UNIVERSITÉ PARIS-SUD

Faculté Jean-Monnet – Droit, Économie, Gestion

Année Universitaire 2013 – 2014

**LE MARIAGE HOMOSEXUEL
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

**Mémoire de Master 2 – Recherche
Mention Droit Privé Fondamental**

présenté par

Philaé CHAFFAUT

Sous la direction de

Monsieur le Professeur Christophe SERAGLINI

AVERTISSEMENT

« L'Université n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions contenues dans ce mémoire, lesquelles doivent être considérées comme propres à l'auteur »

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AJ Famille	Actualité juridique famille
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Chron.	Chronique
Civ.	Civil
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision du Conseil constitutionnel
DIP	Droit international privé
Doct.	Doctrine
DP	Dalloz périodique
GAJFDIP	Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
GPA	Gestation pour autrui
Ibid	<i>Ibidem</i> , au même endroit
Infra	Ci-dessous
JCP G	Semaine juridique, édition générale
JCP N	Semaine juridique, édition notariale et immobilière
JDI	Journal du droit international
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union Européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc. cit.	<i>Loco citato</i> , passage précité
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
Obs.	Observations
OP	Ordre public
Op. cit.	<i>Opere citato</i> , cité précédemment
OPI	Ordre public international
Pacs	Pacte civile de solidarité
PMA	Procréation médicalement assistée
Préc.	Précité
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
Spéc.	Spécialement
Supra	Ci-dessus
UE	Union européenne

Sommaire

INTRODUCTION

PARTIE 1 : LA VALIDITÉ RENFORCÉE DU MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE

Chapitre 1 : Un rayonnement international du mariage homosexuel assuré par les nouvelles règles de conflit de lois

Chapitre 2 : Un rayonnement international du mariage homosexuel favorisé par une conception renouvelée de l'ordre public

Conclusion de la Partie 1

PARTIE 2 : DES EFFETS LIMITÉS DU MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE

Chapitre 1 : Des effets limités entre époux

Chapitre 2 : Des effets limités à l'égard des enfants

Conclusion de la Partie 2

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

1. « *Il est un principe fondamental en vertu duquel le Parlement peut tout faire, sauf faire d'un homme une femme, et d'une femme un homme* »¹. La force de cette maxime anglaise était absolue à l'époque où elle fut rendue célèbre. Toutefois, au regard des évolutions sociétales et morales, celle-ci pourrait bien être amenée à perdre de sa vigueur. Ainsi, en ouvrant le mariage aux couples de même sexe², le législateur français semble rendre identiques, tout du moins en droit, les couples formés d'un homme et d'une femme, et ceux formés de deux hommes ou de deux femmes.

2. Pourtant, il n'y a pas si longtemps encore, le mariage homosexuel relevait de l'inconcevable, de l'irréel. En effet, selon la conception française traditionnelle, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. Ainsi, comme s'en remémore le Professeur Grimaldi, « *dans le cours de droit de la famille, lorsque l'on évoquait les fameux mariages inexistantes, ces mariages archinuls, on en donnait pour exemple, outre le mariage célébré selon des rites exotiques, le mariage entre personnes de même sexe, l'un et l'autre provoquant l'hilarité de l'amphi...* »³.

3. Aujourd'hui, les choses ont bien changé. Notre conception du mariage, du couple, de la famille, et plus généralement notre droit, ont profondément évolué. Cette évolution s'est faite progressivement, d'abord sous l'impulsion des revendications de plus en plus prégnantes des couples de même sexe, lesquels aspiraient à une égalité et à une protection plus étendue que celle qui leur était offerte par le Pacs. Ensuite, c'est véritablement sous l'influence des législations étrangères, et notamment européennes, que la démarche du législateur français s'est concrétisée. Au sein de l'Union européenne, la voie du « mariage pour tous » avait, en effet, déjà été empruntée par quelques États⁴. Une telle avancée ne pouvait être ignorée du législateur français, dans un espace où la liberté de circulation et

---

¹ « *It is a fundamental principle with English lawyers that Parliament can do anything but make a man a woman, and a woman a man* », cité par AYNÈS (L.), « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », *Dalloz*, n°41, 29 novembre 2012, p. 2750

² Loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, n°2013-404, JORF n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

³ GRIMALDI (M.), « Brèves réflexions sur la loi instituant un mariage pour tous », *Deffrénois*, n°13, 15 juillet 2013, p. 719

⁴ Le mariage entre personnes de même sexe était déjà admis par les Pays-Bas, la Belgique, l'Espagne, la Suède, le Portugal, et le Danemark.

d'établissement des personnes est essentielle. Plus largement, le mariage homosexuel avait déjà été légalisé dans un petit nombre de pays étrangers⁵.

Dès lors, loin d'être une innovation, encore moins une révolution, la loi du 17 mai 2013 est simplement le signe d'une évolution.

4. Pour autant, il ne fait nul doute que l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe perturbe profondément les conceptions traditionnelles en droit interne, mais aussi nécessairement en droit international privé (DIP).

5. En droit interne, si le « mariage pour tous » est ainsi qualifié par certains de « *rupture anthropologique* », il témoigne surtout d'une « *réforme de civilisation* »⁶.

6. En droit international privé, le « mariage pour tous » constitue un enjeu de taille. Tout d'abord, parce qu'il confronte la théorie du droit international privé à une institution qui est certes universelle, mais dont la définition est aujourd'hui source de conflits. En effet, si le mariage est connu de tous, sa définition est remise en cause par l'ouverture du mariage homosexuel : alors que pour certains, le mariage unit un homme et une femme, pour d'autres désormais, il unit simplement deux personnes, sans condition de sexe.

Il en résulte ensuite une profonde diversité, à laquelle le droit international doit faire face. Car aujourd'hui, la mobilité internationale n'a plus rien d'extraordinaire. Nombreuses seront alors les hypothèses où il faudra composer avec un mariage homosexuel valablement célébré dans un État, et réclamant ses effets dans un État fermé à ce type d'unions. De sa – rare – reconnaissance à son inexistence, en passant par sa nullité ou sa requalification, tels seront les dangers auxquels le mariage homosexuel doit se préparer s'il vient à voyager. Ainsi, comme le remarquait Batiffol, « *si les liens qui unissent les éléments d'un système législatif sont étroits, ceux qui unissent une situation donnée à plusieurs systèmes coexistants ne le sont pas moins* »⁷.

La circulation internationale du mariage homosexuel, sans que celui-ci n'ait d'obstacles à surmonter, relève alors du domaine des rêves. Pour que cette-dernière devienne réalité, en l'absence d'instruments communs, il semble qu'un effort de coordination des systèmes soit de rigueur.

---

⁵ Canada, Afrique du sud, Norvège, Argentine, Islande, Uruguay, Nouvelle-Zélande, certains États du Mexique et des États-Unis.

⁶ THÉRY (I.), « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Droit de la famille*, n°7, juillet 2013, dossier 17.

⁷ BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques de droit international privé*, Dalloz, 1956, 1^{ère} éd., p. 7, § 10.

La radicalité existant dans la diversité des réponses données à l'accueil des mariages entre personnes de même sexe, constitue alors un défi sans précédent que le droit international privé se doit de relever.

7. Ces contradictions générées par l'union homosexuelle se révèlent particulièrement dans l'espace européen, où l'idéal d'unité et la réalité des diversités constituent une lutte continue. En effet, comment appréhender, sur un sujet aussi sensible, les disparités⁸ au sein des législations nationales ? Comment assurer, dans le même temps, la cohérence et l'efficacité des instruments communs ? Autrement dit, comment concilier respect des traditions juridiques et culturelles, et cohérence des systèmes ?

8. Ces difficultés semblent avoir été ignorées par le législateur français dans la loi du 17 mai 2013. En effet, soucieux avant tout de permettre à tous les couples de se marier, il s'est exclusivement attaché à assurer de façon maximale, la validité du mariage célébré en France entre personnes de même sexe. À cette fin, de nouvelles règles de conflit ont été édictées, dont il convient d'étudier la portée sur le plan international. En effet, tout l'enjeu est de savoir comment le droit international privé français appréhende l'ouverture du mariage homosexuel.

9. L'étude des nouvelles règles de droit international privé atteste de la volonté qui anime le législateur de garantir aux couples homosexuels un véritable droit au mariage. Bien que la validité du mariage soit ainsi très largement facilitée (Partie 1), il est en revanche trompeur de croire que les difficultés afférentes à l'accueil de l'union dans l'espace international vont par la même se dissiper. Car le mariage n'est rien sans ses effets. Or, c'est précisément sur ce point que le législateur de 2013 a commis une erreur : en ne se préoccupant pas des résonances que ses choix internes pourraient avoir au-delà de ses frontières, le législateur pourrait bien avoir reconnu aux couples de même sexe, dans la sphère internationale, un droit sans effet (Partie 2).

---

⁸ D'autant que celles-ci se creusent de plus en plus, entre des États qui légalisent le mariage homosexuel et ceux qui, à l'instar de la Hongrie ou de la Pologne, ont inscrit l'hétérosexualité du mariage dans leur Constitution.

PARTIE 1 : LA VALIDITÉ RENFORCÉE DU MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MEME SEXE

10. La loi du 17 mai 2013⁹ n'ouvre pas seulement le mariage aux personnes de même sexe mais entend leur assurer un véritable droit au mariage. Le législateur a en effet entendu garantir à ses choix internes l'étendue la plus vaste possible sur l'espace international. Si ce rayonnement international du mariage homosexuel est largement favorisé par les nouvelles règles de conflit de lois posées par le législateur de 2013 (Chapitre 1), il est encore accentué par la conception nouvelle de l'ordre public international auquel est désormais intégrée l'union entre personnes de même sexe (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : Un rayonnement international du mariage homosexuel assuré par les nouvelles règles de conflit de lois

11. En ouvrant le mariage à tous, le législateur a par la même, réformé les règles de droit international privé en matière de mariage. Ainsi, deux nouvelles règles de conflit, prévues aux articles 202-1 et 202-2 du Code civil, régissent respectivement les conditions de fond et de forme du mariage, et écartent alors le principe conflictuel existant traditionnellement à l'article 3 alinéa 3 du Code civil. Si ces nouvelles dispositions de DIP s'appliquent indépendamment du lieu de célébration du mariage, la création d'une situation (Section 1) et la réception d'une situation déjà créée (Section 2) sont néanmoins soumis à un régime distinct.

Section 1. La validité favorisée du mariage homosexuel célébré en France

12. La célébration d'un mariage international ressortant de la compétence de l'officier d'état civil français doit répondre à des conditions de forme et de fond. L'étude des nouvelles règles de conflit, tant de forme (§1) que de fond (§2), révèle la tendance du législateur français à ériger, en France, un véritable droit au mariage pour les couples de même sexe.

---

⁹ Loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, préc.

§ 1. Des règles de forme au service de la célébration du mariage homosexuel

13. Aux termes de l'article 202-2 du Code civil, « *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* ». Par cette voie, le législateur bilatéralise alors la règle déjà posée à l'article 171-1 du Code civil relatif au mariage de Français à l'étranger¹⁰, et reprend par la même la solution déjà retenue depuis longtemps par la Cour de cassation¹¹.

Ainsi, indépendamment de la nationalité des époux ou même de leur résidence ou domicile, le mariage entre personnes de même sexe célébré en France devra obéir aux formalités préparatoires¹², ne pas faire l'objet d'une opposition à mariage¹³, et répondre aux conditions de solennité¹⁴ et de publicité¹⁵. Si les conditions de forme locales doivent donc être respectées, le mariage doit également être célébré par une autorité compétente en vertu de la loi de l'État de célébration. Dans sa formulation, la règle posée à l'article 202-2, applicable à tout mariage, semble *a priori* neutre. Cette neutralité de la règle de conflit est cependant largement atténuée par les nouvelles dispositions des articles 74 et 171-9 du Code civil relatives à la compétence de l'officier d'état civil français, lesquelles tendent à multiplier les possibilités de célébration en France d'un mariage homosexuel.

14. Tout d'abord, l'article 74 permet aux futurs époux de célébrer leur mariage dans la commune où l'un d'eux, ou l'un de leurs parents, a son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue. Si cette disposition n'est pas spécifique aux mariages homosexuels, elle assure néanmoins un large accès au mariage pour les personnes de même sexe en leur permettant de célébrer leur union devant l'officier d'état civil français dès lors qu'existe un lien minimal avec la France (qui peut tenir à l'un des parents, même étranger, de l'un des futurs époux).

Ensuite, dans le cas où, malgré l'extension de compétence de l'officier d'état civil français effectuée par l'article 74, un couple ne pourrait pas célébrer son mariage en France (par exemple s'il réside à l'étranger et si aucun des deux époux, ni leurs parents, n'a de

---

¹⁰ En vertu de l'article 171-1 du Code civil, « *Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre* ».

¹¹ La Cour de cassation affirmait déjà que les conditions de forme du mariage, en tant qu'acte juridique, étaient subordonnées au respect de la loi interne du pays dans lequel le mariage était célébré : V. par ex. Cass., civ. 1ère, *Zagha*, 15 juin 1982, n° 81-12611 : D. 1983, p. 431, note E. Agostini ; RCDIP 1983, p. 300, note J.-M. Bischoff.

¹² Article 63 du Code civil.

¹³ Articles 172 à 179 du Code civil.

¹⁴ Article 75 du Code civil.

¹⁵ Article 175 du Code civil.

résidence en France), il faudrait alors respecter les conditions de forme locales, en vertu de l'article 202-2. Or, si la loi locale applicable ne connaît pas le mariage entre personnes de même sexe, celle-ci pourrait empêcher un Français de bénéficier du « mariage pour tous ».

15. C'est la raison pour laquelle une disposition particulière a été prévue par le législateur à l'article 171-9. Le texte vise le cas d'un mariage entre deux individus, dont un Français au moins, qui ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration¹⁶. L'article 171-9 dispose alors que le mariage peut être célébré par l'officier d'état civil de la commune de naissance ou de la dernière résidence de l'un des époux, ou dans la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie. À défaut, le mariage est célébré par l'officier d'état civil de la commune choisie par le couple. Autrement dit par exemple, un couple franco-mexicain résidant au Mexique et n'ayant peut-être aucun lien avec la France, peut, en raison de la seule nationalité française de l'un des époux, célébrer son union en France. Ainsi, dès lors que l'un des futurs époux a la nationalité française, le mariage peut être célébré en France, indépendamment du milieu de vie du couple. L'article 171-9 crée alors un véritable droit au mariage pour le ressortissant homosexuel français.

16. Deux observations peuvent être avancées concernant cette extension de compétence réalisée, par les articles 74 et 171-9, au profit de l'officier d'état civil français.

D'une part, il faut noter que l'article 74 emploie le terme de « résidence » et non pas de « résidence habituelle », ce qui est facteur de souplesse si l'on admet qu'une résidence même de courte durée¹⁷ et ne correspondant pas au centre de vie de l'époux, puisse suffire. Ainsi, en vertu de l'article 74, un couple pourrait célébrer son mariage dans la commune où l'un de ses parents a simplement une résidence secondaire. Or, comme le remarquent très justement les Professeurs Godechot-Patris et Guillaumé, « *compte-tenu de la souplesse du critère de la résidence, des manipulations de rattachement sont à craindre* »¹⁸. En effet, ces nouvelles dispositions du législateur français risquent de conduire à un tourisme

---

¹⁶ En vertu de l'article 171-1 alinéas 2 et 3 du Code civil, les ambassadeurs et les consuls de France ne peuvent célébrer des mariages qu'entre ressortissants français, sauf dans les pays désignés par décret où il peut s'agir d'un Français et d'un étranger (pays désignés par le décret du 26 octobre 1939). Même compétents, encore faut-il qu'ils exercent leur fonction dans le respect de la loi du pays où ils sont accrédités. Ainsi, dans l'hypothèse où la loi étrangère ne connaît pas ou prohibe le mariage entre personnes de même sexe, l'autorité française devra renoncer à célébrer le mariage à l'étranger.

¹⁷ On rappelle que seul un mois d'habitation continue est exigé.

¹⁸ GODECHOT-PATRIS (S.), GUILLAUMÉ (J.), « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Perspectives de droit international privé », *Dalloz*, n° 26, 18 juillet 2013, p. 1756.

nuptial, permettant à des couples ayant très peu de liens avec la France de venir célébrer leur mariage en France.

Cela nous amène à notre deuxième remarque. D'autre part en effet, les dispositions des articles 74 et 171-9 ne semblent pas vraiment refléter les « attaches familiales » qu'auraient les futurs époux avec la France telles que recommandées par la circulaire du 29 mai 2013. Si ce texte évoque l'importance pour les candidats au mariage « *de pouvoir se marier dans les lieux où ils ont leurs attaches familiales* »¹⁹, cette exigence ne semble pourtant pas être remplie de par la souplesse des critères retenus pour pouvoir célébrer leur mariage en France. Par exemple, un couple d'Italiens propriétaires d'une résidence secondaire à Nice peut se marier devant l'officier d'état civil français à Nice. Or, l'on perçoit difficilement ici les attaches familiales que ce couple aurait avec la France.

17. Il apparaît ainsi, à travers les nouvelles règles de forme édictées par la loi de 2013, que le législateur a souhaité garantir la célébration de mariages homosexuels en France, allant jusqu'à étendre très largement la compétence de l'officier d'état civil français, extension pouvant bénéficier même à des couples ayant peu de liens avec la France. La loi prévue pour régir les conditions de fond du mariage révèle la même intention du législateur, et conduit à instaurer un véritable droit au mariage pour les couples de même sexe.

§ 2. Des règles de fond au service de la validité du mariage homosexuel

18. La loi applicable aux conditions de fond du mariage est prévue à l'article 202-1 du Code civil. Celui-ci pose, à travers deux alinéas, la règle de conflit de lois générale, qu'il assortit toutefois d'une exception pour les mariages homosexuels.

19. L'alinéa premier reprend le principe traditionnel existant en la matière et soumet ainsi les conditions de fond du mariage à la loi personnelle des époux²⁰. Dans le cas d'un couple de nationalité différente, si les conditions propres à chacun des époux font l'objet d'une application distributive²¹, il y a en revanche application cumulative des lois nationales pour les conditions touchant au lien matrimonial lui-même : l'on va rechercher si chacun des

---

¹⁹ Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, BOMJ n° 2013-05 du 31 mai 2013, Point 2.2, p. 7.

²⁰ Principe fondé initialement sur l'article 3 alinéa 3 du Code civil et qui fut bilatéralisé par la Cour d'appel de Paris dans un Arrêt *Busquetta* du 13 juin 1814 (CA Paris, *Busquetta*, 13 juin 1814 : ANCEL (B.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (GAJFDIP), 2006, 5^{ème} éd., p. 393).

²¹ Tel est le cas par exemple des conditions d'âge.

époux répond aux conditions de sa loi personnelle d'une part, et de la loi personnelle de son partenaire, d'autre part. La condition relative à la différence de sexe relevant de cette catégorie, elle implique alors, pour que l'union soit valable, de vérifier que la loi nationale de chacun des époux autorise le mariage homosexuel. Ainsi par exemple, un Français ne pourrait pas épouser un Allemand de même sexe, car le droit allemand n'admet pas un tel mariage. Pour éviter une telle sévérité et garantir encore une fois un véritable droit au mariage pour tous, le législateur, s'inspirant du droit belge²², a assorti le principe posé à l'article 202-1 alinéa 1 d'une exception spécifique à la condition d'indifférence de sexe.

20. Le deuxième alinéa prévoit ainsi que deux personnes de même sexe peuvent néanmoins se marier « *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* ». Deux facteurs de proximité sont donc pris en compte pour évincer la loi personnelle prohibitive :

21. La nationalité. Il peut s'agir de la nationalité française de l'une des parties, ou de la nationalité étrangère d'un État dont le droit admet le mariage homosexuel. En cas de bi-nationalité de l'une des parties, on retient, depuis un Arrêt *Martinelli* de 1974²³, la nationalité effective²⁴, c'est-à-dire celle qui traduit entre l'individu et l'État qui la confère des liens de fait tels que cet individu est plus étroitement rattaché à la population de cet État qu'à celle de tout autre²⁵. Dans l'hypothèse où la nationalité effective est celle d'un pays qui n'autorise pas le mariage homosexuel, il y a lieu de faire application de la jurisprudence *Garcia Avello*²⁶ permettant de faire bénéficier un citoyen européen d'un droit que lui ouvre la loi d'un État membre dont il a la nationalité, même subsidiaire.

Prenons pour exemple le cas d'un Italo-néerlandais qui souhaite épouser un concitoyen italien : le couple réside en Italie, mais les parents de l'un d'eux ont leur domicile en France. L'officier d'état civil français est donc compétent en vertu de l'article 74 du Code

---

²² Selon la loi belge de DIP, l'application d'une disposition du droit désigné en vertu de la loi nationale « *est écartée si cette disposition prohibe le mariage entre personnes de même sexe lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage* » (Article 46, alinéa 2, de la loi belge du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé). Sur ce point, voir Wautelet (P.), « Les couples de personnes de même sexe en droit belge », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Bruylant, 2006, p. 307 et s.

²³ Cass., civ., *Martinelli*, 15 mai 1974 : RCDIP 1975, p. 260, note M. Nisard ; JDI 1975, p. 298, note P. Lagarde ; CA Paris, 7 octobre 1967, JCP 1968, II, p. 15525, note M. Simon-Depitre ; JDI 1968, p. 76, note P. Aymond.

²⁴ Principe formulé à l'Article 5 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 relative aux conflits de lois sur la nationalité.

²⁵ V° Nationalité, CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} éd., 2011.

²⁶ CJCE, *Garcia Avello c/. Belgique*, 2 octobre 2003, aff. C-148/02 : JDI 2004, p. 1225, note S. Poillot-Peruzzetto ; Dalloz 2004, p. 1476, note M. Audit ; RCDIP 2004, p. 192, note P. Lagarde.

civil, et l'union pourra alors être valablement célébrée grâce à la nationalité néerlandaise, même plus ou moins fictive, de l'une des parties.

22. Le domicile ou la résidence. Il suffit que l'un des futurs époux ait son domicile ou sa résidence sur le territoire d'un État qui admet le mariage homosexuel pour que celui-ci soit valable, alors même que les nationalités des membres du couple sont celles d'États prohibant ce type d'unions. Ici encore, l'on s'étonne que le terme de simple « résidence » ait été préféré à celui de « résidence habituelle », critère pourtant classique en matière de statut personnel. Or, si la notion de résidence habituelle tend à devenir le rattachement de principe en droit international²⁷, la notion de résidence, quant à elle, renvoie au droit interne. Tout s'explique donc : le législateur français a renvoyé à des notions de droit interne pour permettre plus facilement le déclenchement du jeu de l'exception d'ordre public posée par l'article 202-1, alinéa 2. Dès lors, l'existence d'une simple résidence secondaire sur le territoire d'un État n'élevant pas la différence de sexe comme condition du mariage, pourrait justifier que le mariage puisse être valablement célébré, alors même que tous les éléments de rattachement renvoient à des systèmes juridiques qui prohibent une telle union. Pour le législateur donc, « *le seuil de proximité permettant de déclencher le jeu de l'exception d'ordre public doit être abaissé au strict minimum* »²⁸.

23. Il est important de relever que ces critères de rattachement sus-évoqués jouent alternativement et non cumulativement, ce qui témoigne là encore d'une certaine flexibilité du législateur français et favorise les cas de mise à l'écart des lois étrangères prohibitives.

24. Par ailleurs, la formule « positive » employée à l'article 202-1 tend également à imposer plus fortement dans l'espace international le choix qu'a fait le législateur français en légalisant le mariage homosexuel. En effet, la règle ne prévoit pas que la loi personnelle d'un époux sera écartée si elle interdit le mariage, mais insiste positivement sur le fait qu'un couple de même sexe *peut* contracter mariage sous certaines conditions de rattachement avec un État le permettant. De cette façon, il semble que le législateur veuille nous faire oublier que le procédé revient en réalité à écarter la loi étrangère normalement compétente. Comme le relève le Professeur Fulchiron, l'exception d'ordre public paraît

---

²⁷ Par exemple, le Règlement Rome III ne donne à la loi nationale des époux qu'un rôle subsidiaire par rapport à la loi de leur résidence habituelle ; Règlement 1259/2010/UE 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 (Rome III), JOUE du 29 décembre 2010, n°L-343, p. 10.

²⁸ FULCHIRON (H.), « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *JDI (Clunet)*, n°4, 4 octobre 2013, doct. 9, p. 8.

alors « *se dissoudre dans un vague consensus en faveur du mariage entre personnes de même sexe* »²⁹, de telle sorte que la légalisation du mariage pour tous pourrait presque passer pour une loi de police.

Si cette méthode semble aller à l'encontre d'une certaine continuité internationale, elle a le mérite néanmoins d'atteindre le résultat voulu en garantissant une attraction de la question vers un ordre juridique admettant le mariage entre personnes de même sexe.

25. Cependant, au-delà des risques de tourisme matrimonial et de mariages boiteux que la souplesse des critères de rattachement laisse craindre³⁰, les dispositions de l'article 202-1 alinéa 2 ont pour effet de traiter différemment les couples de même sexe et les couples de sexe différent. En effet, l'exception d'ordre public ne joue que pour la condition relative à la différence de sexe. Si certains peuvent y voir alors une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 17 mai 2013, répond que « *le législateur, qui n'était pas tenu de retenir les mêmes règles pour les mariages contractés entre personnes de sexe différent, n'a pas traité différemment des personnes se trouvant dans des situations semblables* »³¹. Quoiqu'il en soit, l'on s'étonne que la règle fasse ici du mariage homosexuel une exception au jeu normal des règles de conflit, alors qu'il résultait des débats que l'on prétendait en faire un mariage comme les autres. Finalement, n'aurait-il pas mieux valu ne pas édicter de règles et laisser la jurisprudence faire les choses ? La loi étrangère prohibitive aurait été évincée par l'exception d'ordre public dans des conditions qui auraient été précisées par le juge : par exemple, au nom de la liberté du mariage ou de la proximité de l'un des époux avec l'ordre juridique français.

26. En somme, le dispositif mis en place par la loi du 17 mai 2013 permet d'assurer très largement la célébration et la validité en France du mariage entre personnes de même sexe, même relevant de lois nationales prohibitives. Ce rayonnement trouve également toute son intensité lorsqu'il s'agit de reconnaître en France des mariages célébrés à l'étranger.

Section 2. La validité favorisée du mariage homosexuel célébré à l'étranger

27. En ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la loi du 17 mai 2013 résout les difficultés que pouvait rencontrer le juge français lorsqu'il lui fallait reconnaître en France

---

²⁹ FULCHIRON (H.), « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », préc., p. 6.

³⁰ Voir *infra*, Partie 2, p. 25.

³¹ Cons. Constit., 17 mai 2013, n°2013-669 DC, § 29.

un mariage entre personnes de même sexe célébré dans un État l'autorisant. En effet, l'on pouvait hésiter, avant 2013, sur la qualification même de mariage et sur l'éventuelle intégration de l'union homosexuelle célébrée à l'étranger dans la catégorie du partenariat enregistré, celle-ci étant la seule, à l'époque, à offrir un statut aux partenaires de même sexe. La question est aujourd'hui totalement renouvelée ; le principe de reconnaissance est désormais acquis, mais il reste à savoir quelles sont les conditions qui encadrent cette reconnaissance, ce qui revient à se demander ce qu'est finalement un mariage valablement célébré à l'étranger. Une fois encore, c'est dans un esprit de faveur que le législateur de 2013 facilite l'accueil des mariages homosexuels célébrés à l'étranger après l'entrée en vigueur de la loi (§1), mais également, de façon très souple, de ceux qui ont été célébrés antérieurement à la loi nouvelle (§2).

§ 1. Une reconnaissance facilitée des mariages célébrés après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle

28. Selon la tradition française, le même raisonnement conflictuel est employé pour apprécier la validité d'un mariage célébré en France et celle d'un mariage célébré à l'étranger. Dès lors, pour apprécier la validité des mariages homosexuels célébrés à l'étranger après l'entrée en vigueur de la loi de 2013 (donc après le 19 mai 2013), il convient de se référer à la règle de conflit de l'article 202-1 du Code civil, pour les conditions de fond, ainsi qu'aux dispositions de l'article 202-2, pour celles de forme. Le mariage sera donc reconnu, sur la forme, s'il a été célébré dans un État le permettant et si les formalités locales ont été respectées ; et, quant au fond, s'il est conforme à la loi personnelle des époux, ou, si l'une d'elles l'interdit, à la loi nationale, de domicile ou de résidence de l'un des époux.

29. Ainsi, le législateur français assure une reconnaissance presque absolue des mariages homosexuels célébrés à l'étranger postérieurement à la loi de 2013, dans la mesure où le critère de rattachement permettant de valider l'union peut être faible (il peut par exemple se réduire à l'existence d'une simple résidence secondaire d'un époux sur le territoire d'un État permissif). Pour que la reconnaissance soit refusée, il faudrait que les époux soient de lois nationales prohibitives, qu'ils n'aient ni domicile ni résidence dans un État autorisant le mariage sans condition de sexe, et qu'ils aient donc célébré leur mariage dans un État

l'admettant mais n'exigeant aucun lien avec le couple³². Ces hypothèses étant sans doute rares, les chances de reconnaissance sont très importantes.

30. Néanmoins, dans le cas exceptionnel d'un refus de reconnaissance, celui-ci pourrait encore éventuellement être déjoué par l'incidence des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et, au sein de l'Union Européenne, de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), lesquelles pourraient imposer la reconnaissance de mariages valablement contractés à l'étranger. En effet, les jurisprudences *Wagner*³³ et *Negrepontis-Giannisis*³⁴ relatives à la reconnaissance de jugements d'adoption, d'une part, *Garcia Avello*³⁵ et *Sayn-Wittgenstein*³⁶, rendues en matière de nom, d'autre part, pourraient être transposées au mariage. Dès lors, la reconnaissance de l'union homosexuelle célébrée à l'étranger pourrait être sauvée au nom du droit au respect de la vie privée et familiale³⁷ qui fonde la solution de la CEDH, et du principe de liberté de circulation et de séjour des citoyens européens qui justifie la jurisprudence de la CJUE. Il n'est cependant pas acquis que de telles solutions soient étendues aux mariages homosexuels. Pour en avoir la réponse, il faudra étudier de près la jurisprudence des juridictions supranationales à venir.

31. Ainsi, si un refus de reconnaissance suppose des circonstances exceptionnelles, la reconnaissance des unions homosexuelles célébrées à l'étranger n'est cependant pas totale. C'est pourquoi, eu égard à l'objectif visé, nous comprenons mal le choix du législateur sur les critères adoptés. Il aurait peut être été plus judicieux d'adopter le critère du lieu de célébration tel qu'il figurait dans le projet de loi. En effet l'article 202-1 alinéa 2 prévoyait que « *la loi personnelle d'un époux est écartée [...] 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* ». La *lex loci celebrationis* aurait ainsi permis d'accueillir, sans exception, un mariage célébré à l'étranger, quelle que soit la loi nationale, de domicile, ou de résidence des époux. Pour que le mariage soit reconnu en France, il aurait suffi qu'il ait été célébré sur le territoire d'un État qui admet une telle union et dont les

---

³² C'est le cas par exemple du Québec dont le droit n'impose aucune condition de domicile ou de résidence pour pouvoir se marier sur le territoire québécois (Sur ce point, V° ROY (A.), « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *Annales de droit de Louvain*, Vol. 65, 2005).

³³ CEDH, *Wagner c/. Luxembourg*, 28 juin 2007, n°76240/01 : RCDIP 2008, p. 830, note P. Kinsh ; JDI 2008, Comm. 5, p. 183, note L. D'Avout ; Dalloz 2007, p. 2700, note F. Marchadier.

³⁴ CEDH, *Negrepontis-Giannisis c/. Grèce*, 2 mai 2001, n°56759/08 : RCDIP 2012, p. 817, note P. Kinsh ; JDI 2012, Comm. 7, p. 215, note A. Dionisi-Peyrusse.

³⁵ CJCE, *Garcia Avello c. Belgique*, 2 octobre 2003, préc.

³⁶ CJUE, *Sayn-Wittgenstein c/. Autriche*, 22 décembre 2010, aff. C-208/209 : RTD E 2011, p. 571, note E. Pataut.

³⁷ Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.

autorités étaient compétentes pour le faire. Une telle solution aurait sans doute fait preuve de davantage de simplicité et d'efficacité au regard de l'objectif visé.

Au lieu de cela, malgré un certain laxisme dans les critères adoptés qui, rappelons le, permettront très largement la reconnaissance des mariages homosexuels étrangers, le législateur français n'a par pour autant souhaité consacrer un principe général de reconnaissance.

32. Néanmoins, le choix retenu par le législateur permet une égalité de traitement (qui mérite d'être soulignée, tant elle est rare en la matière) avec le régime applicable aux couples hétérosexuels. En effet, pour ces unions postérieures à la loi nouvelle, le raisonnement conduit à traiter de façon similaire les mariages entre personnes de même sexe et de sexe différent ; unité de traitement qui, selon certains auteurs³⁸, doit être saluée. Cette solution peut toutefois surprendre si l'on compare avec le sort réservé aux unions célébrées avant la loi ouvrant le « mariage pour tous », lesquelles pourraient être encore plus largement validées, si ce n'est garanties.

§ 2. Une reconnaissance assurée des mariages célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle

33. La loi du 17 mai 2013 ne permettant en France la célébration d'un mariage sans différence de sexe qu'à compter du 19 mai 2013, date de son entrée en vigueur, se posait la question de l'accueil des unions célébrées à l'étranger antérieurement à cette date. Celles-ci risquaient alors de ne pas être reconnues en France si le mariage en question impliquait au moins un Français. Pour éviter à ces couples de devoir contracter un nouveau mariage, une disposition spécifique a été adoptée concernant le mariage célébré à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle³⁹.

34. Ainsi, l'article 21 de la loi prévoit qu'ils sont reconnus en France, dans leurs effets à l'égard des époux et des enfants, sous réserve du respect de certaines conditions de fond⁴⁰. Il est ajouté que le mariage peut faire l'objet d'une transcription sur les actes de l'état civil

---

³⁸ Notamment, HAMMJE (P.), « Mariage pour tous et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *RCDIP*, n°4, 17 décembre 2013, p. 773, §20.

³⁹ Il n'est évidemment pas question ici des mariages célébrés en France avant l'entrée en vigueur de la loi, donc en contradiction avec les règles alors en vigueur. Pour ces derniers, la Cour de cassation les annula (Cass., civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n°05-16.627 : Dalloz 2007, p. 1389, note E. Agostini ; JCP G 2007, I, p. 170, obs. Y. Favier ; RTD Civ. 2007, p. 315, note. J. Hauser ; Defrénois 2007, p. 781, obs. J. Massip).

⁴⁰ Âge des époux, existence et intégrité du consentement, publicité de l'union, empêchements à mariage, absence de bigamie.

français, dans les conditions prévues aux articles 171-5 et 171-7 du Code civil, afin de produire effets à l'égard des tiers.

Par cette disposition transitoire, le législateur français assure encore une fois très largement le rayonnement international du mariage homosexuel, en validant rétroactivement, sans condition aucune, les mariages célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi. Finalement, alors qu'un raisonnement conflictuel sert à reconnaître en France les mariages postérieurs à la loi, au contraire, s'agissant des mariages qui lui sont antérieurs, la dimension internationale du mariage est quasiment ignorée au profit d'une application directe de la loi française. En effet, si pour les mariages entre Français la mise à l'écart du raisonnement conflictuel n'a pas d'incidence puisqu'il aurait de toute façon conduit à appliquer la loi française, pour les mariages mixtes ou entre étrangers en revanche, la règle de l'article 21 a pour effet d'occulter totalement la loi personnelle de l'étranger, confirmant ainsi la faveur du législateur français à l'égard des mariages homosexuels.

35. Au-delà de la volonté affichée par cette validation rétroactive des mariages antérieurs, l'article 21 a suscité de vives critiques⁴¹. Notamment, le Professeur Jean HAUSER dénonce l'inutilité et la dangerosité de cette disposition qui « *entache la loi d'un reproche susceptible de la déconsidérer* »⁴². Sans rejoindre cette position extrême, on peut toutefois relever un certain nombre d'interrogations suscitées par l'article 21 de la loi nouvelle, tenant aux mariages qu'il valide d'une part (A), et à la date à laquelle ils produisent leurs effets, d'autre part (B).

A) Ambiguïtés de la règle quant aux mariages concernés

36. L'article 21 entend-il viser les mariages célébrés à l'étranger entre étrangers ou les mariages célébrés à l'étranger entre personnes dont l'une au moins a la nationalité française ? Si la règle s'applique aux mariages entre étrangers, l'article 21 n'exigeant pas de lien avec un État autorisant l'union homosexuelle tel que le prescrit la nouvelle règle de conflit de l'article 202-1 alinéa 2, il assure alors même la reconnaissance de mariages qui ne seraient pas valables en vertu de l'article 202-1 alinéa 2 : peu importe que la loi nationale des époux, la loi de leur domicile ou de leur résidence permettait ou non, à l'époque, le mariage homosexuel. Ainsi, pourrait très bien être reconnu en France le mariage célébré (avant l'entrée en vigueur de la loi de 2013) entre deux Allemands dans un

---

⁴¹ Les requérants devant le Conseil constitutionnel soutenaient d'ailleurs que cette validation ne répondait pas à un motif d'intérêt général suffisant pour justifier sa rétroactivité, et que la disposition était contraire à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité du droit.

⁴² HAUSER (J.), « La loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », *JCP N*, n°24, 14 juin 2013, p. 1164, §4.

pays qui ne serait ni celui de leur domicile ou de leur résidence. L'article 21 serait alors contestable en ce qu'il pourrait conduire à reconnaître en France un mariage célébré à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi alors même que celui-ci n'aurait pas été reconnu après son entrée en vigueur⁴³.

37. Il est néanmoins peu probable que l'hypothèse des mariages entre étrangers soit celle visée par l'article 21. En effet, si tel était le cas, ce-dernier serait en totale incohérence avec la logique même de la reconnaissance, dans la mesure où l'on ne s'en remettrait pas ici aux prescriptions du droit étranger ayant présidé à la célébration, mais on imposerait les exigences du droit français à un mariage célébré à l'étranger et n'impliquant aucun époux français. De plus, l'article pose comme condition des effets du mariage à l'égard des tiers, la transcription sur les registres français d'état civil : cela laisse alors supposer que les rédacteurs du texte n'ont pensé qu'aux mariages impliquant au moins un Français.

Il semblerait donc que la règle vise des mariages mixtes ou entre Français. La règle de l'article 21 permet alors encore une fois de sauver des mariages dont la nullité était pourtant incontestable, puisqu'aucune référence n'est faite à la loi nationale, de domicile ou de résidence des époux. Ainsi, par exemple, le mariage en Belgique entre un Français et un Allemand sera validé, peu importe que les lois nationales des époux, à l'époque du mariage, prohibent une telle union.

38. Si la règle posée à l'article 21 laisse planer quelques doutes quant aux mariages qu'elle valide, d'autres interrogations surgissent quant à la date des effets de la reconnaissance.

B) Ambiguïtés de la règle quant à la date des effets de la reconnaissance

39. L'article 21 de la loi nouvelle est encore incertain quant à la date de prise d'effets des mariages ainsi validés : le texte ne précise pas la date à compter de laquelle la reconnaissance produit ses effets à l'égard des époux et des enfants. Logiquement, on suppose qu'il s'agit de la date à laquelle le mariage a été célébré, mais ce n'est là qu'une supposition, le texte restant muet sur ce point. Aussi, des interrogations subsistent quant aux enfants visés : enfants à venir seulement ou également enfants nés antérieurement ?

Quant aux effets à l'égard des tiers, l'article précise que le mariage produit ses effets à compter de sa transcription. Or, celle-ci n'est qu'une faculté laissée à l'initiative des époux puisque le texte indique que le mariage « pourra » faire l'objet d'une transcription.

---

⁴³ Tel serait le cas par exemple, d'un couple d'Italiens résidant en Italie qui se serait marié lors d'un séjour au Québec : si le mariage serait validé par l'article 21 de la loi, il ne serait en revanche pas reconnu en France s'il a été célébré après l'entrée en vigueur de la loi puisqu'il ne remplit aucun des critères de l'article 202-1.

40. La règle risque de plus d'engendrer des difficultés en ce qu'elle ne distingue pas entre, d'une part, les tiers de l'ordre juridique français pour lesquels le mariage, au moment où il a été conclu, était nécessairement nul ; et d'autre part, les tiers de l'ordre juridique d'origine qui, eux, ne pouvaient pas douter de sa validité. Des difficultés pourront alors apparaître pour déterminer précisément les effets de l'union à l'égard de ces deux catégories de tiers et en fonction de cette double date⁴⁴.

41. En somme, malgré une méthode qui peut sembler maladroite, les nouvelles règles de conflit de lois mises en place par la loi du 17 mai 2013 assurent le rayonnement le plus vaste possible aux choix opérés par le législateur français. Aussi, cette faveur à « l'internationalisation » du mariage homosexuel apparaît renforcée par une conception renouvelée de l'ordre public international.

CHAPITRE 2 : Un rayonnement international du mariage homosexuel favorisé par une conception renouvelée de l'ordre public

42. Si, par la loi du 17 mai 2013, le législateur français tend à imposer ses choix dans l'espace international, la validité internationale du mariage homosexuel cède cependant devant le souci de respecter les engagements internationaux de la France. En effet, la circulaire du 29 mai 2013⁴⁵ prive du bénéfice de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil, les ressortissants d'États avec lesquels la France a conclu un accord bilatéral prévoyant que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle.

43. Or, le flou dans lequel reste la circulaire témoigne de la difficulté pour la France de respecter ses engagements internationaux, ce qui laisse douter de l'effectivité de la limite ainsi posée (Section 1). De plus, le recours à l'ordre public international pourrait encore bien priver d'efficacité le jeu de l'exception prévue par la circulaire, garantissant alors un peu plus la validité du mariage entre personnes de même sexe (Section 2).

---

⁴⁴ FULCHIRON (H.), « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du “mariage pour tous” », préc., p. 22.

⁴⁵ Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc., Point 2.1.2, p. 4.

Section 1. Le respect des engagements internationaux, une limite effective à la validité du mariage homosexuel ?

44. À première vue, les rédacteurs de la loi du 17 mai 2013 semblent ne pas avoir pris conscience des difficultés internationales que risqueraient de causer leurs choix. Notre propos doit néanmoins être nuancé si l'on prend en compte la limite à la validité du mariage homosexuel que prévoit la circulaire du 29 mai 2013. Alors que le législateur n'a pas jugé utile de l'indiquer dans la loi, la circulaire précise, elle, que l'exception prévue à l'article 202-1 alinéa 2 ne joue pas s'agissant des ressortissants de pays avec lesquels la France est liée par des conventions bilatérales donnant compétence à la seule loi personnelle des époux pour régir les conditions de fond du mariage. Cette réserve diplomatique se justifie par le respect de la hiérarchie des normes, les conventions ayant une autorité supérieure à la loi. Néanmoins, de tels accords ne concernent que onze États⁴⁶, parmi lesquels notamment le Maroc, la Tunisie, ou encore, au sein de l'Union européenne, la Pologne. Ainsi, une Française ne pourrait épouser une Marocaine, de même que deux Marocains ne pourraient se marier en France.

45. Si la réserve diplomatique prévue par la circulaire peut être saluée au regard de la hiérarchie des normes, elle risque en réalité de poser un certain nombre de difficultés qui nous conduisent à douter de l'effectivité d'une telle limite à la validité du mariage. D'une part, elle paraît contraire au principe d'égalité (§1) et risque alors la censure des juridictions supranationales, et d'autre part, son interprétation souple telle qu'elle a pu être recommandée risque de la priver de sa raison d'être (§2).

§ 1. Une limite contraire au principe d'égalité

46. L'exception prévue par la circulaire du 29 mai 2013 est critiquée⁴⁷ et critiquable car elle a pour effet de traiter différemment les étrangers de loi nationale est prohibitive, du seul fait de l'existence ou non d'une convention bilatérale. Ainsi, elle va à l'encontre des fondements de la loi nouvelle, à savoir la liberté du mariage, mais aussi et surtout, l'égalité entre les couples et le refus des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

---

⁴⁶ Algérie, Bosnie-Herzégovine, Cambodge, Kosovo, Laos, Maroc, Monténégro, Pologne, Serbie, Slovénie, Tunisie.

⁴⁷ Voir notamment BIDAUD-GARON (C.), « Mariage pour tous : la circulaire ! », *JCP G*, n°26, 24 juin 2013, p. 729.

47. En outre, cette réserve s'articule difficilement, en termes d'égalité de traitement, avec la règle de l'article 171-9 du Code civil qui permet aux couples impliquant au moins un Français, et résidant dans un pays qui n'autorise pas le mariage homosexuel, de célébrer leur union en France dans la commune de leur choix : dans ce cas, on ignore la loi étrangère prohibitive pour permettre une célébration du mariage en France. Au contraire, la règle issue de la circulaire, impose un respect absolu de la loi étrangère prohibitive de l'époux étranger pour raison diplomatique, et fait alors obstacle au mariage d'un Français avec un étranger relevant de cette exception. En d'autres termes, un Français résidant en Algérie ne pourra pas épouser un Algérien en France, mais pourra épouser un Égyptien en France. La règle conduit ainsi à interdire le mariage (qui se dit pourtant être « pour tous ») à certains Français en fonction de la nationalité de leur partenaire. Autrement dit, cette réserve diplomatique a pour effet de discriminer certains étrangers en fonction de leur loi nationale, et, *a fortiori*, de discriminer certains Français en fonction de la loi nationale de leur partenaire. Ainsi, si la position adoptée par la circulaire peut éventuellement se justifier pour des mariages entre étrangers relevant d'un État signataire d'une convention avec la France, elle est en revanche critiquable dans le cas d'un couple mixte. Car elle conduirait à opérer des différences de traitement peu justifiées. Serait par exemple interdit le mariage entre un Français et un Polonais résidant en France, par respect de la loi polonaise compétente en vertu de la Convention franco-polonaise du 5 avril 1967⁴⁸. Or, que devient le principe d'égalité si certains Français ne peuvent se marier qu'avec certains étrangers, alors que le mariage homosexuel est érigé en droit fondamental ?

48. Il est donc peu probable, au regard du principe d'égalité, que la limite à la validité des mariages homosexuels, prévue par la circulaire de 2013, déploie réellement ses effets. De surcroît, la Cour européenne des droits de l'homme risque difficilement d'admettre que certains Français se voient refuser le droit de se marier en raison de la nationalité de leur partenaire, alors que le droit français a entendu ouvrir le mariage à tous, qu'il a donné à ce choix le plus large rayonnement international possible, et que le jeu de l'ordre public permettrait d'éviter une telle différence de traitement⁴⁹.

En outre, cette réserve diplomatique risque encore de perdre de sa force lorsqu'il s'agira d'interpréter les conventions visées.

---

⁴⁸ L'article 4, alinéa 3, de la Convention dispose en effet que « *Si l'un des époux a la nationalité de l'une des parties contractantes et le second celle de l'autre, les conditions de fond du mariage obéissent pour chacun à la loi de l'État dont il a la nationalité* » (Convention relative à la loi applicable, la compétence et l'exécutif dans le droit des personnes et de la famille, 5 avril 1967, publiée par Décret n°69-176 du 13 février 1969, JORF du 22 février 1969, p.14).

⁴⁹ FULCHIRON (H.), « Le mariage pour tous... ou presque », *Dalloz*, n°29, 5 septembre 2013, p. 1969.

§ 2. Une limite privée d'efficacité

49. Parmi les onze conventions bilatérales en cause, certaines ne font que prévoir l'application de la loi française aux ressortissants français, ou se contentent de rappeler le principe selon lequel les ressortissants des États signataires sont régis en matière de statut personnel par leur loi nationale. Tel est le cas par exemple des conventions franco-tunisienne⁵⁰ et franco-cambodgienne⁵¹. En se limitant ainsi à fixer le sort des Français, de telles conventions conduisent alors à engager davantage les pays étrangers que la France.

50. Si la règle est bilatéralisée de sorte que les ressortissants de ces pays cocontractants se voient appliquer leur loi nationale, une telle application intervient cependant non pas au titre de la convention mais au titre du droit commun du DIP français. Dès lors, faute d'engagement de la France, pourrait-on qualifier de violation de la convention la célébration d'un mariage homosexuel impliquant un ressortissant d'un État contractant ? Il ne nous semble pas. Dans ce sens, d'ailleurs, une dépêche du ministère de la Justice indique que, selon le ministère des Affaires étrangères, « *une interprétation plus souple de ces conventions pourrait être envisagée dans la mesure où celles-ci n'opèrent pas de renvoi exprès à la loi personnelle du ressortissant étranger. La célébration du mariage pourrait donc être admise, étant rappelé que le législateur a voulu donner la portée la plus large possible à la loi du 17 mai dans le respect de la hiérarchie des normes* »⁵².

51. Ainsi, une telle souplesse dans l'interprétation de telles conventions pourrait bien priver d'effet lesdits accords et, *de facto*, la limite à la validité des mariages homosexuels prévue par la circulaire du 29 mai 2013. De surcroît, l'inefficacité de cette exception pourrait encore bien être renforcée par le jeu de l'ordre public international.

---

⁵⁰ Convention judiciaire franco-tunisienne, 9 mars 1957, publiée par Décret n°58-86 du 1^{er} février 1958, JORF du 1^{er} février 1958, p. 1266.

⁵¹ Accords entre la France et le Cambodge des 29 août et 9 septembre 1953, publiés par décret n°59-593 du 22 avril 1959, JORF du 3 mai 1959, p. 4758.

⁵² Dépêche du ministère de la justice adressée aux Parquets, DP/459-C1-2013/CA/37-1, 1^{er} août 2013 (non publiée).

Section 2. Le recours à l'ordre public comme remède à la validité d'un mariage homosexuel en présence d'un engagement international

52. La circulaire du 29 mai 2013 impose le respect des conventions bilatérales conclues par la France. Partant, elle conduit à l'impossibilité de célébrer un mariage homosexuel lorsque l'un des époux a la nationalité d'un État cocontractant et hostile à une telle union. Cependant, la loi étrangère prohibitive ainsi compétente s'applique sous la réserve générale du respect de l'ordre public international tel que conçu par l'ordre juridique français (§1). Autrement dit, le recours à l'ordre public permet d'évincer la loi étrangère normalement compétente, afin d'assurer la célébration d'un mariage homosexuel, et ce en dépit de l'existence d'une convention bilatérale y faisant normalement obstacle. Tel semble être en tout cas la voie suivie par la jurisprudence (§2).

§ 1. La réserve de l'ordre public, obstacle à l'application de la loi étrangère prohibitive

53. Dans les onze conventions visées par la circulaire de 2013, toutes contiennent la réserve d'ordre public, de telle sorte que la loi étrangère compétente en vertu de l'accord pour régir les conditions de fond du mariage, ne s'applique qu'à la condition que son application ne heurte pas l'ordre public français en matière internationale.

Tel est le cas notamment de la convention franco-marocaine du 10 août 1981, laquelle dispose en son article 4 que « *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* »⁵³. Dès lors, par exemple, la loi étrangère serait écartée au profit de la loi française si l'âge prescrit pour se marier était excessivement bas ou élevé : convention ou non, la liberté du mariage, en tant que principe constitutionnel, conduirait à l'éviction sur ce point de la loi étrangère normalement compétente. De la même façon, quand bien même la polygamie serait admise par le droit étranger compétent, le second mariage ne pourra être célébré en France, la monogamie constituant un principe fondamental du droit français⁵⁴.

On peut encore citer l'exemple de la répudiation : si une réserve d'ordre public n'était pas prévue par les conventions bilatérales signées par la France avec des pays admettant la

---

⁵³ Convention franco-marocaine relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, 10 août 1981, publiée par décret n°83-435, JO du 27 mai 1983, p. 1643.

⁵⁴ Voir par exemple Cass., civ. 1^{ère}, 3 février 2004, n°00-19838 : Dalloz 2004, p. 3171, note J. Mahinga, p. 2963, obs. L.-J. Lemouland ; RCDIP 2004, p. 395, obs. B. Ancel ; RTD Civ. n°2, 15 juin 2004, p. 267, obs. J. Hauser ; AJ famille n°4, 15 avril 2004, p. 144, obs. F. Bicheron.

répudiation, de telles conventions permettraient alors à un marocain, par exemple, de divorcer devant le juge français selon la loi marocaine et donc avec la possibilité de choisir une procédure de rupture du lien conjugal à laquelle son épouse n'a pas accès en tant que femme. Or, ni les accords passés avec l'Algérie, ni la convention franco-marocaine (les droits algériens et marocains connaissant tous deux la répudiation), n'ont empêché la Cour de cassation de s'opposer à l'application d'une loi étrangère qui ne respecterait pas le principe d'égalité entre homme et femme lors de la dissolution du lien matrimonial⁵⁵.

54. Le recours à l'ordre public sert ainsi à évincer une loi étrangère normalement compétente pour pouvoir assurer le respect des valeurs françaises. La question se pose alors de savoir si l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe est inscrite ou non en tant que valeur appartenant à la conception française de l'ordre public international. Cela ne semble pas faire de doute eu égard à la vaste étendue que le législateur entend donner à sa position dans l'espace international. En effet, il résulte aussi bien des dispositions de l'article 202-1 alinéa 2 écartant la loi étrangère hostile au mariage homosexuel, que de l'article 171-9 permettant à un Français de célébrer son mariage avec une personne de même sexe en France lorsque son pays de résidence le rejette, sans compter celles assurant la reconnaissance des mariages célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi ; que le législateur a entendu ériger le mariage pour tous en un principe essentiel du droit français.

55. En tant que principe supérieur du droit français, le mariage homosexuel semble alors être inscrit comme valeur appartenant à l'ordre public en matière internationale. Ainsi, le déclenchement de l'ordre public pourrait permettre d'évincer, au profit de la loi française, une loi étrangère prohibitive qui serait applicable en vertu d'une convention bilatérale. Telle paraît être en tout cas la position adoptée par les juges français.

§ 2. Une position *a priori* suivie par le juge

56. Il n'aura fallu que quelques mois pour que se présente devant les juges l'hypothèse envisagée par la circulaire du 29 mai 2013. La Cour d'appel de Chambéry a en effet pu juger, dans un arrêt du 22 octobre 2013⁵⁶, que la loi marocaine normalement applicable à

---

⁵⁵ Exemple dans une série d'arrêts du 17 février 2004, Cass., civ. 1^{ère}, 17 février 2004 (5 arrêts), Bull. Civ. n° 46 à 50 : Dalloz n°12, 18 mars 2004, p. 815, note P. Courbe.

⁵⁶ CA Chambéry, 22 octobre 2013, n°13/02258 : Dalloz 2013, p. 2464 ; JCP G 2013, p. 1159, veille A. Devers, p. 1233, veille F. Boulanger ; AJ famille 2013, p. 720, obs. A. Boiché.

l'espèce en vertu de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, était contraire à l'ordre public international, et devait donc être écartée afin de permettre la célébration du mariage en cause.

57. En l'espèce, deux jours avant la célébration de leur mariage, un couple homosexuel franco-marocain résidant en France, se voit notifié par le parquet de Chambéry une décision d'opposition se fondant, comme le prévoit la circulaire du 29 mai 2013, sur la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, laquelle prévoit en son article 5 l'application de la loi nationale des époux pour régir les conditions de fond du mariage. La loi marocaine était alors applicable aux conditions de fond du mariage concernant le futur époux marocain. Or, en droit marocain, le mariage homosexuel n'est pas admis.

Le couple a alors saisi le Tribunal de grande instance de Chambéry. Ce dernier a autorisé la célébration du mariage en jugeant que *« la loi du 17 mai 2013 a implicitement mais nécessairement modifié l'ordre public international français, de sorte qu'une discrimination fondée sur le sexe justifie l'éviction de l'article 5 de la convention franco-marocaine »*. Le Ministère public ayant interjeté appel, la Cour d'appel de Chambéry a été conduite à se prononcer sur la question. Les juges d'appel se prononcent alors en faveur de la validité du mariage franco-marocain, considérant que l'accès au mariage entre personnes de même sexe est d'ordre public international et doit bénéficier à tous, y compris aux ressortissants de pays ayant conclu une convention bilatérale avec la France. Il convient alors, selon les juges, *« d'écarter l'application de la convention franco-marocaine au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013, et en conséquence de ne pas reconnaître, en l'espèce, une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes »*.

58. Ainsi, il existerait un nouvel ordre public international qui permettrait d'écarter le principe de supériorité hiérarchique d'une convention internationale sur la loi interne. L'on perçoit se manifester ici le principe d'actualité de l'ordre public international (posé par un Arrêt *Chemins de fer portugais* du 22 mars 1944⁵⁷) qui impose au juge de considérer ce dernier dans son état au moment où il statue. Désormais donc, on assiste à une conception renouvelée de l'ordre public international en France permettant d'imposer la célébration d'un mariage homosexuel, celui-ci constituant aujourd'hui un principe essentiel du droit français.

---

⁵⁷ Cass., civ., *Chemins de fer portugais*, 22 mars 1944 : RCDIP 1946, p. 107, note J.-P. Niboyet ; DC 1944, p. 145, note P. Lerebours-Pigeonnière.

59. Si une partie de la doctrine⁵⁸ salue la position de la Cour d'appel de Chambéry, d'autres⁵⁹, en revanche, la rejettent avec vigueur. Selon nous, la solution est justifiée sur le fond mais la motivation des juges du fond peut sembler excessive. En effet, l'approche paraît difficilement conciliable avec l'article 55 de la Constitution consacrant la suprématie des traités sur les lois. Plutôt qu'écarter l'application de la convention franco-marocaine, il nous semble qu'il eût été préférable de s'appuyer sur son article 4 qui permettait d'écarter la loi marocaine au motif que, prohibant le mariage entre personnes de même sexe, elle est manifestement incompatible avec l'ordre public français en matière internationale.

Sur le fond, les juges ne font qu'épanouir la volonté du législateur telle qu'il l'a exprimée dans la loi du 17 mai 2013. En effet, par ce texte, le législateur a entendu étendre au plus grand nombre de personnes possibles l'accès au mariage homosexuel. Partant, il est logique que l'exception d'ordre public international, qui constitue le vecteur de cette nouvelle politique législative, vienne s'opposer à l'application d'une loi étrangère désignée par une convention internationale qui rend inapplicables les dispositions de l'article 220-1 alinéa 2, surtout lorsque les deux intéressés sont domiciliés en France et que l'un d'eux est français.

60. Le ministère public ayant formé un pourvoi en cassation, l'affaire est désormais entre les mains de la Cour de cassation. Si toutefois la position adoptée par le ministère de la justice venait à remporter la bataille judiciaire, la France pourrait être condamnée par la CEDH. En effet, comment justifier que le mariage soit refusé à certains Français en raison de la nationalité de leur compagnon, alors que le droit français a fait le choix d'ouvrir le mariage à tous et que le jeu de l'ordre public permettrait d'éviter une telle différence de traitement ?

61. Une chose est donc d'ouvrir le mariage pour tous, une autre est de trouver le juste équilibre entre liberté individuelle, égalité entre les couples, et respect des obligations internationales...

---

⁵⁸ Voir par exemple HAMMJE (P.), « Mariage pour tous et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », préc., §16.

⁵⁹ Notamment, BOULANGER (F.), « Le mariage pour tous dans le contexte international : un échec des règles unilatérales », *JCP G*, n°48, 25 novembre 2013, p. 1233.

Conclusion de la Partie 1

62. Les développements qui s'achèvent ont révélé les dessous de la loi du 17 mai 2013. Si la volonté politique affichée est l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, transparait en réalité à travers la loi la volonté d'imposer, sur la scène internationale, une conception renouvelée du mariage et, éventuellement, d'instaurer un modèle à suivre.

63. En effet, il résulte de la loi de 2013 que la validité du mariage homosexuel est très largement assurée par le législateur. La souplesse intentionnellement adoptée, tant dans la rédaction des nouvelles règles de conflit que dans l'émergence d'un nouvel ordre public international, risque néanmoins d'entraîner un certain tourisme matrimonial, mais surtout la formation de mariages « boiteux ». Si les mariages sont valables lorsqu'ils sont célébrés, ils risquent néanmoins de ne pas produire leurs effets à l'étranger, notamment lorsque les époux ont leur résidence dans un État qui n'admet pas le mariage homosexuel. Or, le législateur de 2013 est resté muet sur la question des effets dans l'espace du « mariage pour tous ». Mais alors, quelle est la valeur du mariage sans ses effets ?

64. Ainsi, cette faveur renforcée à la validité internationale du mariage entre personnes de même sexe risque bien de ne pas atteindre complètement le but escompté, les effets sur le plan international de l'union homosexuelle demeurant encore très largement limités.

PARTIE 2 : DES EFFETS LIMITÉS DU MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MEME SEXE

65. Le principal reproche que l'on puisse faire au législateur de 2013 est d'avoir négligé la problématique des effets du mariage homosexuel, contrairement à ce qui avait été fait en 2009 pour le Pacs⁶⁰. En effet, alors que par la loi du 17 mai 2013, il permet de valider très largement les mariages entre personnes de même sexe, il laisse en revanche de côté les préoccupations liées aux conséquences du mariage dans l'espace international.

L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe montre alors ses limites, tant dans les rapports entre époux (Chapitre 1), que dans les liens avec les enfants (Chapitre 2) ; ce qui laisse présager une certaine désillusion chez ces nouveaux destinataires du mariage.

CHAPITRE 1 : Des effets limités entre époux

66. Si tous les systèmes juridiques connaissent le mariage, il en va différemment du mariage homosexuel. Le régime mis en place par le législateur de 2013 révèle alors ses lacunes lorsqu'il s'agit d'appliquer aux couples de même sexe les règles élaborées pour des « époux » au sens traditionnel du terme. En créant donc sciemment des situations boiteuses, dans la mesure où peu d'États admettent le mariage homosexuel, les nouvelles règles de DIP, non adaptées, risquent de méconnaître les attentes légitimes des conjoints.

Ainsi, une modernisation des règles de conflit aurait été nécessaire pour garantir pleinement les effets en France du mariage homosexuel (Section 1). D'autre part, la diversité des droits nationaux risque d'entraîner une déception d'autant plus grande chez les époux lorsqu'il s'agira de faire produire les effets de leur mariage à l'étranger, comme en témoigne l'exemple des successions internationales (Section 2).

Section 1. Des effets incertains en France : une adaptation nécessaire des règles de droit international privé

67. Que le mariage ait été célébré en France ou en dehors de ses frontières, ou que les époux résident en France ou dans un pays étranger, les effets de l'union entre personnes de même sexe sont difficilement appréciables. En effet, si tous les systèmes juridiques connaissent le mariage, il n'en va cependant pas de même du mariage homosexuel, ce qui

---

⁶⁰ À l'article 515-7 du Code civil.

constitue alors un sérieux écueil lorsqu'il s'agira d'appliquer au mariage une loi étrangère prohibant une telle institution. Les diverses traditions juridiques et culturelles peuvent donc être un réel obstacle à la prise d'effets de l'union entre personnes de même sexe.

Ces difficultés auxquelles le juge risque d'être confronté, se traduisent tant dans la détermination de la règle de conflit régissant les effets du mariage homosexuel (§1) que dans l'application de la loi étrangère qu'elle désigne (§2).

§ 1. Le juge face aux difficultés de détermination de la règle de conflit

68. Les règles de conflit régissant les rapports entre époux sont nombreuses et d'origines diverses. En effet, alors que certaines sont issues de la jurisprudence, et résultent donc de l'ordre juridique interne, d'autres puisent leur source dans une convention internationale, ou encore dans un règlement de l'Union européenne.

Or, quelle que soit leur origine, les règles de DIP ont toutes été construites sur une définition du mariage entendu comme étant l'union d'un homme et d'une femme. La question se pose alors de savoir si le mariage homosexuel entre, ou non, dans leur champ d'application. Il apparaît en réalité que toutes les règles de conflit n'appellent pas le même traitement, la réponse différant selon l'origine de la règle.

69. Règles de conflit d'origine interne. Celles-ci ne rencontreront en principe pas de difficulté pour venir s'appliquer aux mariages homosexuels. En effet, la catégorie de rattachement « mariage » du DIP français reflète désormais la nouvelle notion interne de mariage telle que présentée par la loi du 17 mai 2013, laquelle supprime l'altérité sexuelle comme condition du mariage. Ainsi, les unions homosexuelles comme les unions hétérosexuelles connaissent une égalité de traitement quant à l'application des règles de droit international privé élaborées dans l'ordre interne. Le mariage entre personnes de même sexe se voit donc appliquer les jurisprudences *Rivière*⁶¹ et *Chemouni*⁶², lesquelles soumettent les effets du mariage à la loi nationale commune des époux, et, à défaut, à la loi du domicile commun, celui-ci étant entendu comme le domicile de fait et non de droit⁶³.

---

⁶¹ Cass., civ. 1^{ère}, *Rivière*, 17 avril 1953 : JDI 1953, p. 860, note M. Plaisant ; RCDIP 1953, p. 412, note H. Batiffol ; JCP 1953, II, p. 7863, note P. Bluchet ; RCDIP 1954, p. 91, note P. Lepaulle.

⁶² Cass., civ. 1^{ère}, *Chemouni*, 28 janvier 1958 : JDI 1958, p. 776, note Ponsard ; JCP G 1958, II, p. 10488, note Louis-Lucas ; RCDIP 1958, p. 110, note Jambu-Merlin ; Dalloz 1958, p. 265, note Lenoan ; et 19 février 1963 : RCDIP 1963, p. 559, note G. H. ; JDI 1963, p. 986, note Ponsard.

⁶³ Cass., civ. 1^{ère}, *Tarwid*, 15 mai 1961 : JDI 1961, p. 734, note B. Goldman ; RCDIP 1961, p. 547, note H. Batiffol ; Dalloz 1961, p. 437, note G. Holleaux.

Cependant, il faut noter que tous les effets du mariage ne sont pas soumis à cette règle de conflit élaborée par la jurisprudence. En effet, différents rattachements spéciaux propres à tel ou tel effet du mariage ont été introduits par des conventions internationales ou par le Droit de l'Union européenne, de sorte que l'extension de ces nouvelles règles d'origine supranationale risque d'entraîner davantage de difficultés.

70. Règles de conflit issues de conventions internationales. La plupart des conventions ont été élaborées à une époque où la question du mariage entre personnes de même sexe ne se posait pas. Peut-on alors appliquer une telle convention à un mariage homosexuel, au risque de dénaturer ladite convention en l'interprétant dans un sens qui n'avait pas été envisagé par ses rédacteurs ? Il faut distinguer, au sein des conventions, celles qui ont été conclues à une époque où le mariage homosexuel était tout simplement impensable, et celles dont la conclusion a eu lieu à un moment où certains États admettaient déjà le mariage sans condition de sexe.

Pour les premières, leur application aux unions homosexuelles semble compromise, notamment au regard de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, laquelle prescrit une interprétation de bonne foi des conventions, « *suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* »⁶⁴, étant précisé que le contexte à prendre en compte est celui de l'adoption du traité et non de celui de son application⁶⁵. Ainsi, peu importe que les rédacteurs de l'accord n'aient eu pour seul modèle de mariage, à l'époque, l'union hétérosexuelle. Cette solution nous paraît conforme à la raison d'être des accords internationaux, dans la mesure où elle respecte l'esprit dans lequel les États parties se sont engagés. En effet, à quoi bon pour les États de s'engager si la nature de leur accord pouvait changer avec le temps ? En revanche, si la convention est devenue le droit commun français en la matière, il est logique que le juge français étende au mariage homosexuel, au titre du droit commun, les règles de conflit qu'elle prévoit. Tel serait le cas par exemple de la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux⁶⁶.

Pour les accords conclus à une époque où le mariage homosexuel était déjà admis par certains pays, l'on peut légitimement penser que les règles qui en résultent viennent s'appliquer aux unions entre personnes de même sexe. En effet, dans la mesure où ces textes ne définissent pas le mariage, il semble logique d'admettre qu'ils sont

---

⁶⁴ Article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

⁶⁵ PARROT (K.), *L'interprétation des conventions en droit international privé*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2006, p. 117.

⁶⁶ FONGARO (E.), « Mariage homosexuel et régime matrimonial en droit international privé », *Droit de la famille*, n°7, juillet 2013, dossier 31.

potentiellement applicables à tous les mariages. De telle sorte que le Protocole de La Haye sur les obligations alimentaires⁶⁷, par exemple, est sans doute applicable aux mariages homosexuels. La solution est sensiblement semblable pour les règles issues des Règlements européens.

71. Règles de conflit d'origine européenne. Si la majorité des règlements européens relatifs aux relations matrimoniales⁶⁸ a été élaborée à une époque où certains États connaissaient déjà le mariage homosexuel, aucun ne prend cependant position en donnant une définition du mariage. Ainsi, l'on ne sait pas si les unions homosexuelles relèvent de leur champ d'application, ou non. En effet, tous les règlements européens ici visés, renvoient aux droits nationaux la définition même du mariage couvert par le texte. Par exemple, le Règlement « Rome III » mentionne qu'« aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi [...] ne considère pas le mariage en question comme valable [...] »⁶⁹. Le projet de règlement sur les régimes matrimoniaux s'affiche même « *gender neutral* », c'est-à-dire neutre vis-à-vis de la notion de « mariage ». C'est donc reconnaître de façon implicite que les mariages homosexuels peuvent relever du champ des règlements, si un État participant admet la validité de ce type d'unions. En revanche, une exception persiste s'agissant du Règlement « Bruxelles II bis »⁷⁰ pour lequel l'union homosexuelle semble être exclue du champ d'application, notamment parce qu'il serait fondé sur la conception traditionnelle du mariage, celle-ci étant la seule connue des États lors de son adoption. Hormis cette limite liée à la seule compétence juridictionnelle en matière matrimoniale, il semble que les Règlements soient applicables aux mariages homosexuels, la définition du « mariage » étant renvoyée au droit interne de chaque État membre. Dès lors, le droit français reconnaissant désormais de telles unions, le juge français leur appliquera très certainement, de la même façon que pour des mariages hétérosexuels, les règlements européens ici évoqués.

---

⁶⁷ Protocole du 23 novembre 2007 sur les obligations alimentaires.

⁶⁸ On fait référence ici au Règlement « Rome III » du 20 décembre 2010 relatif à la loi applicable au divorce ; au Règlement « successions » du 4 juillet 2012 relatif à la compétence et la loi applicable en matière de successions ; au Règlement « aliments » du 18 décembre 2008 sur la compétence et la loi applicable aux obligations alimentaires ; au prochain Règlement « régimes matrimoniaux » ; ou encore au Règlement « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003 sur les conflits de juridictions en matière matrimoniale.

⁶⁹ Article 13 du Règlement « Rome III » du 20 décembre 2010 relatif à la loi applicable au divorce et à la séparation de corps : Règlement n°1259/2010/UE du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, 20 décembre 2010, JOUE du 29 décembre 2010, n°L-343, p. 10.

⁷⁰ Règlement « Bruxelles II bis » n° 2201/2003/CE du parlement européen et du conseil européen relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, 27 novembre 2003, JOUE du 23 décembre 2003, n° L-338, p. 1

72. Néanmoins, il ne s'agit là que de suppositions. En effet, le droit actuel en la matière est on ne peut plus incertain en raison des diversités nationales existant sur la question. Or, cette incertitude régnant dans l'application des règles de droit international privé en matière d'effets du mariage homosexuel, risque d'entraîner une insécurité juridique profonde pour les couples de même sexe : des dangers peuvent exister par exemple en matière de divorce, le divorce d'un couple homosexuel pouvant être valablement prononcé dans un État membre mais non reconnu dans l'État de résidence du couple.

S'il existe donc, en amont, un certain nombre d'écueils dans la détermination de la règle de conflit régissant les effets du mariage homosexuel, s'ajoutent, en aval, des difficultés liées à leur mise en œuvre.

§ 2. Le juge face aux difficultés de mise en œuvre de la règle de conflit

73. Une fois le raisonnement conflictuel acquis, se pose alors une seconde difficulté pour le juge, tenant cette fois-ci à l'application de la loi désignée par la règle de conflit.

En matière de conflits de juridictions, aucune difficulté ne semble se poser : si la règle de conflit donne compétence à un juge étranger dont le droit connaît le mariage homosexuel, celui-ci n'aura aucun problème pour statuer. De même, si la compétence relève d'un État qui rejette le mariage homosexuel, la prohibition du déni de justice permettrait de saisir le juge français au titre de sa compétence subsidiaire.

74. Des difficultés risquent en revanche d'apparaître en matière de conflits de lois, notamment lorsque le juge devra appliquer une loi étrangère qui ignore ou prohibe l'union entre personnes de même sexe, aux effets du mariage. Cette hypothèse risque d'être fréquente quand on observe que, rien qu'au sein de l'Union européenne, seuls neuf États sur vingt-huit admettent ce type d'union. Pour illustrer l'embarras dans lequel le juge risque de se trouver, prenons le cas de deux Italiennes valablement mariées et résidant en France : la loi régissant les effets de leur mariage est, en application de la jurisprudence *Rivière*⁷¹, la loi italienne. *A fortiori*, cette-dernière pourrait également gouverner leur régime matrimonial ou encore leurs successions, si les épouses en ont fait le choix, tel que leur permettent respectivement la Convention de La Haye de 1978 et le Règlement « successions » du 4 juillet 2012. Or, l'Italie n'admettant pas l'union entre personnes de même sexe, comment appliquer un droit étranger pour un mariage qu'il rejette et qu'il

---

⁷¹ Cass., civ. 1^{ère}, *Rivière*, 17 avril 1953, préc.

refuse de reconnaître ? Doit-on considérer, à l’instar du célèbre arrêt *Ghattas*⁷², qu’on ne peut appliquer aux effets du mariage (en l’espèce à sa dissolution) une loi pour laquelle ce mariage est nul ?

75. La solution serait alors de substituer la loi du for à la loi étrangère normalement compétente. Mais sur quel fondement ? Le jeu de l’ordre public semble ici devoir être exclu. En effet, s’il justifie l’éviction d’une disposition particulière de la loi étrangère prohibitive, tel que le fait l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil en matière de formation du mariage, c’est parce que le contenu de la loi étrangère, à savoir la prohibition du mariage homosexuel, est contraire à l’ordre public français. Ici, en revanche, ce n’est pas le contenu applicable⁷³ de la loi étrangère qui est contraire à l’ordre public, mais la conception que le droit étranger se fait du mariage. Invoquer l’exception d’ordre public reviendrait donc à écarter, non pas une disposition particulière de la loi étrangère, mais la conception que cette dernière a du mariage. En outre, le renvoi ne constituerait pas davantage une solution pertinente, dans la mesure où il s’agirait là d’un renvoi de qualifications, lequel n’est pas admis par le droit positif. Une solution proposée par une partie de la doctrine⁷⁴ serait alors de prononcer l’inapplicabilité de la loi étrangère pour cause d’incompatibilité entre ses principes et ceux du for, ce qui justifierait que la loi française soit substituée au titre de sa vocation subsidiaire, afin de respecter la cohérence du système juridique étranger.

76. Par ailleurs, il faut noter que certains États, tout en rejetant le mariage homosexuel, admettent néanmoins de lui faire produire des effets en le requalifiant en partenariat. Tel est notamment le cas des droits allemand, suisse, et autrichien. Ainsi, si une telle loi étrangère venait à s’appliquer pour régir les effets d’un mariage en France, les individus ne se verraient pas appliquer les effets du mariage, mais ceux d’un partenariat. S’agissant cependant du droit allemand, les effets du partenariat sont sensiblement les mêmes que ceux du mariage : il s’agit davantage d’un « vrai » mariage que d’un Pacs à la française⁷⁵. Il n’en demeure pas moins que cela modifie la nature même de l’institution : de la catégorie « mariage », on passe à la catégorie « partenariat enregistré ». Ni la volonté des intéressés, ni la cohérence du droit français, ne sont ainsi respectés. En outre, cette solution

---

⁷² Cass., civ., *Ghattas*, 25 février 1947 : RCDIP 1947, p. 444, note J.-P. Niboyet.

⁷³ Les dispositions de la loi étrangère applicable aux effets du mariage peuvent d’ailleurs très bien être semblables au droit français en la matière.

⁷⁴ Voir notamment FULCHIRON (H.), « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du “mariage pour tous” », préc., p. 30.

⁷⁵ GRUBER (U.-P.), « Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand », *RCDIP*, n°1, 12 juin 2013, p. 65

conduit en quelque sorte à dénuer de valeur le choix du couple de se marier et non de se pacser. Le juge sera alors confronté à un dilemme : soit il accepte de faire produire au mariage les effets du partenariat, au risque de méconnaître les attentes des parties et d'aller à l'encontre de la cohérence de son propre droit ; soit il refuse de soumettre les effets du mariage au droit étranger, au mépris alors de la coordination des systèmes juridiques, objet même du droit international privé.

77. Ainsi, dans bien des cas, la tâche du juge français risque d'être délicate. Finalement, l'idéal serait que les instruments supranationaux généralisent la méthode de l'*optio juris*, c'est-à-dire du choix de la loi applicable (qui existe déjà en matières de divorce et de régimes matrimoniaux), de telle sorte que les effets du mariage seraient régis, à coup sûr, par une loi qui reconnaît le mariage entre personnes de même sexe. Au demeurant, au sein de l'Union, le principe de reconnaissance imposé à plusieurs reprises, tant par la Cour EDH que par la CJUE, permettrait d'exiger des États rejetant le mariage homosexuel, de faire produire effet aux unions valablement célébrées à l'étranger. Dès lors, la loi étrangère pourrait être appliquée en dépit des considérations de fond du législateur étranger. Néanmoins, le principe de reconnaissance n'est pas pleinement affirmé et peine à l'être. En outre, celui-ci pourrait bien être remis en cause par le jeu de l'ordre public lorsque l'État concerné a inscrit dans sa Constitution la différence de sexe comme condition du mariage (ce qui est le cas notamment de la Pologne ou de la Hongrie).

78. En définitive, le législateur français n'a pas levé toutes les interrogations découlant des effets, en France, d'un mariage entre personnes de même sexe. Encore plus incertains sont les effets à l'étranger d'une union homosexuelle, d'où un risque élevé d'unions « boiteuses ». L'application en matière successorale révèle particulièrement ces risques de « mariages sans effet ».

Section 2. Des effets incertains à l'étranger : l'exemple des successions internationales

79. Si le mariage demeure le statut le plus protecteur pour un couple, cette protection pourrait bien être anéantie dans le cadre d'un mariage « transfrontière ». En effet, le mariage entre personnes de même sexe produira ses effets sans difficulté en France dans le cadre d'un mariage « franco-français » ; en revanche, en cas de mobilité internationale du couple, les effets du mariage homosexuels à l'étranger risquent d'être inexistantes. Une telle

mobilité génère en effet des conflits de lois que les praticiens auront du mal à résoudre en raison de la sensibilité du sujet que constitue le mariage homosexuel.

80. L'on a pu observer que le législateur français avait fait le choix de très largement permettre la célébration d'un mariage homosexuel, au profit de couples français, étrangers, ou mixtes. Néanmoins, les époux doivent garder à l'esprit que ce n'est pas parce qu'ils se marient valablement en France qu'ils pourront bénéficier des effets normalement attachés au mariage. En effet, si le couple réside habituellement dans un État n'admettant pas une telle union, il est fort à parier que les autorités locales ne reconnaîtront pas le mariage, et ne lui feront alors pas produire ses effets. La dangerosité de la situation se révèle nettement en matière successorale, puisqu'un époux valablement marié dans un État pourra très bien, au décès de son conjoint, ne pas prendre part à la succession. Si elles ne sont pas de même ampleur et de même nature, ces difficultés se retrouveront que le pays d'accueil admette en droit interne le mariage homosexuel (§1), ou qu'il le rejette (§2).

§ 1. Des effets successoraux limités dans un État permissif

81. Lorsqu'une succession internationale s'ouvre devant le juge, ce dernier doit se livrer à un double, voire un triple, exercice. Premièrement, il doit déterminer les successibles, c'est-à-dire les personnes en droit de recevoir une part des biens constituant l'héritage du défunt. Deuxièmement, le juge doit rechercher, en fonction de la loi compétente, si le conjoint hérite et suivant quelle quotité. Mais, si selon la loi applicable à la succession, la qualité de successible du conjoint découle de sa qualité d'époux (comme c'est le cas en France), cela implique, en amont, de vérifier l'existence et la validité du mariage. Et c'est précisément là que des premières difficultés se poseront :

82. Lorsqu'il s'agit de faire produire des effets dans un État admettant le mariage sans condition de sexe, la qualification de mariage ne fait, dans cette hypothèse, aucun doute. En revanche, la validité du mariage n'est pas automatique. En effet, l'union homosexuelle sera reconnue comme ayant été valablement contractée si elle a été célébrée conformément à la ou les lois applicables selon les règles de conflits régissant le mariage dans le pays d'accueil. Soit par exemple un Français et un Estonien, résidant habituellement en Estonie, dont le mariage est célébré valablement en France. Le couple s'installe au Québec, pays ouvert au mariage homosexuel mais pour lequel le législateur n'a pas prévu de règle particulière de DIP. S'applique alors en principe la loi du domicile des époux, donc, en

l'espèce, la loi estonienne. Or, en droit estonien, l'altérité sexuelle est une condition de fond du mariage. Ainsi, ici, alors même que le pays d'accueil admet le mariage homosexuel, l'union franco-estonienne ne serait en principe pas valable, et les effets, notamment successoraux, qui lui sont normalement attachés, ne seraient pas accordés.

83. Dès lors, en matière successorale, une telle situation peut s'avérer dangereuse pour le conjoint survivant homosexuel. Et les lacunes quant aux effets du mariage entre personnes de même sexe ne se limitent pas à la validité d'une telle union.

En effet, si l'union est valable dans le pays d'accueil, des difficultés peuvent encore se poursuivre lorsqu'il s'agira de déterminer la qualité de successible du conjoint. Pour cela, la règle de conflit française désigne, depuis un Arrêt *Beneddouche* du 3 janvier 1980, la loi personnelle des intéressés⁷⁶. Or, qu'en est-il si le conjoint survivant homosexuel a la nationalité d'un État qui prohibe le mariage entre personnes de même sexe ? Les conditions de fond du mariage n'étant pas remplies, il y a alors de fortes chances pour que, dans cette hypothèse, le mariage ne soit pas reconnu, de telle sorte que le conjoint homosexuel survivant n'aura aucun droit dans la succession (sauf, naturellement, le cas où le *de cuius* aura décidé de disposer de ses biens librement).

84. Ainsi, même si la succession s'ouvre dans un pays admettant le mariage entre personnes de même sexe, la vocation successorale du conjoint homosexuel n'est pas pour autant assurée, en particulier s'il est ressortissant d'un État prohibant le mariage homosexuel. La situation est encore plus complexe lorsqu'il s'agit de faire produire des effets dans un État qui ignore, voire prohibe, le mariage entre personnes de même sexe. Les effets successoraux du mariage risquent alors bien, dans ce cas, d'être inexistantes.

§ 2. Des effets successoraux inexistantes dans un État prohibitif

85. Dans le cas de pays qui refusent radicalement l'idée même de mariage entre personnes de même sexe, la solution adoptée sera sans doute celle d'un refus absolu de laisser produire un quelconque effet à l'union, au nom de l'ordre public du for. Lorsque de tels États sont en cause, soit parce que la succession s'ouvre sur leur territoire, soit parce que le juge saisi aura à appliquer leur loi à la succession, le statut du conjoint homosexuel survivant, en cas de décès de son compagnon, sera alors on ne peut plus précaire.

---

⁷⁶ Cass., civ. 1^{ère}, *Beneddouche*, 3 janvier 1980, n°78-13762 : RCDIP 1980, p. 331, note H. Batiffol ; Dalloz 1980, p. 549, note E. Poisson-Drocourt ; JDI 1980, p. 327, note M. Simon-Depitre.

86. Pour mesurer l'ampleur des difficultés qui se posent (B), il convient tout d'abord de revenir sur les solutions acquises en terme de conflits de lois en matière successorale (A).

A) Les solutions acquises

87. Comme il l'a été abordé, la loi personnelle est celle qui détermine si une personne peut être considérée, au regard du droit applicable désigné, comme conjoint survivant du défunt. En revanche, c'est la loi successorale qui commande si le conjoint hérite et suivant quelle quotité. Les règles de DIP français en la matière adoptent le système dualiste. Ainsi, pour déterminer si le conjoint hérite et suivant quelle quotité, la loi successorale renvoie à deux critères de rattachement : le dernier domicile du défunt en matière mobilière, conformément à la jurisprudence *Labadan*⁷⁷ ; et le lieu de situation en matière immobilière, comme le prévoit l'Arrêt *Stewart*⁷⁸. La loi successorale peut donc être favorable au conjoint, en lui réservant une part importante sur certains biens, mais peut l'être beaucoup moins dans une autre masse successorale.

88. Là encore, le conjoint survivant homosexuel risque donc de se voir refuser des droits dans le cas où la loi compétente désignée par la règle de conflit est celle d'un État qui rejette l'union entre personnes de même sexe. Soit par exemple un couple franco-roumain marié en France. L'un des époux décède en laissant dans sa succession des immeubles situés en Roumanie. La loi applicable est donc la *lex rei sitae* (loi du lieu de situation de l'immeuble), c'est-à-dire la loi roumaine. Or, le droit roumain refuse de laisser produire effet à un mariage entre personnes de même sexe. Le juge devra-t-il alors appliquer la loi « contre elle-même » ? Ou bien devra-t-il considérer que le mariage n'était pas valable, conformément au droit roumain, ce qui conduirait à exclure l'époux survivant de la succession ? Nombreuses sont alors les incertitudes quant aux effets successoraux attachés au mariage homosexuel international...

B) Les incertitudes persistantes

89. Si la loi successorale désignée par la règle de conflit est celle d'un État qui ignore ou prohibe l'union homosexuelle, celle-ci sera difficilement applicable. Plus encore, que se passe-t-il si la loi personnelle du conjoint survivant est celle d'un pays qui n'accorde des droits successoraux qu'au conjoint hétérosexuel ?

---

⁷⁷ Cass., civ., *Labadan*, 19 juin 1939 : RCDIP 1939, p. 480, note J.-P. Niboyet ; DP 1939, I, p. 97, note P. Lerebours-Pigeonnière ; B. Ancel, Y. Lequette, GAJFDIP, op.cit., n°18.

⁷⁸ Cass., civ., *Stewart*, 14 mars 1837 : DP 1837, I, p. 275 ; B. Ancel, Y. Lequette, GAJFDIP, op.cit., n°3.

90. Nombreuses sont alors les législations qui refuseront d'accorder des droits au conjoint survivant homosexuel. De la même manière, la loi successorale détermine les bénéficiaires de la réserve héréditaire ainsi que son montant, la quotité disponible ordinaire et la quotité disponible entre époux. Certes, en France, le conjoint n'est pas réservataire. Mais il en va différemment dans de nombreux pays de l'Union européenne⁷⁹. Ainsi, par exemple, si un époux hérite d'un immeuble en Roumanie, le montant de sa réserve s'élève à la moitié de la part légale⁸⁰. Mais que vaut cette attribution si l'État en question rejette, en droit interne, le mariage entre personnes de même sexe ?

91. Autre hypothèse, lorsqu'un couple homosexuel valablement marié dans un État, décide de s'établir à l'étranger dans un pays qui n'admet pas ce type d'union. En cas de décès de l'un des membres du couple, le juge étranger de résidence pourrait avoir à connaître de la succession, ce qui s'avérerait être particulièrement défavorable à l'époux survivant, quand bien même celui-ci relèverait d'une loi nationale permissive. En effet, même si les règles de DIP étrangères désignent la loi nationale du conjoint pour régir la succession, il est fort probable que l'État étranger refuse de faire produire un quelconque effet au mariage. Ainsi, si s'agissant des effets successoraux en France d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger, aucun problème ne se pose en principe, dès lors que le mariage a été valablement célébré ; des incertitudes vont en revanche se révéler lorsqu'il s'agira de faire produire les effets successoraux du mariage, à l'étranger. Soit par exemple un couple qui se marie valablement en France, mais qui réside dans un État étranger qui rejette le mariage entre personnes de même sexe : il ne sera pas considéré comme un couple marié dans cet État de résidence, si bien que les membres qui le composent ne pourront bénéficier des droits successoraux que la législation étrangère reconnaît normalement aux époux. Ainsi, en cas de mobilité internationale du couple, il est fort probable que leur mariage célébré en France (ou dans tout autre État le permettant), constitue un mariage « boiteux », valable dans l'État de célébration mais nul dans l'État de résidence. Une telle situation peut être dangereuse pour les époux, notamment si l'un d'eux venait à décéder.

92. Certaines des difficultés sus-évoquées pourront néanmoins être palliées, au sein de l'Union européenne, avec l'entrée en vigueur du Règlement « successions »⁸¹, le 17 août

---

⁷⁹ REVILLARD (M.), « Droit international privé et communautaire : pratique notariale », *Defrénois*, 7^{ème} éd., 2010, p. 404.

⁸⁰ DEVISME (M.), « Mariage pour tous, notaires et successions internationales », *Droit de la famille*, n°7, juillet 2013, dossier 32.

⁸¹ Règlement « successions » n°650/2012/UE du Parlement et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes

2015. Ce dernier admet en effet la *profession juris* permettant aux époux, hétérosexuels ou homosexuels, de soumettre leur succession à leur loi nationale. Ce mécanisme donne la possibilité d'anticiper la succession, et surtout de choisir comme loi applicable une loi qui ne fera pas obstacle à la vocation successorale du conjoint homosexuel. Ainsi, par exemple, un étranger disposant de nombreux biens situés à l'étranger, peut, dans un souci de simplification et pour ne pas rompre avec sa culture et ses repères, décider, par testament, de soumettre la dévolution de sa succession à sa loi nationale. Si en revanche il relève d'une loi personnelle prohibitive et qu'il se marie avec une personne de même sexe, ce choix en faveur de la loi dont il a la nationalité ne peut être que déconseillé.

Néanmoins, quand bien même les époux auraient été vigilants et auraient choisi leur loi nationale permissive pour régir leur succession, encore faut-il que cette *professio juris* soit admise par la législation de leur État de résidence dans lequel s'ouvrirait la succession. S'il en va ainsi au sein de l'Union européenne, tel n'est toutefois pas le cas dans de nombreux pays tiers. Le seul espoir résiderait dans le renvoi, mais il faudrait alors que les règles de DIP de ces pays soumettent les successions à la loi nationale des intéressés. Et même dans ce cas précis, rien ne garantit qu'en pratique ces pays ne s'opposent pas, quand bien même la succession serait soumise à une loi permissive, à attribuer les biens issus de la succession au conjoint survivant homosexuel.

93. L'exemple en matière successorale révèle ainsi les dangers auxquels s'exposent les mariages entre personnes de même sexe. En l'occurrence, les risques d'unions valables ici mais nuls là-bas sont élevés ; entraînant alors l'impossibilité pour un époux homosexuel de revendiquer là-bas son statut marital, s'il venait à hériter.

À quoi bon se marier, si le couple ne peut bénéficier des effets que ce statut accorde normalement aux époux ? Une fois encore, et comme en témoigne le domaine des successions internationales, époux homosexuels et hétérosexuels ne se placent pas sur un même pied d'égalité.

94. Dans les rapports entre époux, les effets du mariage entre personnes de même sexe sont donc particulièrement limités, dans un contexte international. Il semblerait qu'une solution semblable se dessine en matière de filiation.

---

authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, 4 juillet 2012, JOUE du 27 juillet 2012, n° L-201, p. 107.

CHAPITRE 2 : Des effets limités à l'égard des enfants

95. En ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, le législateur français a certes repensé la conjugalité, mais a également reconstruit la parenté : si la loi du 17 mai 2013 ébranle le modèle classique sur lequel reposait le couple, elle opère plus largement une transformation de la famille. Désormais, l'enfant n'est plus nécessairement rattaché à un homme et une femme. Ainsi, les voies d'accès à la parenté ouvertes hier aux couples hétérosexuels, le sont aujourd'hui aux couples de même sexe. Si cela se vérifie en matière d'adoption, tel n'est pas le cas en revanche des filiations établies par des techniques de procréation assistée, sur lesquelles le législateur de 2013 a préféré rester silencieux. Dès lors, il semblerait finalement que l'accès à la filiation des époux homosexuels soit très largement restreint : alors que les modes de procréation assistée leur sont encore fermés (Section 2), l'adoption paraît être également fortement compromise (Section 1).

Section 1. L'adoption internationale, un leurre pour les couples de même sexe ?

95. La vision traditionnelle de la parenté ne gouvernant plus l'accès à la filiation non biologique, l'admission du mariage homosexuel bouleverse nécessairement les règles relatives à l'adoption internationale. Ainsi, en permettant aux couples de même sexe de s'unir par le mariage, le législateur leur ouvre également l'accès à l'adoption.

Dans l'ordre international, l'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels a une incidence évidente sur les règles de droit international privé régissant la matière. La conception française de l'ordre public international (OPI) est ainsi profondément bouleversée (§1), et les conditions pour recourir à une telle adoption en font un cadeau empoisonné pour les couples de même sexe (§2).

§ 1. L'adoption par les couples de même sexe, un droit bouleversant l'ordre public international

96. En consacrant par la voie de l'adoption une parenté homosexuelle, la loi du 17 mai 2013 bouleverse, sur ce terrain, la teneur de l'OPI. Jusqu'à présent, l'adoption conjointe ne pouvait bénéficier qu'aux couples mariés composés d'un homme et d'une femme. Or, en légalisant le mariage entre personnes de même sexe, le législateur a *de facto* étendu ce bénéfice aux époux homosexuels, rendant alors obsolètes les arrêts tant discutés du 7 juin 2012. Jusqu'alors en effet, la Cour de cassation voyait en la filiation d'un enfant établie à

l'égard de deux parents de sexe différent, un principe essentiel du droit français. Conformément à ses convictions, elle annulait ainsi, dans deux arrêts du 7 juin 2012, l'exequatur donné à des adoptions plénières prononcées, l'une au Canada, l'autre en Angleterre, au profit de couples de même sexe⁸². Cette solution se justifiait, selon la Cour, en ce qu' « *est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'État civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents de même sexe* ». Autrement dit, l'adoption par un couple homosexuel étant contraire à l'ordre public français, la filiation ainsi établie ne pouvait être reconnue en France. Désormais, avec la loi du 17 mai 2013, « l'adoption hétérosexuelle » ne constitue donc plus un principe essentiel du droit français. Dès lors, les adoptions régulièrement prononcées à l'étranger au profit d'époux homosexuels seront reconnues en France et directement transcrites sur les registres d'état civil.

97. Ce bouleversement de la conception française de l'OPI laisse perplexe quant à la stabilité de ces principes essentiels du droit français, considérés pourtant par les juges suprêmes comme des valeurs « non négociables »⁸³ à l'encontre desquelles le droit du for ne peut pas aller, et permettant de justifier le déclenchement de l'ordre public international. Ces principes fondamentaux de l'ordre juridique interne avaient alors vocation à s'imposer, y compris lorsqu'il s'agissait seulement de reconnaître des décisions étrangères. Si l'on emploie ici volontairement le temps du passé, c'est bien pour marquer le changement de conception qui s'est produit entre hier et aujourd'hui. L'on peut être surpris de la rapidité dont ont fait preuve les juges pour changer de position de façon si radicale sur ces principes essentiels. Alors que la Cour avait décidé d'y ranger les principes justifiant jusqu'alors l'interdiction pour les couples homosexuels d'adopter, voilà qu'en l'espace de quelques mois seulement, la notion est profondément remaniée. D'un côté, cela se comprend aisément : le bouleversement de la notion de mariage en droit français emporte nécessairement une modernisation de l'ordre public interne et, partant, un bouleversement de la conception française de l'OPI en la matière. D'un autre côté en revanche, le caractère volatile de ces principes essentiels nous laisse dubitatifs, voire nous désoriente. Récemment, le Conseil constitutionnel affirmait que l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe ne méconnaît pas un « *principe fondamental reconnu par les*

---

⁸² Cass., Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012 (2 arrêts), n° 11-30261 et n° 11-30262 : Dalloz 2012, p. 1992, obs. I. Gallmeister, note D. Vigneau ; *ibid.* 2013, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; RTD civ. 2012, p. 522, obs. J. Hauser ; AJ famille 2012, p. 397, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RCDIP 2013, p. 587, note L. Gannagé ; JCP 2012, p. 728, obs. A. Devers, p. 857, note F. Chénéde.

⁸³ GANNAGÉ (L.), note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, arrêt préc. ; RCDIP n°3, 1^{er} octobre 2013, p. 587.

lois de la République en matière de caractère bilinéaire de la filiation fondée sur l'altérité sexuelle »⁸⁴. Paradoxalement, un an plus tôt, c'est précisément le principe essentiel d'une filiation nécessairement « hétérosexuelle » qui justifie la position de la Cour de cassation ; étant précisé qu'à cette époque, la légalisation du mariage homosexuel était déjà prévisible.

98. Quoiqu'il en soit, l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe a eu pour effet de modifier, en la matière, la teneur de l'ordre public international. Désormais, les époux homosexuels ont non seulement accès à l'adoption en France, mais également sur le plan international. Or, à cet égard, la faculté d'adopter reconnue aux couples homosexuels semble être davantage symbolique que réelle.

§2. L'adoption par les couples de même sexe, un droit symbolique

99. En modifiant la définition de la parenté, notamment en ouvrant l'adoption aux couples de même sexe, le législateur de 2013 rompt avec la conception traditionnelle de la filiation que partage l'immense majorité des États. Or, cet isolement du droit français aura des effets redoutables sur le terrain de l'adoption internationale. En effet, au regard des règles de DIP en la matière, une réelle incertitude règne quant au prononcé de l'adoption par un couple homosexuel, que ce soit du côté des parents adoptifs ou de celui de l'enfant.

100. Pour régir les conditions de l'adoption, la règle de conflit française désigne la loi des effets du mariage⁸⁵, donc la loi nationale commune des époux, ou, à défaut, la loi de leur domicile commun. Cependant, il existe un certain nombre de cas dans lesquels l'adoption ne pourra être prononcée. Tout d'abord, l'article 370-3, alinéa 1^{er}, dispose que « *l'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et de l'autre époux la prohibe* ». Autrement dit, si les époux ont la nationalité d'un État qui n'admet de filiation qu'à l'égard de parents de sexe différent, et interdit donc l'adoption par un couple de même sexe, l'adoption leur sera alors fermée, même en France.

101. Ensuite, aux termes de l'alinéa 2 du même article, le prononcé de l'adoption est interdit dans le cas où la loi personnelle de l'enfant « *prohibe cette institution* ». Voilà une disposition qui compromet encore un peu plus l'adoption par un couple homosexuel. En effet, il faut garder à l'esprit que les pays les plus sollicités par l'adoption sont

---

⁸⁴ Cons. Constit., 17 mai 2013, préc., § 56.

⁸⁵ Article 370-3 alinéa 1^{er} du Code civil

généralement des États qui rejettent vivement le mariage homosexuel et, *a fortiori*, l'adoption par des couples de même sexe : parmi les neuf pays les plus attractifs en matière d'adoption⁸⁶, huit sont sévèrement hostiles à l'idée de confier leurs enfants à des couples de même sexe. Ainsi, par exemple, la Russie a-t-elle fait savoir qu'elle refuserait de consentir à l'adoption d'enfants russes par des couples homosexuels. D'autres États, à l'instar de la Chine ou du Vietnam, exigent désormais qu'une attestation d'hétérosexualité soit jointe au dossier des candidats à l'adoption.

À cela s'ajoute la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, laquelle accorde le dernier mot dans la décision de placer l'enfant, à l'autorité centrale de l'État dont ce dernier est ressortissant. Dès lors, on ne peut que redouter un refus d'adoption lorsque la législation étrangère concernée prohibe l'union homosexuelle. Ainsi, la grande majorité des pays étrangers pour lesquels la filiation est fondée sur la différence de sexe refuseront de confier leurs enfants à des couples homosexuels, ce qui nous laisse dubitatifs quant à la réalité du droit d'adopter pour les conjoints de même sexe. À ce titre, le cas de la Belgique est particulièrement révélateur, puisque aucune adoption internationale n'y a été prononcée depuis l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe en 2006⁸⁷.

102. Les chances pour un couple homosexuel d'adopter à l'international sont donc très minces. Or, les enfants à adopter en France étant très peu nombreux (on compte environ 800 adoptions d'enfants nationaux par an)⁸⁸, il est fort probable que le droit d'adopter pour des personnes homosexuelles se réduise à l'adoption de l'enfant du conjoint. Ainsi, si l'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels représente un pas symbolique dans l'évolution de notre société, elle relève cependant davantage de la fiction que de la réalité. Dès lors, le « droit à l'enfant » des couples homosexuels risque de n'être garanti que par le recours aux techniques de procréation assistée, un monde pourtant bien incertain...

---

⁸⁶ Chine, Colombie, Côte-d'Ivoire, Ethiopie, Haïti, Mali, Russie, Ukraine, Vietnam.

⁸⁷ FULCHIRON (H.), « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP G*, n°23, 3 juin 2013, doct. 658.

⁸⁸ Le Sénat, dans son rapport public sur le projet de loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, indique que les adoptions d'enfants nationaux ne représentent que 20% du total des adoptions en France, les 80% restants concernant des adoptions internationales : Voir l'Avis n°435 (2012-2013) de Mme Michelle MEUNIER, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 20 mars 2013, consultable sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/>.

Section 2. La procréation assistée et son avenir incertain

103. Comme on a pu l'observer, l'adoption par un couple de même sexe risque d'être illusoire. Le droit d'adopter concernera principalement l'adoption intrafamiliale, laquelle portera souvent en pratique sur un enfant conçu par procréation médicalement assistée (PMA). Or, celle-ci demeure fermée aux couples homosexuels, ce qui ne freinera pas pour autant l'obstination de certaines femmes d'y recourir, en violation de la loi. À cela s'ajoute le cas où la PMA s'est accompagnée d'un recours à une mère porteuse, ce que la loi de 2013 se refuse toujours d'admettre. Dès lors, l'interdiction de ces pratiques, sur laquelle le législateur de 2013 n'a pas entendu revenir, risque de développer un certain tourisme procréatif (§1). Or, ce dernier peut s'avérer décevant dans le cadre de la gestation pour autrui, dans la mesure où celle-ci ne produira pas ses effets en France (§2).

§ 1. L'interdiction réaffirmée des techniques de procréation assistée : vers un tourisme procréatif amplifié

104. Si par la loi du 17 mai 2013, le législateur ouvre l'adoption aux époux de même sexe, il reste en revanche silencieux au sujet des nouveaux modes de procréation assistée. Ainsi, l'assistance médicale à la procréation au profit de couples homosexuels et le recours à des mères porteuses demeurent interdits en France. L'admission du mariage sans condition de sexe ne modifie donc pas les solutions de droit international privé gouvernant la gestation pour autrui (GPA) ou la PMA, contrairement à celles relatives à l'adoption internationale.

105. Cela étant, certaines législations se révèlent nettement plus tolérantes à l'égard de ces pratiques, de telle sorte que la tentation risque d'être grande pour les couples homosexuels, d'aller là où ils peuvent obtenir ce que la loi française leur refuse. En effet, les différences de législation en la matière, ne serait-ce qu'au sein de l'Union européenne, suffisent à inciter les personnes désireuses d'enfants de se déplacer là où une technique de procréation leur est ouverte et dont elles ne peuvent bénéficier dans leur pays. Ainsi par exemple, l'Espagne est un site de tourisme procréatif prisé par les couples de femmes pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation, laquelle est strictement encadrée en France et ne peut bénéficier qu'aux couples hétérosexuels. De même, s'agissant des conventions de mères porteuses, la Grande-Bretagne représente un pôle particulièrement attractif dans la mesure où elle autorise le recours à la GPA. D'ailleurs, la législation

anglaise la facilite très largement en permettant aux couples ayant recours à cette technique de ne pas avoir besoin d'adopter l'enfant pour établir sa filiation à leur égard⁸⁹.

106. Aussi, ce phénomène de « *medical shopping* » risque bien d'être amplifié par la faculté offerte désormais aux époux de même sexe d'adopter l'enfant de leur conjoint. Il suffira en effet à un couple de femmes homosexuelles de se rendre dans un État plus libéral que la France en matière de PMA, pour se faire inséminer, avant de faire adopter l'enfant qui en est issu, par l'épouse ne l'ayant pas porté. En revanche, ce système est naturellement impossible s'agissant de couples masculins. Dès lors, le choix de ces derniers se résumera à la gestation pour autrui. Or, n'est-ce pas là une manière de créer de nouvelles inégalités ?

107. Enfin, l'on émettra des réserves quant au maintien, en France, de la condition d'altérité sexuelle pour avoir recours à la procréation médicalement assistée. Si la CEDH a admis en 2012, dans l'Arrêt *Gas et Dubois*, une telle restriction, cette position pourrait bien être amenée à changer avec la réforme de 2013. En effet, selon la Cour, aucune différence de traitement ne peut être faite pour des personnes bénéficiant d'un même statut de droit. Les couples homosexuels ayant désormais accès au mariage, ils doivent donc bénéficier des mêmes droits que ceux offerts aux conjoints hétérosexuels. Ainsi, la PMA étant permise au sein des époux de sexe différent, il n'est pas incertain qu'elle doive prochainement bénéficier également aux époux de même sexe. Néanmoins, comme on a pu le souligner, une telle avancée ne profiterait pas pour autant aux couples homosexuels masculins. La question de l'assistance médicale à la procréation est donc intimement liée à celle de la gestation pour autrui, dans la mesure où il serait contestable de ne permettre qu'aux couples de femmes de devenir parents.

108. Ainsi, l'ouverture de l'adoption co-parentale aux couples homosexuels conduira inévitablement à accorder plein effet à ces situations créées à l'étranger, en marge de la loi française. Au contraire, s'agissant des couples homosexuels masculins (comme des couples hétérosexuels, d'ailleurs) qui auraient recours aux services d'une mère porteuse, ces derniers se verraient opposer un refus, en France, d'établir la filiation en résultant.

---

⁸⁹ LEMOULAND J.-J., « Le tourisme procréatif », *Les Petites affiches*, n°62, 28 mars 2001, p. 24.

§ 2. L'inefficacité des gestations pour autrui réalisées à l'étranger

109. En vertu de l'article 16-7 du Code civil, les conventions de « mères porteuses » sont strictement interdites, et ce, qu'elles soient initiées par des couples de même sexe ou de sexe différent. La prohibition des conventions de mères porteuses fut fermement affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mai 1991⁹⁰, et non remise en cause par le législateur depuis lors. Cette interdiction s'impose à tous les couples, homosexuels et hétérosexuels (voilà au moins une disposition qui place homosexuels et hétérosexuels sur un pied d'égalité...). Une telle solution s'applique également lorsqu'il s'agit d'accueillir en France les gestations pour autrui pratiquées à l'étranger. En effet, non seulement les juges rejettent-ils la transcription sur les registres d'état civil français, des actes de naissance étrangers des enfants issus d'une GPA (A), mais ils s'opposent en plus à l'établissement de la filiation en France de ces enfants (B), y compris à l'égard du parent biologique.

A) *Le rejet de la transcription*

110. Afin de faire produire plein effet à l'interdiction posée par l'article 16-7 du Code civil, les juges réfutent avec vigueur la transcription des actes de naissance des enfants nés d'une mère de substitution. Ce refus, exprimé par la Cour de cassation dans un Arrêt *Menesson* du 6 avril 2011⁹¹, a été réaffirmé très récemment, au cours de deux arrêts du 13 septembre 2013⁹². Il est jugé que le respect de l'ordre public en matière internationale fait obstacle à la transcription sur les registres d'état civil français, des actes de naissance des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse. La convention de mère porteuse étant nulle, ses effets, notamment au regard de la filiation, ne peuvent se produire en France.

B) *Le rejet de l'établissement de la filiation*

111. Certes, le législateur s'oppose à la GPA en France ; mais ce rejet fait-il également obstacle à l'établissement de la filiation de l'enfant, en France, à l'égard des parents d'intention ? La réponse semble être positive. En effet, les juges s'opposent encore

---

⁹⁰ Cass., Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20105 : RCDIP 1991, p. 711, note C. Labrusse-Riou ; Dalloz 1991, p. 318, obs. J.-L. Aubert, note D. Thouvenin ; *ibid* 1992, p. 59, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; RTD Civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *ibid* 1992, p. 88, obs. J. Mestre.

⁹¹ Cass., Civ. 1^{ère}, *Menesson*, 6 avril 2011, n° 10-19053 : Dalloz 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet, p. 1587, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Ibid* 2012, p. 320, obs. J.-C. Galloux, p. 1239, obs. F. Jault-Seseke ; RCDIP 2011, p. 722, note P. Hammje ; JCP 2011, p. 441, obs. F. Violla et M. Reynier ; AJ famille 2011, p. 262, obs. F. Chénéde, p. 265, obs. B. Haftel ; RTD Civ. 2011, p. 340, obs. J. Hauser.

⁹² Cass., Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18315 et n° 12-30138 : Dalloz 2013, p. 2170, obs. I. Gallmeiser, p. 2377, avis C. Petit, p. 2384, note M. Fabre-Magnan, p. 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; RTD Civ. 2013, p. 816, obs. J. Hauser ; AJ Famille 2013, p. 579, obs. F. Chénéde, p. 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

aujourd'hui à l'établissement d'une filiation à l'égard de la mère non gestatrice de l'enfant. Est alors systématiquement rejetée la demande d'adoption formulée par la mère non biologique de l'enfant issu de la GPA⁹³. Plus encore, la Cour s'oppose même à l'établissement de la filiation par la possession d'état de l'enfant à l'égard... du parent biologique⁹⁴ ! Aussi, dans l'un des arrêts précités du 13 septembre 2013, la reconnaissance prénatale d'un enfant faite en France par le père biologique fût-elle annulée, au motif que le recours à une convention de mère porteuse constitue une « fraude à la loi »⁹⁵. Dès lors, conformément à l'adage « *fraus omnia corrumpit* »⁹⁶, tous les effets de la fraude sont figés, et la filiation ne peut donc être établie en France.

112. Ainsi, si d'aventure un couple homosexuel se risquait à accomplir une telle démarche, celui-ci se heurterait aux mêmes refus. Il serait donc très difficile, pour ne pas dire impossible, d'établir la filiation de l'enfant né d'une convention de mères porteuses à l'égard des deux « parents » : seul le géniteur a éventuellement cette faculté (et encore, sous réserve que la preuve de la convention de GPA ne soit pas rapportée), réduisant alors l'autre conjoint au simple statut de tiers.

113. En définitive, il semble que l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe conduira nécessairement à la question de la reconnaissance d'adoptions étrangères d'enfants conçus par le biais d'une gestation pour autrui ou d'une aide médicale à la procréation. Ainsi finalement, la réalité des effets du mariage homosexuel à l'égard des enfants dépend des choix que le législateur fera, à l'avenir, en matière de procréation assistée.

---

⁹³ Exemple dans un Arrêt Cass., Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, n° 01-03927 : Bull. Civ. 2003, I, 252, p. 201 ; Dalloz 2004, p. 1998, note E. Poisson-Drocourt ; RTD Civ. 2004, p. 75, obs. J. Hauser.

⁹⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-17130 : Dalloz 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet, p. 1587, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Ibid* 2012, p. 320, obs. J.-C. Galloux, p. 1239, obs. F. Jault-Seseke ; RCDIP 2011, p. 722, note P. Hammje ; JCP 2011, p. 441, obs. F. Vialla et M. Reynier ; AJ famille 2011, p. 262, obs. F. Chénéde, p. 265, obs. B. Haftel ; RTD Civ. 2011, p. 340, obs. J. Hauser.

⁹⁵ Cass., Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-18315, préc.

⁹⁶ La fraude corrompt tout.

Conclusion de la Partie 2

114. Les développements qui précèdent induisent un sentiment d'amertume. En effet, en ne prenant pas en compte les perspectives internationales de son choix, le législateur de 2013 limite considérablement les effets de l'union homosexuelle. Les conséquences concrètes du « mariage pour tous » risquent alors d'être bien décevantes pour ces nouveaux destinataires du mariage.

115. Dans le contexte international, le mariage pour tous montre alors ses limites, réduisant de façon très importante le droit pour les couples homosexuels de bénéficier des effets normalement attachés au mariage, qu'ils s'agisse des effets entre époux ou des effets en terme de filiation. Ainsi, alors que la loi du 17 mai 2013 se veut être un modèle d'égalité entre les couples, il semble au contraire, sur le plan des effets du mariage, qu'elle les distingue encore.

116. En permettant très largement la validité des mariages homosexuels, mais en limitant leurs effets, la loi sur le « mariage pour tous » laisse alors un goût amer, et donne le sentiment que le législateur ne va pas au bout de ses convictions, comme si, finalement, il n'assumait pas ses choix. Plus qu'une loi de réalité sociale, une loi faite d'illusions.

CONCLUSION GÉNÉRALE

117. Le moment est désormais venu de s'efforcer de tirer un enseignement constructif de cet exposé. Au terme de notre analyse, nous ne pouvons que constater l'insatisfaction que procure la loi du 17 mai 2013.

118. En élaborant de nouvelles règles de conflit de lois en la matière, le législateur a entendu donner à la consécration du mariage pour tous, un rayonnement international qui soit le plus vaste possible. Mais s'il a pris le soin d'assurer la validité du mariage homosexuel dans l'espace international, le législateur de 2013 a en revanche totalement ignoré les préoccupations internationales relatives aux effets du mariage. Or, un tel oubli risque non seulement de se retourner contre les attentes des époux, en ne les faisant pas bénéficier des effets normalement attachés au mariage ; mais plus encore de décupler les divergences entre les différents systèmes juridiques, engendrant alors de nouveaux conflits.

119. L'objectif d'égalité entre les couples a-t-il alors été réellement atteint ? Le spectre du droit international privé laisse dubitatif : dans le contexte international, le sort du mariage peut, dans ses effets, être réduit à une simple union de fait, vouant alors à l'échec les projets conjugaux et familiaux du couple. Effectivement, il semble que les époux homosexuels souffriront encore de deux inégalités flagrantes : l'inégalité devant la reconnaissance internationale de leur mariage, et l'inégalité d'accès à l'adoption internationale. Ainsi le mariage, s'il est désormais ouvert aux couples de même sexe, se fermera très certainement aux frontières ; ce qui nous laisse penser que, dans l'espace international, le mariage ne sera certainement pas pour tous...

120. Montesquieu écrivait que : « *l'uniformité est un genre de perfection qui saisit quelquefois les grands esprits et frappe infailliblement les petits* », ajoutant que « *la grandeur du génie consiste à savoir dans quels cas il faut l'unité et dans quels cas il faut des différences* »⁹⁷. Déjà visionnaire, cette pensée pourrait faire figure de prophétie concernant l'avenir du mariage entre personnes de même sexe. En effet, l'efficacité de l'union homosexuelle dépendra en réalité de la volonté des États étrangers d'œuvrer à la coordination des systèmes. Dès lors, si le mariage entre personnes de même sexe doit produire un jour ses effets, les États devront accepter une modernisation de leur législation,

---

⁹⁷ MONTESQUIEU, « *De l'esprit des lois* », 1758, L. XXIX, chap. XVIII.

au risque de s'éloigner de leur conception traditionnelle du mariage. Ainsi, l'effectivité du mariage homosexuel ne se conçoit pas sans compromis entre des conceptions à l'origine différentes, parfois radicalement opposées. Tout est affaire de nuance et de mesure : pour reprendre les mots du Professeur Legac-Pech, il faudrait « *moderniser sans faire table rase du passé, reconstruire sans tout détruire, simplifier et non pas appauvrir, unifier et non uniformiser* »⁹⁸.

121. Finalement, le résultat justifie-t-il toute l'énergie dépensée ? À l'heure actuelle, la réponse ne peut qu'être négative, la réalité internationale du mariage entre personnes de même sexe demeurant presque invisible. De longs et pénibles efforts restent donc à engager, si l'on ne veut pas que l'union homosexuelle demeure un simple statut n'accordant aucun effet au-delà des frontières. Il faut cependant garder à l'esprit que « *les principes fondamentaux de notre civilisation ne se renversent pas du jour au lendemain* »⁹⁹ ; c'est pourquoi, dans un domaine aussi sensible que l'union homosexuelle, la patience semble être de rigueur.

---

⁹⁸ S. LEGAC-PECH, « *Vers un droit des remèdes* », Les Petites affiches, 4 décembre 2007, n° 242, p. 7

⁹⁹ MAYER (P.), HEUZÉ (V.), « *Droit international privé* », Domat droit privé, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2010, p. 152

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

Ouvrages généraux :

- **AUDIT Bernard**, *Droit international privé*, Economica, 6^{ème} éd., 2010
- **PEROZ Hélène, FONGARO Éric**, *Droit international privé et patrimonial de la famille*, Litec, 1^{ère} éd., 2010
- **REVILLARD Mariel**, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Defrénois, 7^{ème} éd., 2010

Ouvrages spéciaux :

- **ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves**, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006
- **BATIFFOL Henri**, *Aspects philosophiques de droit international privé*, Dalloz, 1^{ère} éd., 1956
- **MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois*, L. XXIX, chap. XVIII, 1758
- **PARROT Karine**, *L'interprétation des conventions en droit international privé*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2006

Vocabulaire juridique, Mélanges :

- **CORNU Gérard**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., Puf, 2011
- **LIBCHABER Rémy**, « La notion de mariage civil », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 326
- **OPPETIT Bruno**, « Droit commun et droit européen », in *L'internationalisation du droit : mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311

II. Articles, chroniques

- **AYNÈS Laurent**, « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », *Dalloz*, n°41, 29 novembre 2012, p. 2750
- **BIDAUD-GARON Christine**, « Mariage pour tous : la circulaire ! », *JCP G*, n°26, 24 juin 2013, p. 729
- **BINET Jean René**, « Un mariage franco-marocain autorisé en France », *Droit de la famille*, n°12, décembre 2013, Comm. 158
- **BOICHÉ Alexandre**, « Aspects de droit international privé », *AJ Famille*, n°6, 24 juin 2013, p. 362
- **BOULANGER François**, « Le mariage pour tous dans le contexte international : un échec des règles unilatérales », *JCP G*, n°48, 25 novembre 2013, p. 1233
- **DE BOYSSON Benoît**, « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Droit de la famille*, n°7, juillet 2013, dossier 25
- **DEVERS Alain**, « Mariage pour tous : même pour les couples franco-marocains ! », *JCP G*, n°46, 11 novembre 2013, p. 1159
- **DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal**, « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen, Economica*, 1998, p. 137
- **DEVISME Marjorie**, « Mariage pour tous, notaires et successions internationales », *Droit de la famille*, n°7, juillet 2013, dossier 32
- **DIONISI-PEYRUSSE Amélie**, « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant du concubin homosexuel et au "tourisme procréatif" », *Dalloz*, n°19, 10 mai 2012, p. 1241
- **DOUBLEIN Corinne**, « La célébration du mariage en France depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *AJ Collectivités Territoriales*, n°11, 21 novembre 2013, p. 492
- **FONGARO Éric**, « Mariage homosexuel : incidences juridiques et fiscales », *JCP N*, n°40, 1^{er} octobre 2004, p. 1461
- **FONGARO Éric**, « Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé – à propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005 », *JDI (Clunet)*, n°2, avril 2006, p. 477
- **FONGARO Éric**, « Mariage homosexuel et régime matrimonial en droit international privé », *Droit de la famille*, n°7, juillet 2013, dossier 31
- **FULCHIRON Hugues**, « Le "mariage pour tous" en droit international privé : le législateur français à la peine... », *Droit de la famille*, n°1, janvier 2013, dossier 9

- **FULCHIRON Hugues**, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *Dalloz*, n°2, 17 janvier 2013, p. 100
- **FULCHIRON Hugues**, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP G*, n°23, 3 juin 2013, doctrine 658
- **FULCHIRON Hugues**, « La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain... », *Droit de la famille*, n°7, juillet 2013, dossier 30
- **FULCHIRON Hugues**, « Le mariage pour tous... ou presque », *Dalloz*, n°29, 5 septembre 2013, p. 1969
- **FULCHIRON Hugues**, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *JDI (Clunet)*, n°4, 4 octobre 2013, doctrine 9, p. 8
- **FULCHIRON Hugues**, « Le mariage pour tous est d'ordre public international », *Dalloz*, n°38, 7 novembre 2013, p. 2576
- **GODECHOT-PATRIS Sara, GUILLAUMÉ 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 », *Dalloz*, n°26, 18 juillet 2013, p. 1756
- **GOUBAU Dominique**, « Le mariage pour tous, dix ans après... L'expérience canadienne », *Droit de la famille*, n°7, juillet 2013, dossier 34
- **GRIMALDI Michel**, « Brèves réflexions sur la loi instituant un mariage pour tous », *Deffrénois*, n°13, 15 juillet 2013, p. 719
- **GRUBER Urs Peter**, « Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand », *RCDIP*, n°1, 12 juin 2013, p. 65
- **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 », *RCDIP*, n°4, 17 décembre 2013, p.773
- **HAUSER Jean**, « La loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », *JCP N*, n°24, 14 juin 2013, p. 1164
- **LEGAC-PECH Sophie**, « Vers un droit des remèdes », *Les Petites affiches*, 4 décembre 2007, n° 242, p. 7
- **LEMOULAND Jean-Jacques**, « Le tourisme procréatif », *Les Petites affiches*, n°62, 28 mars 2001, p. 24
- **PANET Amélie**, « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *Droit de la famille*, n°7, juillet 2013, dossier 29
- **PÉRÈS Cécile**, « Le droit des successions dans le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Droit de la famille*, n°1, janvier 2013, dossier 4

- **RALSER Élise**, « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ*, 2003, p. 2549
- **ROY Alain**, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », in *Annales de droit de Louvain*, Vol. 65, 2005
- **SALVAGE-GEREST Pascale**, « Les incidences de la loi du 17 mai 2013 sur l'adoption internationale », *Droit de la famille*, n°7, juillet 2013, dossier 33
- **THÉRY Irène**, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Droit de la famille*, n°7, juillet 2013, dossier 17
- **VIGNEAU Daniel**, « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », *Dalloz*, n°30, 6 septembre 2012, p. 1992
- **WAUTELET Pierre**, « Les couples de personnes de même sexe en droit belge », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruylant, 2006

III. Rapports

- Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, *L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 2014
- Rapport public du Sénat sur le Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Avis de Mme Michelle MEUNIER déposé le 20 mars 2013, fait au nom de la commission des affaires sociales, n°435 (2012-2013), disponible sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/>
- Dépêche du ministère de la justice adressée aux Parquets, DP/459-C1-2013/CA/37-1, 1^{er} août 2013 (non publiée).

IV. Textes, Lois

Droit interne :

- *Loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe* du 17 mai 2013, n° 2013-404, JORF n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253
- *Circulaire de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* du 29 mai 2013, BOMJ n° 2013-05 du 31 mai 2013, p. 7

Droit de l'Union européenne :

- *Règlement « Bruxelles II bis » 2201/2003/CE du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale* du 27 novembre 2003, JOUE n° L-338 du 23/12/2003, p. 1
- *Règlement « Rome III » 1259/2010/UE du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps* du 20 décembre 2010, JOUE n°L-343 du 29/12/2010, p. 10
- *Règlement « successions » 650/2012/UE du Parlement et du Conseil 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 4 juillet 2012, JOUE n° L-201 du 27/07/2012, p. 107
- *Règlement « aliments » 4/2009/CE du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires* du 18 décembre 2008, JOUE n° L-7 du 10/01/2009, p.1
- *Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 27 septembre 1968, JOCE n° L-299 du 31/12/1972, p. 32
- *Directive 85/374/CE du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux* du 25 juillet 1985, JOCE n° L-210 du 7/08/1985, p. 29

Droit international :

- *Convention européenne des droits de l'homme* du 4 novembre 1950 : texte disponible sur le site : http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf
- *Accords franco-cambodgiens* des 29 août et 9 septembre 1953, publiés par Décret n°59-593 du 22 avril 1959, JORF du 3/05/1959, p. 4758
- *Convention judiciaire franco-tunisienne* du 9 mars 1957, publiée par Décret n°58-86 du 1^{er} février 1958, JORF du 2/02/1958, p. 1266
- *Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exéquatur dans le droit des personnes et de la famille* du 5 avril 1967, publiée par Décret n°69-176 du 13 février 1969, JORF du 22/02/1969, p.14
- *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 23 mai 1969 : texte disponible sur le site : <https://treaties.un.org>

- *Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux* du 14 mars 1978 : texte disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net/>
- *Convention franco-marocaine relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire* du 10 août 1981, publiée par Décret n°83-435 du 27 mai 1983, JORF du 1/06/1983, p. 1643
- *Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* du 29 mai 1993 : texte disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net/>

V. Jurisprudence

Jurisprudence européenne:

- **CJCE, *Garcia Avello c/. Belgique*, 2 octobre 2003**, Affaire C-148/02 : JDI 2004, p. 1225, note S. Poillot-Peruzzetto ; Dalloz 2004, p. 1476, note M. Audit ; RCDIP 2004, p. 192, note P. Lagarde
- **CEDH, *Wagner c/. Luxembourg*, 28 juin 2007**, n°76240/01 : RCDIP 2008, p. 830, note P. Kinsh ; JDI 2008, Comm. 5, p. 183, note L. D'Avout ; Dalloz 2007, p. 2700, note F. Marchadier
- **CEDH, *Negrepontis-Giannisis c/. Grèce*, 2 mai 2001**, n°56759/08 : RCDIP 2012, p. 817, note P. Kinsh ; JDI 2012, Comm. 7, p. 215, note A. Dionisi-Peyrusse
- **CEDH, *Schalk Kopf c/. Autriche*, 24 juin 2010**, n°30141/04 : Dalloz 2011, p. 1040, obs. D. Vigneau ; JCP G 2010, p. 1013, note H. Fulchiron ; AJ Famille 2010, p. 333, obs. L. Burgorgue-Larsen ; RTD civ. 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, p. 765, obs. J. Hauser
- **CJUE, *Sayn-Wittgenstein c/. Autriche*, 22 décembre 2010**, Affaire C-208/209 : RTDE 2011, p. 571, note E. Pataut

Jurisprudence française :

- Jurisprudence constitutionnelle
- Legifrance, n° 2013-669 DC du 17 mai 2013
- Jurisprudence judiciaire
- **CA Paris, *Busquetta*, 13 juin 1814** : B. Ancel, Y. Lequette, GAJFDIP, Dalloz, 4^{ème} éd., 2001, p. 393

- **Cass., civ., *Stewart*, 14 mars 1837** : DP 1837, I, p. 275 ; B. Ancel, Y. Lequette, GAJFDIP, Dalloz, 3^{ème} éd., 1998, n°3
- **Cass., civ., *Labedan*, 19 juin 1939** : RCDIP 1939, p. 480, note J.-P. Niboyet ; DP 1939, I, p. 97, note P. Lerebours-Pigeonnière ; B. Ancel, Y. Lequette, GAJFDIP, Dalloz, 3^{ème} éd., 1998, n°18
- **Cass., civ., *Chemins de fer portugais*, 22 mars 1944** : RCDIP 1946, p. 107, note J.-P. Niboyet ; DC 1944, p. 145, note P. Lerebours-Pigeonnière
- **Cass., civ., *Ghattas*, 25 février 1947** : RCDIP 1947, p. 444, note J.-P. Niboyet
- **Cass., civ. 1^{ère}, *Rivière*, 17 avril 1953** : JDI 1953, p. 860, note M. Plaisant ; RCDIP 1953, p. 412, note H. Batiffol ; JCP 1953, II, p. 7863, note P. Bluchet ; RCDIP 1954, p. 91, note P. Lepaulle
- **Cass., civ. 1^{ère}, *Chemouni*, 28 janvier 1958** : JDI 1958, p. 776, note Ponsard ; JCP G 1958, II, p. 10488, note Louis-Lucas ; RCDIP 1958, p. 110, note Jambu-Merlin ; Dalloz 1958, p. 265, note Lenoan ; et 19 février 1963 : RCDIP 1963, p. 559, note G. H. ; JDI 1963, p. 986, note Ponsard
- **Cass., civ. 1^{ère}, *Tarwid*, 15 mai 1961** : JDI 1961, p. 734, note B. Goldman ; RCDIP 1961, p. 547, note H. Batiffol ; Dalloz 1961, p. 437, note G. Holleaux
- **Cass., civ., *Martinelli*, 15 mai 1974** : RCDIP 1975, p. 260, note M. Nisard ; JDI 1975, p. 298, note P. Lagarde ; CA Paris, 7 octobre 1967, JCP 1968, II, p. 15525, note M. Simon-Depitre ; JDI 1968, p. 76, note P. Aymond
- **Cass., civ. 1^{ère}, *Beneddouche*, 3 janvier 1980**, n°78-13762 : RCDIP 1980, p. 331, note H. Batiffol ; Dalloz 1980, p. 549, note E. Poisson-Drocourt ; JDI 1980, p. 327, note M. Simon-Depitre
- **Cass., civ. 1^{ère}, *Zagha*, 15 juin 1982**, n°81-12611 : Dalloz 1983, p. 431, note E. Agostini ; RCDIP 1983, p. 300, note J.-M. Bischoff
- **Cass., Ass. Plén., 31 mai 1991**, n° 90-20105 : RCDIP 1991, p. 711, note C. Labrusse-Riou ; D. 1991, p. 318, obs. J.-L. Aubert, note D. Thouvenin ; *ibid* 1992, p. 59, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; RTD Civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *ibid* 1992, p. 88, obs. J. Mestre
- **Cass., Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003**, n° 01-03927 : Bull. Civ. 2003, I, 252, p. 201 ; Dalloz 2004, p. 1998, note E. Poisson-Drocourt ; RTD Civ. 2004, p. 75, obs. J. Hauser
- **Cass., civ. 1^{ère}, 3 février 2004**, n°00-19838 : Dalloz 2004, p. 3171, note J. Mahinga, p. 2963, obs. L.-J. Lemouland ; RCDIP 2004, p. 395, obs. B. Ancel ; RTD Civ. 2004, p. 267, obs. J. Hauser ; AJ famille 2004, p. 144, obs. F. Bicheron
- **Cass., civ. 1^{ère}, 17 février 2004 (5 arrêts)**, Bull. Civ. n° 46 à 50 : Dalloz 2004, p. 815, note P. Courbe

- **Cass., civ. 1^{ère}, 13 mars 2007**, n°05-16.627 : Dalloz 2007, p. 1389, note E. Agostini ; JCP G 2007, I, p. 170, obs. Y. Favier ; RTD Civ. 2007, p. 315, note. J. Hauser ; Defrénois 2007, p. 781, obs. J. Massip
- **Cass., Civ. 1^{ère}, Mennesson, 6 avril 2011**, n° 10-19053 : Dalloz 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet, p. 1587, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid* 2012, p. 320, obs. J.-C. Galloux, p. 1239, obs. F. Jault-Seseke ; RCDIP 2011, p. 722, note P. Hammje ; JCP 2011, p. 441, obs. F. Vialla et M. Reynier ; AJ famille 2011, p. 262, obs. F. Chénéde, p. 265, obs. B. Haftel ; RTD Civ. 2011, p. 340, obs. J. Hauser
- **Cass. Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011**, n° 09-17130 : Dalloz 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet, p. 1587, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid* 2012, p. 320, obs. J.-C. Galloux, p. 1239, obs. F. Jault-Seseke ; RCDIP 2011, p. 722, note P. Hammje ; JCP 2011, p. 441, obs. F. Vialla et M. Reynier ; AJ famille 2011, p. 262, obs. F. Chénéde, p. 265, obs. B. Haftel ; RTD Civ. 2011, p. 340, obs. J. Hauser
- **Cass., Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012 (2 arrêts)**, n° 11-30261 et n° 11-30262 : Dalloz 2012, p. 1992, obs. I. Gallmeister, note D. Vigneau ; *ibid.* 2013, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; RTD civ. 2012, p. 522, obs. J. Hauser ; AJ famille 2012, p. 397, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RCDIP 2013, p. 587, note L. Gannagé ; JCP 2012, p. 728, obs. A. Devers, p. 857, note F. Chénéde
- **Cass., Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013**, n° 12-18315 et n° 12-30138 : Dalloz 2013, p. 2170, obs. I. Gallmeister, p. 2377, avis C. Petit, p. 2384, note M. Fabre-Magnan, p. 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; RTD Civ. 2013, p. 816, obs. J. Hauser ; AJ Famille 2013, p. 579, obs. F. Chénéde, p. 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse
- **CA Chambéry, 22 octobre 2013**, n°13/02258 : Dalloz 2013, p. 2464 ; JCP G 2013, p. 1159, veille A. Devers, p. 1233, veille F. Boulanger ; AJ famille 2013, p. 720, obs. A. Boiché

Table des matières

SOMMAIRE	4
INTRODUCTION	5
PARTIE 1 : LA VALIDITÉ RENFORCÉE DU MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE.....	8
CHAPITRE 1 : Un rayonnement international du mariage homosexuel assuré par les nouvelles règles de conflit de lois	8
Section 1. La validité favorisée du mariage homosexuel célébré en France	8
§ 1. Des règles de forme au service de la célébration du mariage homosexuel	9
§ 2. Des règles de fond au service de la validité du mariage homosexuel	11
Section 2. La validité favorisée du mariage homosexuel célébré à l'étranger	14
§ 1. Une reconnaissance facilitée des mariages célébrés après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle	15
§ 2. Une reconnaissance assurée des mariages célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle	17
A) <i>Ambiguïtés de la règle quant aux mariages concernés .....</i>	18
B) <i>Ambiguïtés de la règle quant aux effets de la reconnaissance ..</i>	19
CHAPITRE 2 : Un rayonnement international du mariage homosexuel favorisé par une conception renouvelée de l'ordre public	20
Section 1. Le respect des engagements internationaux, une limite effective à la validité du mariage homosexuel ?	21
§ 1. Une limite contraire au principe d'égalité.....	21

§ 2. Une limite privée d'efficacité	23
Section 2. Le remède à la validité d'un mariage homosexuel en présence d'un engagement international : le recours à l'ordre public.....	24
§ 1. La réserve de l'ordre public, obstacle à l'application de la loi étrangère prohibitive	24
§ 2. Une position <i>a priori</i> suivie par le juge	25
Conclusion du Chapitre 1.....	28
PARTIE 2 : DES EFFETS LIMITÉS DU MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE	29
CHAPITRE 1 : Des effets limités entre époux	29
Section 1. Des effets incertains en France : une adaptation nécessaire des règles de droit international privé	29
§ 1. Le juge face aux difficultés de détermination de la règle de conflit.....	30
§ 2. Le juge face aux difficultés de mise en œuvre de la règle de conflit.....	33
Section 2. Des effets incertains à l'étranger : l'exemple des successions internationales	35
§ 1. Des effets successoraux limités dans un État permissif	36
§ 2. Des effets successoraux inexistants dans un État prohibitif	37
A) <i>Les solutions acquises</i>	38
B) <i>Les incertitudes persistantes</i>	38
CHAPITRE 2 : Des effets limités à l'égard des enfants	41
Section 1. L'adoption internationale, un leurre pour les couples de même sexe ? .	41
§ 1. L'adoption par les couples homosexuels, un droit bouleversant l'ordre public international	41

§ 2. L'adoption par les couples homosexuels, un droit symbolique	43
Section 2. La procréation assistée et son avenir incertain	45
§ 1. L'interdiction réaffirmée des techniques de procréation assistée : vers un tourisme procréatif amplifié	45
§ 2. L'inefficacité des gestations pour autrui réalisées à l'étranger	47
A) <i>Le rejet de la transcription</i>	47
B) <i>Le rejet de l'établissement de la filiation</i>	47
Conclusion du Chapitre 2	49
CONCLUSION GÉNÉRALE	50
BIBLIOGRAPHIE	52