2012 », *Rev. Crit. DIP.*, vol. 2, n°2, p. 399-409.

PERREAU-SAUSSINE Louis, La fraude à la loi en droit international privé : bilan et perspectives, *Revue internationale du patrimoine* 2002, n°10-11, pp. 41-47.

PERREAU-SAUSSINE Louis, « Le nouveau Règlement européen 'Régimes matrimoniaux' », *JCP G* 2016, n°42, p. 1926-1933.

PERREAU-SAUSSINE Louis, « Le nouveau règlement européen "successions" : un équilibre délicat entre juridique et judiciaire », *Europe* 2013, p. 6-11.

PERREAU-SAUSSINE Louis, International Surrogacy Arrangements: French Report, in TRIMMINGS Katarina, International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level, Oxford 2013, Hart Publishing, p. 588.

PETIT Carole, L'entrée du PACS dans le Code des étrangers, *Revue Le Lamy Droit civil*, n°90, 1^{er} février 2012.

PICHONNAZ Pascal, « Conventions et couples concubins », *FamPra.ch* 2002 p. 670.

PIERON Jean-Philippe, « Qu'est-ce qu'une vraie famille ? Procréations médicalement assistées versus adoption internationale », in Edwige RUDE-ANTOINE (dir.), *Éthique et Famille. Tome I*. Paris, L'Harmattan, Éthique en contextes, 2011, pp. 77-97.

PILLET Antoine, « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, vol. 8, 1925, p. 492.

PONS Camille, « La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé », *Revue québécoise de droit international* 2018, 31.1, p. 120.

PRETELLI Ilaria, « Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée : A propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution (Cour de cassation d'Italie (1^{re} sect. civ.), 26 sept. 2014, n° 24001/14 ; Tribunal de Rome (1^{re} sect. civ.) (Ord.), 8 août 2014), *Rev. Crit. DIP*. 2015, p. 559.

PRIOUX France, « La fréquence de l'union libre en France », in *Population*, 50^e année, n°3, 1995, pp. 828-844.

QUINONEZ ESCAMEZ Ana, « Conjugalité, parenté et parentalité : la famille homosexuelle en droit espagnol comparé », *RIDC* 2012, vol. 64, p. 69.

RAINER Arnold, « Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2009, Constitution et famille(s) - Urgence, exception et Constitution, pp. 113-127.

RASS-MASSON Luka, « Protocole de La Haye, 23 nov. 2007 - Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 – Loi du for. – Rétroactivité. – Conflit mobile. Clause d'exception. – Article 4 paragraphe 2 du Protocole. – Prévisibilité des solutions », *JDI* n° 3, Juillet 2019, 22.

RASS-MASSON Luka, « L'ordre public, limite confirmée à la reconnaissance du nom acquis dans un autre État membre de l'Union européenne », *Rev. Crit. DIP*, 2017, n°2, pp. 278-289.

REBOURG Muriel, « La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune », *AJ Fam.* 2007, p. 290.

REBOURG Muriel, « Familles recomposées et liens interpersonnels », *JCP N°* 19, 10 mai 2013, 1127.

REBOURG Muriel, « Recouvrer une pension alimentaire au sein de l'union européenne - Le Livre vert sur les obligations alimentaires », Caisse nationale d'allocations familiales, « Informations sociales » 2006/1 n° 129, pp. 94 à 104.

RENCHON Jean-Louis, « L'avènement du mariage dans le Code civil belge », *Rev. Trim. Dr. Fam.* 2003, p. 439.

RENCHON Jean-Louis, « Parenté sociale et adoption homosexuelle : quel choix politique ? », *Revue générale de droit*, vol. 35(1), pp. 129–159.

RENCHON Jean-Louis, « L'“homoparentalité” en droit belge ». RIDC, Vol. 64 N°1,2012. pp. 35-56.

RIVIER Marie-Claire, « Les secondes familles et le droit des obligations alimentaires », LPA du 08 octobre 1997, n° 121,p. 11.

RIVIERE Antoine, « Mères sans mari. Filles-mères et abandon d'enfants » (Paris, 1870-1920), Genre et Histoire, disponible sous <http://journals.openedition.org/genrehistoire/2292>.

ROCA I ESCODA Marta, GALLUS Nicole, « Ouverture du mariage aux homosexuel.le.s en Espagne et en Belgique : une mise en question du caractère hétérosexué du droit? », *Nouvelles Questions Féministes* 2012/1, Vol. 31, pages 44 à 59.

ROMANO Gian Paolo, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. Crit. DIP* 2006, p. 457.

ROMANO Gian Paolo, « Droits et obligations alimentaires entre êtres humains, droits et obligations entre États et intérêt de la Suisse à adhérer aux Conventions de La Haye de 2007 », *Swiss Review of International and European Law* 2021, p. 51.

ROMANO Gian Paolo « Quelques remarques sur le nouveau Règlement no 1103 du 24 juin 2016 en matière de régimes matrimoniaux et son incidence dans les relations helvético-européennes », *FamPra.ch* 2019 p. 36.

RONFANI Paola, « Les concubinages en Italie : un exemple de « situation statique », in *Des concubinages, droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes* à J. RUBELLIN-DEVICHI, Paris 2002, p. 509.

ROUAST André, *La sécurité sociale et le droit de la famille*, in : *Le droit privé au milieu du XXe siècle*, Études offertes à Georges RIPERT, Tome I, Paris 1950.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « La condition juridique de la famille de fait en France », *JCP G*, n° 19, 7 Mai 1986, doct. 3241.

ROGUE Fanny, « Aliments et familles recomposées », *LPA* 8 septembre 2017, n°179-180, p. 42.

SAGATYS Gediminas, “The concept of family in Lithuanian law”, *Jurisprudencija* 2010, 1(119), pp. 181–196.

SANDOZ Suzette, « Adoption et couples de même sexe », *Jusletter Weblaw* 21 Mai 2012.

SANZ CABALLERO Susana, « Le droit de la famille en Espagne et son évolution récente », in BOUCAUD, P. (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruxelles 2009, p. 106.

SAULIER Maïté, « Les concubins peuvent-ils s’abstenir de contribuer aux charges du ménage ? Étude de jurisprudence récente de la Cour de cassation », *AJ Fam.* 2018, p. 457.

SAULIER Maïté, « Maternité pour autrui, adoption et transcription : fin du débat ? », *AJ Fam.* 2020, p. 588.

SAUTERAUD-MARCENAC Madeleine, « Le recouvrement des aliments à l’étranger (Application des conventions de New-York, La Haye et Bruxelles) », *TCFDIP* 1982-1983, p. 63.

SAVI Caroline, « La loi italienne sur la procréation assistée : une loi controversée », *Droit et cultures, Revue internationale interdisciplinaire* 2006, pp. 161-167.

SAYN Isabelle, « Les obligations alimentaires (droit civil et droit de la protection sociale) », *Revue française des affaires sociales* 2005, pp.11-33.

SCHERPE Jens M., « Protection of Partners in Informal Long-Term Relationships », *International Law Forum du droit international* 2005, pp. 206–212.

SERIAUX Alain, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *RTD Civ.* 1997, p. 53.

SINDRES David, « Gestation pour autrui. – Procréation médicalement assistée. – Parent d'intention. – Établissement du lien de filiation. – Transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger », *JDI* n° 2, Avril 2020, 9.

SINDRES David, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI* n°3, juillet 2012, doctr. 12.

SOERENSEN Bente, « Suppression de l’exequatur », *AJ Fam.* 2009, p.112.

SÖRGJERD Caroline, « Marriage in a European perspective », in SCHERPE Jens M. (Dir.) *European family law volume III*, Edward Elgar Publishing 2016.

SOSSON Jehanne, La place juridique du tiers au lien de filiation, in RENCHON, J.-L. et SOSSON, J. (dir.) ; *Filiation et parentalité. Actes du XIIIe colloque de l’Association « Famille & Droit »*, Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, p. 267-312.

SOTIS Carlo, « Chronique de droit pénal italien », *RSC* 2014, p. 679.

STANKUNIENE Vlada, MASLAUSKAITE Ausra, BAUBLYTE Mare, ZAKHAROV Sergei et REGNIER-LOILIER, Arnaud « La transition vers de nouvelles formes d’union en France, en Lituanie et en Russie », *Revue d’études comparatives Est-Ouest* 2009/3 n° 40, pp. 163-208.

STEINER Eva, « Angleterre : Maternité pour le compte d’autrui entre prohibition et permission », in *Gestation pour autrui-Surrogate motherhood*, p. 40.

STEGMÜLLER Tiffaine, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l’enfant – Étude de droit suisse, p. 50.

STOUDMANN Patrick, « Le nouveau droit de l’entretien de l’enfant en pratique : Ce qui change et ce qui reste », *RMA* 2016 p. 427.

SUDRE Frédéric, « La mystification du ‘consensus’ européen », *JCP G* n°50, 7 Décembre 2015, doctr. 1369.

SZIRMAI Zsolt, Le droit du mariage dans les Codes de la famille tchécoslovaque et polonais, *RIDC* 1952, Vol. 4, p. 281-293.

TANASESCU Elena-Simina, « Roumanie », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2017, Migrations internationales et justice constitutionnelle - Référendums et justice constitutionnelle, pp. 901-910.

THERY Irène, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Droit de la famille*, n°7-8, Juillet 2013, dossier 17.

THERY Irène, « Les transformations de la famille et de la parenté en France », *Studia Politica: Romanian Political Science Review* 2009, pp. 307-314.

THERY Irène, « Ouverture » ou « redéfinition » du mariage civil ? *in* THERY Irène, *Mariage de même sexe et filiation*, Paris 2013.

THEVENET-GROSPIRON Nathalie, « La reconnaissance de la filiation en DIP : la circulation internationale des filiations non charnelles », *JCP N* n° 22, 29 Mai 2015, 1175.

THEVENOT Anne, « Le parental et le conjugal dans les recompositions familiales », *Dialogue* 2001, n°151, p. 51 à 60.

THOLOZAN Olivier, « Obligation alimentaire entre parents et enfants et mutations sociales depuis le Code civil de 1804 *in* Histoire, Théorie et pratique du Droit, Mélanges offerts à Michel Vidal, Presses universitaires de Bordeaux 2010, pp.1040-1050.

THOURET Sylvain, Dossier Mariage, PACS, concubinage : le guide : Effets à l'égard des enfants, *AJ Famille* 2014, p. 672.

TREMOSA François, « Règlements européens, l'articulation du Règlement « Régimes matrimoniaux » et des Règlements « Successions », « Divorce », « Obligations alimentaires » et « Bruxelles II Bis » », *Dr. Famille* n°12, Décembre 2018, Étude 20.

TRIAS Encarna Roca, “Family Law as a Right to Freedoms: The Case of Same-Sex Marriage in Spain”, *International Journal of Law, Policy and The Family* 2017, 31, pp. 79–93.

TRIKI Salma, Le principe de sécurité juridique en droit international privé de la famille, *JDI* octobre 2017, n°4, doctr. 12.

E. URSO, “De facto Families and the Law : Dealing with Rules and Freedom of Choice” *in* A. BAINHAM (ed), *The International Survey of Family Law*, Bristol 2001, p. 187

USUNIER Laurence, « Libre circulation des personnes et reconnaissance mutuelle des situations familiale », *RTD. Civ.* 2018, p. 858.

VALONGO Alessia, KRIARI Ismini, “International Issues Regarding Surrogacy”, *The Italian Law Journal*, Vol. 2, n°2, p. 332.

VIGNEAU Christophe, « Les rapports entre solidarité familiale et solidarité sociale en droit comparé », *RIDC* Vol. 51 n°1, Janvier-mars 1999. pp. 51-81.

VILLAC Michel, RENAUDAT Evelyne, « L'allocation de soutien familial. L'intervention de l'État dans la gestion privée de l'après divorce », *Recherches et Prévisions*, n°26, décembre 1991. pp. 1-12.

VRELLIS Spyridon, Quelques réflexions sur l'influence des droits fondamentaux en droit international privé, *RIDC*, Vol. 69 N°1,2017. pp. 47-64.

WALORMONT René, Les influences belge et française sur le Code civil néerlandais de 1838, *Revue historique de droit français et étranger* 1955, Vol. 32, p. 412-437.

WILLEMS Geoffrey, « Évolution contemporaine du droit de la famille en Europe », in Jacques BESSON et al., Mes papas ! Mes mamans ! Et moi ? *ERES Les Dossiers de Spirale* 2007, pp. 71-89.

WILLIAMS Sarah, ESKENAZI Delphine, DE SANNA Maria Ludovica / VALENTIN Maria, Le statut légal de la gestation pour autrui en Europe, *AJfam.* 2022, p. 329.

WOLFP Karl, Le mariage dans le droit autrichien actuel, *RIDC* 1949, Vol. 4, p. 431-436).

YILDRIM Gulsen, « Répertoire de droit civil, Communauté légale : répartition des dettes », novembre 2019(Actualisation février 2022), n°93.

ZAJTAY Imre, « Le droit du mariage dans le nouveau Code hongrois de la famille », *RIDC* 1954, Vol. 6, p. 491-503.

4. Études, rapports et enquêtes

BUISSON Guillemette et LAPINTE Aude, Le couple dans tous ses états. Non-cohabitation, conjoints de même sexe, PACS... : INSEE Première, n° 1435, févr. 2013, division des enquêtes et études démographiques de l'INSEE.

BONOMI Andrea, Rapport explicatif sur le Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, disponible sur le site de la Conférence de La Haye.

A. BORRAS, J. DEGELING, W. DUNCAN, P. LORTIE, Rapport explicatif sur la Convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille, disponible sur le site de la Conférence de La Haye.

Conseil d'État, Section du rapport et des études, Sciences de la vie – De l'éthique au droit, La Documentation française, 1988.

LAPINTE Aude, Division Enquêtes et études démographiques, Enquête Famille et logements, Insee Première, n°1470, Octobre 2013.

MONEGER Françoise, Gestation pour autrui – Surrogate Motherhood, Collection Colloques Vol. 4, XVIIIe Congrès, Washington D.C., les 25-31 juillet 2010.

VERSINI Dominique, L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui, Défenseur des droits, Rapport annuel 2006, consultable sur <https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=7857>, dernière consultation le 24 août 2021.

Mary WARNOCK, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* 1984, disponible sous <<
https://www.bioeticaacs.org/iceb/documentos/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf>

Les documents de travail du Sénat, Le statut du beau-parent, Étude de législation comparée, n°196, 30 avril 2009.

Modernisation du droit de la famille, Rapport du Conseil fédéral, Suisse, Mars 2015.

La maternité de substitution, Rapport du Conseil fédéral, Suisse, 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012.

European Parliament 2013, A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States

TABLE DES DECISIONS CITEES (PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE)

I. Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 13 juillet 2000, *Group Josi*, affaire C-412/98.

CJCE, 13 juillet 1995, *Danvaern Production A/S c. Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co.*

CJUE, 16 juillet 2015, affaire C-184/14.

CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, affaire C-673/16.

CJUE, 4 juin 2020, *FX c. GZ*, affaire C-41/19.

CJUE, 04-06-2020, affaire C-41/19.

CJUE, Gde Ch., 14 décembre 2021, affaire C490/20.

II. Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 13 septembre 2005, *B et L c/ Royaume-Uni*, n° 36536/02, *Dr. Fam.*, Novembre 2005, comm. 234 note LAMARCHE Marie et GOUTTENOIRE Adeline, *D.* 2006, p. 1416, obs. LEMOULAND Jean-Jacques et VIGNEAU Daniel.

CEDH 24 juin 2010, n° 30141/04, *Schalk et Kopf c/ Autriche*.

CEDH, 5^e sect., 8 nov. 2012, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08

CEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S c/ France*, *Constitutions* 2014. 483, chron. M. AFROUKH ; *RSC* 2014. 626, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RTD civ.* 2014. 620, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2015. 95, chron. P. DUCOULOMBIER.

CEDH, *Oliari et autres c. Italie*, 21 juillet 2015, n°18766/11 et n°36030/11.

CEDH, gr. ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*.

Juridictions de premier degré

Tribunal de grande instance Paris, 19 juin 1979, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 370, note B. ANCEL.

Tribunal administratif de Strasbourg, 3^e Ch., 17 juin 1986, req. n° 648/85 ; Association « Les Cigognes » c. Ministre de l'Intérieur, Commissaire de la République du Bas-Rhin.

TGI Versailles, 29 avr. 2014, n° 13/00168, *D.* 2014. 1041, et 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *AJ fam.* 2014. 368, obs. C. MECARY, et 267, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, n° 14/01472, *D.* 2014, p. 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE.

TGI Nanterre, 8 juill. 2014, n° 13/14804, D. 2014, p. 1669, note P. REIGNE.

Juridictions d'appel

Cour d'appel de Rennes, 29 juin 1982, Rev. crit. DIP 1983, p. 504.

Cour d'appel Bordeaux, 7 juin 1994, *JCP N* 4 octobre 1996, n°40, p. 1403, comm. VASSAUX Joëlle.

Cour d'appel Bordeaux, Chambre 6, 26 novembre 1997.

Cour d'appel Bourges, 8 décembre 1997, *RTD civ.* 1998, p. 884 obs. HAUSER Jean, *Dr. Famille* 1998, comm. N° 89, obs. BEIGNIER Bernard.

Cour d'appel Paris, Chambre 25 Section A, 15 janvier 1999.

Cour d'appel Toulouse, Chambre 1 section 2, 4 décembre 2000.

Cour d'appel de Paris, 15 juin 1990, 89-18 925 G. c/ TGI Paris et 89-18 375 T c/ TGI Paris, *D.* 1990, p. 540, note F. BOULANGER ; *RTD Civ.* 1990, p. 457, note J. RUBELLIN-DEVICHI ; *Rev. Crit. DIP* 1991, p. 711, note C. LABRUSSE-RIOU ; *JDI* 1990, p. 982, note H. GAUDEMET-TALLON.

Cour d'appel de Metz, 11 février 2014, n° 12/00813.

Cour de cassation

Ch. Crim., 26 novembre 1926, *DP* 1927, 1, p. 73, note LALOU Henri.

Civ. 2, 25 février 1970, pourvoi n°68-13.398.

Ch. Mixte, 27 février 1970, n° 68-10276

Civ. 2, 14 novembre 1973, pourvoi n°72-13.709.

Cass., Civ. 2, 18 juin 1975, pourvoi n°74-12.513

Civ. 1, 18 mai 1976, n°74-14.303, JDI 1977, p. 485, note HUET ; Rev. crit. DIP 1977, p. 351, note M. SIMON-DEPITRE / J. FOYER.

Civ. 1, 25 janvier 1977, n°74-13.437, D. 1977, p. 685, note M. MEZGER, JDI 1977, p. 472, note D. RUZIE.

Civ. 1, 24 oct. 1977: Bull. civ. 1977, I, n° 383.

Civ. 1, 9 janvier 1979, n°77-12.991.

Civ. 1, 27 oct. 1981, Bull. civ. I, n° 308 ; 12 mars 1985, JCP 1985. II. 20449, concl. GULPHE ; Rev. crit. DIP 1985, p. 677, note B. ANCEL.

Civ. 1, 10 mars 1982, n°81-10.200, Rev. crit. DIP 1982, note M. MEZGER.

Civ. 1re, 9 nov. 1983, Rev. crit. DIP 1984. 501, note B. ANCEL.

Civ. 1, 11 janvier 1984, n°82-16198, *RTD civ.* 1985, p. 171, obs. J. MESTRE.

Cass., Civ. 2, 6 février 1985, pourvoi n°83-14786.

Civ. 2, 27 juin 1985, Bull. civ. II, n°131 ; D. 1986.230, obs. BÉNABENT.

Civ. 1, 18 mars 1986, Bull. civ. I, n° 70.

Civ. 1, 16 juillet 1986, Bull. Civ. 1986 I, n°208.

Civ. 1, 19 avr. 1988, Bull. civ. I, n° 105.

Civ. 1, 31 mai 1988, n°86-14019

Civ. 2^e, 20 mars 1989, n°87-11619, *JCP N* 1989, II, p. 488 ; D. 1989, jurispr. p. 582, note MASSIP.

Ch. Soc., 11 juillet 1989, pourvoi n°86-10665 et n°85-46008.

Civ. 1, 3 avril 1990, n°87-19.296.

Civ. 2^e, 26 avril 1990, n°88-10337, *RTD Civ.* 1991, p. 305, obs. HAUSER Jean.

Cass. Civ. 1, 19 mars 1991, n°88-19400, *RTD civ.*, p. 507, obs. J. HAUSER.

Assemblée plénière, 31 mai 1991, n°90-20.105 : *JCP G* 1991, II, 21752, note F. TERRE.

Civ. 1, 2 décembre 1992, n°90-21.448.

Civ. 1, 6 avril 1994, pourvoi n°93-12.976, inédit.

Civ. 1, 12 juillet 1994, n° 92-17.461, *Ralf*, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 68.

Civ. 1, 15 octobre 1996, D. 1997, p. 205, note Y. YAMBA, *RTD Civ.* 1997, p. 106, obs. J. HAUSER Jean.

Civ. 2, 9 juillet 1997, pourvoi n°95-21038, D. 1998, p. 544, note G. YAMBA ; Cass., Civ. 2, 2 octobre 1997, pourvoi n°95-19358, *Dr. Fam.*, 1998, n°10, note LECUYER Hervé.

Civ. 3, 17 décembre 1997, pourvoi n°95-20779, *JCP G* 1998. II. 10093, note DJIGO Alioune; D. 1998, 111, concl. WEBER.

Civ. 2e, 2 décembre 1998, pourvoi n°97-15.650, *Dr. Famille* 1999. Comm. 28, note LECUYER Hervé.

Civ. 3, 17 novembre 1999, n°97-17.541, *RTD Civ.* 2000, p. 297, obs. HAUSER Jean.

Civ. 1, 17 octobre 2000, n°98-19.527, *JCP N* n°50, 14 décembre 2001, p. 1822, note GARE Thierry.

Civ. 1, 2 mai 2001, *Dr. Famille* n° 9, Septembre 2001, comm. 79, obs. PERROUIN Luc, *Defrénois* 15 septembre 2001, p. 1003, obs. MASSIP Jacques.

Civ. 3, 19 février 2002, *RTD Civ.* 2002, p. 489, obs. J. HAUSER.

Civ. 1, 9 décembre 2003, n° 01-17.136, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 440, obs. B. ANCEL.

Cass. Civ. 1, 27 avril 2004, n° 02-16291, *JCP G*, n°3, 19 janvier 2005, II 10008, comm. CAVALIE Georges.

Civ. 1, 10 mars 2005, pourvoi n°02-14.268, *AJ Famille*, 2005, p. 143, obs. DAVID Stéphane.

Cour de cassation, Chambre civile 1, 22 mars 2005, n° 02-10.153, RTD. Civ. 2005, p. 379, note J. HAUSER.

Civ. 1, 11 juillet 2006, pourvoi n°04-14.185.

Civ. 1, 28 novembre 2006, n°04-15.480, Droit Famille 2007, comm. 32 LARRIBAU-TERNEYRE Virginie.

Civ. 1, 20 février 2007, n°05-14.082, D. 2007, p. 1115, note D'AVOUT Louis et BOLLEE Sylvain ; D. 2007, p. 891, note P. CHAUVIN ; D. 2007, p. 1751, obs. JAULT-SESEKE Fabienne ; *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 420, note ANCEL Bertrand et MUIR-WATT Horatia ; *JCP G*, n°10, 7 mars 2007, act. 107, note BRUNEAU Catherine.

Civ. 1, 29 juin 2011, n°10-12.018, RDC 2012, p. 157, obs. GOLDIE-GENICON, Charlotte.

Civ. 1, 15 février 2012, pourvoi n°11-13.883, *Droit de la famille*, n°6, Juin 2012, comm. 100, obs. NEIRINCK Claire.

Civ. 1, 13 septembre 2013, n°12-30.138 et n°12-18.315, JDI janvier 2014, n°1, comm. 1 J. GUILLAUME Johanna ; D. 2013, p. 2349, note H. FULCHIRON Hugues.

Civ. 1, 4 décembre 2013, n°12-26.066, *JCP G* 2014, 93 note LAMARCHE Marie, *Dr. Fam.* 2014 comm. 1, BINET Jean-René.

Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.006 et n° 14-70.007, D. 2014. 1876, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, D. 2014, p. 2031, note A.-M. LEROYER, D. 2015, p. 21, point de vue H. FULCHIRON, D. p. 649, obs. M. DOUCHY-OU DOT, D. 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; RTD civ. 2014. 872, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2015. 144, note S. BOLLEE.

Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 21 octobre 2015, n° 14-25.132, *Dr. Fam.* février 2016 n°2, étude 3, note B. ANCEL.

Cass. Civ. 1, 26 mai 2016, n°15-21.407, *JCP* 2016, p. 812, note E. FONGARO, D. Actualités 14 juin 2016, obs. F. MELIN, *AJ Fam.* 2016, p. 336, obs. A. BOICHE.

Cass. Civ.1, 5 septembre 2018, n° 17-22.100.

Conseil d'État

Cons. d'État, Ass., 22 janvier 1988, req. n° 80936 ; Association « Les Cigognes ».

CE 28 sept. 2018, n° 421899, AJDA 2019. 533, note T. ESCACH-DUBOURG ; D. 2018. 1917 ; D. 2019. 663, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; AJ fam. 2018. 687, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; AJ fam. 497, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

Conseil Constitutionnel

Cons. Const., 17 mai 2013, n°2013-669 DC, considérant 44, AJ fam. 2013, p. 332, obs. F. CHENEDE ; D. 2013, p. 1643, chron. F. DIEU ; D. 2014, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; RDSS 2013, p. 908, note L. BRUNET.

Cons. const., 29 juill. 2021, n° 2021-821 DC, *AJ fam.* 2021, p. 448, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE

Législation

Décret n°60-1082 du 6 octobre 1960 portant publication de la Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger, signée le 20 juin 1956, JORF du 12 octobre 1960.

Règlement (UE) N° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen

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

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

Règlement (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.

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.
Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, publiée au JORF le 5 janvier 1972.

Loi n°2002-405 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, publiée au JORF le 5 mars 2002
Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF n°156 du 6 juillet 2005.

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

Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

Loi n° 2021-1754 du 23 décembre 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022.

RÉSUMÉ

Le Règlement Aliments, à l'instar des autres instruments applicables en matière alimentaire, appréhende l'obligation alimentaire en la dissociant de son fondement laissant aux États le soin de la définition.

Au cours de ces dernières décennies le droit de la famille a été marqué par de profondes mutations, non seulement en France mais également au-delà de nos frontières. Ces mutations ont notamment redessiné les contours de la définition du mariage et de la filiation et ont, dans le même temps, accentué les disparités déjà existantes entre les États européens sur ces questions.

Ces disparités peuvent constituer un obstacle, parfois majeur, à l'octroi ou à l'exécution d'une obligation alimentaire et auraient alors pour effet de placer le créancier dans une situation matérielle précaire et incertaine. Les méthodes classiques de droit international privé apparaissent aujourd'hui insuffisantes à prévenir ces situations et il conviendrait alors de chercher des solutions alternatives afin d'empêcher qu'un débiteur puisse se prévaloir de ces disparités pour échapper à son obligation alimentaire.

MOTS CLÉS

Obligations alimentaires, Règlement Aliments, filiation, reconnaissance, gestation pour autrui, mariage entre personnes de même sexe, ordres juridiques étrangers, mutations du droit de la famille

ABSTRACT

Like other instruments applicable to maintenance matters, the Maintenance Regulation dissociates the maintenance obligation from its basis, leaving the definition to the Member States.

Over the last few decades, family law has undergone profound changes, both in France and beyond our borders. These changes have reshaped the definition of marriage and parentage, and at the same time accentuated the disparities that already existed between European countries on these issues.

These disparities can constitute an obstacle, sometimes a major one, to the granting or enforcement of a maintenance obligation, and would then have the effect of placing the creditor in a precarious and uncertain material situation. Conventional methods of private international law today appear insufficient to prevent such situations, and alternative solutions should be sought to prevent a debtor from taking advantage of these disparities to escape his maintenance obligation.

KEYWORDS

Maintenance obligations, Maintenance Regulations, filiation, recognition, surrogacy, same-sex marriage, foreign legal system, family law changes.