AFFAIRES GENERALES ET POLITIQUE
GENERAL AFFAIRS AND POLICY

Doc. prél. No 11
Prel. Doc. No 11

mars / March 2008

HccH
HAGUE CONFERENCE ON
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONFÉRENCE DE LA HAYE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

NOTE SUR LES DEVELOPPEMENTS EN DROIT INTERNE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVE SUR LA COHABITATION HORS MARIAGE, Y COMPRIS LES PARTENARIATS ENREGISTRES

établie par Caroline Harnois (ancienne Collaboratrice juridique)
et Juliane Hirsch (Collaboratrice juridique)

* * *

NOTE ON DEVELOPMENTS IN INTERNAL LAW AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW CONCERNING COHABITATION OUTSIDE MARRIAGE, INCLUDING REGISTERED PARTNERSHIPS

drawn up by Caroline Harnois (former Legal Officer)
and Juliane Hirsch (Legal Officer)

Document préliminaire No 11 de mars 2008
à l'intention du Conseil d'avril 2008
sur les affaires générales et la politique de la Conférence

Preliminary Document No 11 of March 2008
for the attention of the Council of April 2008
on General Affairs and Policy of the Conference

Permanent Bureau | *Bureau Permanent*
6, Scheveningseweg 2517 KT The Hague | *La Haye* The Netherlands | *Pays-Bas*
telephone | *téléphone* +31 (70) 363 3303 fax | *télécopieur* +31 (70) 360 4867
e-mail | *courriel* secretariat@hcch.net website | *site internet* http://www.hcch.net

NOTE SUR LES DEVELOPPEMENTS EN DROIT INTERNE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVE SUR LA COHABITATION HORS MARIAGE, Y COMPRIS LES PARTENARIATS ENREGISTRES

établie par Caroline Harnois (ancienne Collaboratrice juridique)
et Juliane Hirsch (Collaboratrice juridique)

* * *

NOTE ON DEVELOPMENTS IN INTERNAL LAW AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW CONCERNING COHABITATION OUTSIDE MARRIAGE, INCLUDING REGISTERED PARTNERSHIPS

drawn up by Caroline Harnois (former Legal Officer)
and Juliane Hirsch (Legal Officer)

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5

A – GENESE DE CETTE NOTE – MISE A JOUR DES DOCUMENTS PRODUITS PAR LA HCCH 5

B – TERMINOLOGIE 6

C – STRUCTURE 8

PREMIERE PARTIE – RECENTS DEVELOPPEMENTS EN DROIT INTERNE EN MATIERE DE COHABITATION HORS MARIAGE (UNION DE FAIT) 9

A – REMARQUES PRELIMINAIRES 9

B – DEFINITION DE LA COHABITATION HORS MARIAGE / UNION DE FAIT 9

C – FORMATION DE L'UNION 10

1. Conditions ou « indicateurs » 10

a) Durée 10
b) Exclusivité 11
c) Genre 11
d) Âge minimal 12
e) Autres conditions ou indicateurs 12

2. Empêchements 12

a) Degrés prohibés 12
b) Mariage ou partenariat enregistré non dissous 13
c) Autres empêchements 13

3. Procédure 13

D – EFFETS JURIDIQUES 14

1. Droits patrimoniaux 14

a) Partage des biens 14
b) Aliments 15
c) Prestation compensatoire 16

2. Droits d'ordre financier (fiscalité, sécurité sociale et pensions) 17

3. Droits familiaux relatifs aux rapports entre les partenaires 17

a) Protection de la résidence familiale 18
b) Succession 18

4. Droits familiaux relatifs aux enfants 19

a) Adoption 19
b) Procréation assistée 20

E – FIN DE LA COHABITATION 20

DEUXIEME PARTIE – RECENTS DEVELOPPEMENTS EN DROIT INTERNE EN MATIERE DE PARTENARIAT ENREGISTRE 21

A – DEFINITION D'UN PARTENARIAT ENREGISTRE 21

B – TYPOLOGIE DES PARTENARIATS ENREGISTRES 21

1. Distinction selon la condition portant sur le sexe des partenaires 21

2. Distinction selon la forme, forte ou faible, du partenariat enregistré 22

3. Distinction selon la fonction du partenariat enregistré dans le système juridique 22

C – FORMATION DU PARTENARIAT 23

1. Conditions de validité 23

a) Exclusivité 23
b) Genre 24
c) Âge 24
d) Durée minimale de cohabitation 25
e) Consentement 25
f) Formalités 25

2. Empêchements *27*
a) Degrés prohibés 27
b) Mariage ou partenariat enregistré non dissous 28
D – EFFETS JURIDIQUES DU PARTENARIAT 28
1. Droits patrimoniaux *28*
2. Droits d'ordre financier (fiscalité, protection sociale et retraite) *29*
3. Droits familiaux au titre de la relation entre les partenaires *29*
a) Obligations et devoirs des partenaires 30
(i) Devoir de cohabitation 30
(ii) Devoir de fidélité 30
(iii) Obligation d'aide matérielle et d'assistance et obligation de contribuer aux frais du ménage 30
(iv) Obligation de rembourser les dettes 31
(v) Protection de la résidence familiale 31
b) Droit à des aliments 31
c) Nom 32
d) Héritage 32
e) Autres effets 32
4. Droits familiaux relatifs aux enfants *33*
a) Adoption 33
b) Procréation assistée 34
c) Responsabilité et autorité parentale 35
E – DISSOLUTION DU PARTENARIAT 35
TROISIEME PARTIE – APERÇU DES RECENTS DEVELOPPEMENTS EN MATIERE DE MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MEME SEXE 37
QUATRIEME PARTIE – ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE RELATIFS A LA COHABITATION HORS MARIAGE 39
A – INTRODUCTION 39
B – LOI APPLICABLE 39
1. Loi applicable à la formation de la cohabitation hors mariage *40*
2. Loi applicable aux effets de la cohabitation hors mariage *41*
CINQUIEME PARTIE – ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE RELATIFS AUX PARTENARIATS ENREGISTRES 42
A – COMPETENCE DES AUTORITES POUR ENREGISTRER UN PARTENARIAT 43
B – LOI APPLICABLE 45
1. Loi applicable à la validité quant au fond et à la forme des partenariats enregistrés *46*
a) Loi applicable aux conditions de forme des partenariats enregistrés 46
b) Loi applicable aux conditions de fond 48
2. Loi applicable aux effets des partenariats enregistrés *50*
3. Loi applicable à la dissolution des partenariats enregistrés *52*
C – RECONNAISSANCE DU PARTENARIAT ENREGISTRE 52
1. Reconnaissance d'un partenariat enregistré étranger *52*
2. Effets de la reconnaissance *55*
3. Enregistrements multiples *55*
SIXIEME PARTIE – L'IMBROGLIO JURIDIQUE – QUELQUES EXEMPLES 57

INTRODUCTION

A – Genèse de cette note – mise à jour des documents produits par la HCCH

1. La Dix-neuvième session, se fondant sur les délibérations de la Commission I lors de ses réunions du 21 et 22 juin 2001 et du 22 au 24 avril 2002, a décidé de maintenir le sujet de la compétence judiciaire, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements relatifs aux couples non mariés à l'ordre du jour des travaux futurs de la Conférence, au titre des travaux non prioritaires[1]. Cette décision a été confirmée par les réunions de la Conférence de La Haye consacrées aux affaires générales et à la politique qui ont suivi[2].

2. Depuis 1987, le Bureau Permanent a présenté trois notes[3] sur la compétence judiciaire, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des jugements relatifs aux couples non mariés. La quantité et l'importance des activités législatives et judiciaires intervenues ces dernières années dans ce domaine, tant en droit interne qu'en droit international (par exemple à la Commission internationale de l'état civil et à l'Union européenne), justifient une mise à jour des informations dont dispose la Conférence de La Haye.

3. Le sujet traité est complexe étant donné, entre autres, la diversité des formes de cohabitation hors mariage, des appellations qui lui sont données et surtout des effets qu'elle produit. La cohabitation hors mariage pose donc plusieurs questions qui peuvent avoir des conséquences difficiles lorsque les individus concernés quittent l'État où elle s'est formée et se soumettent ainsi à des systèmes juridiques étrangers qui ne reconnaissent pas nécessairement leur statut et leurs attentes.

4. C'est aussi un sujet délicat, qui fait l'objet de débats nationaux, régionaux et internationaux intenses et de plus en plus fréquents dans le monde. Bien que certains associent la cohabitation hors mariage aux unions de personnes de même sexe, il ne s'agit pas de la seule réalité visée par ce terme. En effet, l'union de fait est beaucoup plus fréquente chez les couples de personnes de sexe différent. Certains systèmes juridiques leur offrent aussi un système de partenariat enregistré, qui peut être utilisé par les couples qui, sans vouloir se marier, désirent attacher à leur relation un caractère plus formel.

5. À défaut d'en offrir une mesure précise, le taux de naissance hors mariage donne une indication de la cohabitation hors mariage. Ce taux est très variable d'un pays à l'autre, même à l'intérieur d'une même région ; en Europe par exemple, il va de 5 % à plus de 60 %[4].

---

[1] Voir Acte final de la Dix-neuvième session, décembre 2002, p. 16 et 17.

[2] Voir, par exemple, Recommandations et conclusions du Conseil sur les affaires générales et la politique du 2 au 4 avril 2007, p. 1, para. 2, d).

[3] (1) « Note sur le problème de la loi applicable aux couples non mariés », établie par le Bureau Permanent, Document préliminaire No 8 de décembre 1987, *Actes et document de la Seizième session* (1988), Tome I, Matières diverses, p. 158 et s. (ci-après Doc. prél. No 8 de 1987) ;
(2) « Note sur le problème de la loi applicable aux couples non mariés », établie par le Bureau Permanent, Document préliminaire No 5 d'avril 1992 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1992 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après Doc. prél. No 5 de 1992), *Actes et documents de la Dix-septième session*, Tome I, Matières diverses, p. 108 et s.
(3) « Aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage et des partenariats enregistrés », Note établie par le Bureau Permanent, Document préliminaire No 9 de mai 2000 à l'intention de la Commission spéciale de mai 2000 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après Doc. prél. No 9 de 2000), *Actes et documents de la Dix-neuvième session*, Tome I, *Matières diverses,* p. 412.

[4] En 2006, les États européens présentant le plus faible nombre de naissances hors mariage étaient la Grèce, avec seulement 5,28 % et Chypre avec 5,6 %, alors qu'en Islande, plus de 60 % d'enfants naissent chaque année hors mariage depuis plus de 10 ans. Dans plusieurs États européens, plus de 50 % des enfants sont nés hors mariage en 2006 ; c'est le cas, par exemple, de la Bulgarie (50,8 %), de l'Estonie (58,2 %), de la France (50,5 %), de la Suède (55,5 %) et de la Norvège (53 %). Sur les 28 États européens figurant dans les statistiques de 2006, les naissances hors mariage représentaient de 30 à 50 % des naissances nationales dans 11 pays (République tchèque, Danemark, Irlande, Lettonie, Hongrie, Pays-Bas, Autriche, Portugal, Slovénie, Finlande et Royaume-Uni), entre 20 et 30 % des naissances nationales dans cinq pays (Allemagne, Lituanie, Luxembourg, Roumanie et Slovaquie), de 10 à 20 % des naissances nationales dans cinq pays (Pologne, Croatie, Macédoine, Liechtenstein et Suisse) et moins de 10 % des naissances nationales dans deux pays seulement (Chypre et Grèce). Voir le site Eurostat à l'adresse : < http://epp.eurostat.cec.eu.int/ >, consulté en mars 2008.

6. Cette tendance n'est pas circonscrite à l'Europe : aux États-Unis, 46,1 % des enfants nés en 2004 sont nés hors mariage[5], tandis qu'au Canada en 2006, sur un total de 8 896 840 familles avec enfants, 6 105 910 étaient des couples mariés[6]. De plus, on estime qu'entre 9 et 24 % des femmes âgées de 15 à 49 ans en Ouganda, au Cameroun, au Ghana, à Madagascar, en Namibie et au Rwanda, et plus de 55 % des femmes au Mozambique, vivent en union non officielle ou consensuelle. Cette réalité est aussi très présente sur le continent latino-américain où le taux d'union libre s'élève à 13 % au Brésil et à 36 % en République dominicaine[7].

7. On dispose également de données statistiques sur les partenariats enregistrés. Les chiffres sont plus élevés dans les États qui, à l'image de la France et des Pays-Bas, ont créé un système de partenariat enregistré ouvert aux couples de même sexe comme aux couples de sexe différent. Ainsi, en France, de l'entrée en vigueur de la loi instaurant le pacte civil de solidarité (PACS), c'est-à-dire en novembre 1999, à la fin mars 2001, environ 37 000 PACS ont été conclus et on y dénombrait, fin 2006, plus de 260 000 PACS[8]. Aux Pays-Bas, environ 13 000 partenariats avaient été enregistrés en 2003, soit quatre ans après l'introduction des partenariats enregistrés[9], tandis que 11 307 partenariats ont été enregistrés en 2005, ce chiffre s'établissant à 10 801 en 2006[10].

8. Les chiffres sont moins élevés mais néanmoins remarquables, toute proportion gardée, dans les systèmes juridiques qui ont institué une forme de partenariat enregistré réservée aux couples de même sexe. En Norvège, 227 partenariats ont été enregistrés en 2006 et environ 2 000 entre 1993 et 2006[11]. En Finlande, on dénombrait en 2006 un total de 948 partenariats enregistrés (dont 120 avec enfants)[12]. En Suisse, où la Loi fédérale sur les partenariats enregistrés ne date que de janvier 2007, environ 2 000 partenariats entre personnes de même sexe ont été enregistrés dans la première année suivant son entrée en vigueur[13].

9. L'objet de cette note du Bureau Permanent est d'actualiser les informations et de faire le point sur une réalité croissante dont les initiatives nationales, régionales et internationales se font l'écho.

B – Terminologie

10. Cette note traitera, d'une part, de la cohabitation hors mariage et, d'autre part, des partenariats enregistrés.

---

[5] Voir *US Census Bureau* à l'adresse : < http://www.census.gov/compendia/statab/tables/08s0084.pdf >, consulté en mars 2008.
[6] Voir Statistique Canada à l'adresse : < http://www40.statcan.ca/l01/cst01/famil54a.htm >, consulté en mars 2008.
[7] Voir les statistiques compilées dans la note de synthèse « Les familles de par le monde », publiée en 2002 par Action Canada pour la population et le développement (ACPD).
[8] Voir Xavier Labbée, « Pacs : derniers textes », *Actualité juridique famille* 2007, p. 8 et s., p. 10.
[9] Voir Katharina Boele-Woelki / Wendy Schrama, « Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im niederländischen Recht », dans Jens M. Scherpe / Nadjma Yassari, *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, p. 312.
[10] Voir Bureau central des statistiques des Pays-Bas (en version anglaise), Statistics Netherlands, à l'adresse : < http://statline.cbs.nl >, consulté en mars 2008. Il faut souligner qu'environ la moitié des partenariats enregistrés aux Pays-Bas en 2005 et 2006 étaient des mariages transformés en partenariats. Cette transformation est souvent utilisée pour avoir accès à des obligations moins strictes en matière de dissolution des relations, voir plus loin, Deuxième partie, C,1, a).
[11] Voir l'Office norvégien des statistiques en version anglaise, Statistics Norway, à l'adresse : < www.ssb.no/ekteskap_en >, consulté en mars 2008.
[12] Voir l'Office finlandais des statistiques en version anglaise, Statistics Finland - Finland in Figures - Population, à l'adresse : < www.stat.fi/tup/suoluk/suoluk_vaesto_en.html >, consulté en mars 2008.
[13] Voir l'Office fédéral suisse de la statistique à l'adresse :
< http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/06/blank/key/07.html >, consulté en mars 2008.

11. Peu d'États et territoires définissent expressément la cohabitation hors mariage ou des termes équivalents comme l'union de fait. La Hongrie est un des rares pays qui donnent une définition légale de la cohabitation hors mariage[14]. Les États qui attribuent des effets juridiques à la cohabitation hors mariage la définissent souvent indirectement en exigeant que certaines conditions soient réunies avant de consentir les droits correspondants. Pour les besoins de cette note, on entend par cohabitation hors mariage le concubinage ou les unions de fait non enregistrées, qui se forment, sous réserve de certaines conditions, par la cohabitation effective des parties.

12. Dans cette note, le partenariat enregistré désigne une forme de cohabitation hors mariage qui, pour produire ses effets, requiert généralement l'accomplissement de certaines formalités, en particulier son enregistrement dans un registre central. Le terme « partenariat enregistré »[15] n'est pas le seul terme qui peut être utilisé. En effet, les législations nationales emploient de nombreux termes pour décrire leur propre système interne tels que partenariat[16], partenariat domestique[17], partenariat civil[18], union civile[19], union stable de couple[20], union de couples stables[21], cohabitation légale[22], pacte civil de

---

[14] Aux termes de l'art. 685/A du Code civil hongrois : « Sont cohabitants – sauf autrement définis par la Loi – deux personnes qui vivent ensemble, sans avoir contracté un mariage, dans un ménage commun, dans une association émotionnelle et dans un partenariat économique » (traduction non officielle). Un autre exemple est la Nouvelle-Zélande où le terme « relation de fait » est défini à la Section 2D du *Property Relationships Act* de 1976 (ci-après Loi néo-zélandaise sur les biens des relations).

[15] Le terme « partenariat enregistré » est utilisé par exemple au Danemark, en Finlande, en Norvège, aux Pays-Bas, en Suède et en Suisse. Voir, pour le Danemark : *Lov om registreret partnerskab (Lov nr. 372, af 07.06.1998)*, telle que modifiée par les Lois suivantes : *Lov. nr. 821 af 19.12.1989,* § 36 *Lov nr. 387 af 14.06.1995, Lov nr. 360 af 02.06.1999,* § 6 *Lov nr. 446 af 09.06.2004* et § 4 *Lov nr. 525 af 24.06.2005* (ci-après Loi danoise sur le partenariat enregistré) ; pour la Finlande : *Laki rekisteröideystä parisuhteesta (No 950/2001)* modifiée par le *Laki rekisteröideystä parisuhteesta annetun lain 13 ja 14 §:n muuttamisesta (No 1229/2001)* et le *Laki rekisteröideystä parisuhteesta annetun lain muuttamisesta (59/2005)* (ci-après Loi finlandaise sur le partenariat enregistré) ; pour la Norvège : *Lov om registrert partnerskap nr 40 af 30.04.1993* telle que modifiée par le lov *nr. 104 af 21.12.2000* et le lov *nr. 36 af 15.06.2001* (ci-après Loi norvégienne sur les partenariats enregistrés) ; pour les Pays-Bas : art. 80a et s. du Livre premier du *Burgerlijk Wetboek* (ci-après le Code civil néerlandais), introduit par la Loi du 05 juillet 1997, Staatsblad No 324 ; pour la Suède : *Lag (1994 :1117)* modifié par *Ändring (1995 :1245*), *Ändring* (2000 :374) et *Ändring (2002 :603)* (ci-après Loi suédoise sur le partenariat enregistré) ; pour la Suisse : Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (en vigueur depuis le 1er janvier 2007) (ci-après Loi suisse sur le partenariat enregistré).

[16] Utilisé au Luxembourg, voir Loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, Memorial, Journal du Grand-Duché de Luxembourg, Recueil de législation A - No 143, 6 août 2004 (ci-après, Loi luxembourgeoise sur le partenariat enregistré).

[17] Le terme est employé par exemple en Californie (États-Unis) voir *sections* 297-299.6 du *Family Code of California*, et en Nouvelle-Écosse (Canada), voir *Vital Statistics Act, R.S.N.S. 1989* tel que modifié en 2006 (ci-après Loi de Nouvelle-Écosse (Canada) sur les statistiques de l'état civil)

[18] Au Royaume-Uni par exemple, voir *Civil Partnership Act*, *2004* (ci-après Loi britannique sur le partenariat civil).

[19] Le terme est employé, par exemple, dans la Ville autonome de Buenos Aires (Argentine), voir L*ey de Unión Civil de la Ciudad Autonoma de Buenos Aires No 1004/2.002 y Decreto Reglamentario No 556/2.003,* publiés au BOCBA No 1617, 27 janvier 2003 (ci-après Loi de la Ville autonome de Buenos Aires (Argentine) sur l'union civile) ; au Québec (Canada), voir Loi sur l'union civile et les nouvelles règles de filiation, 2002 (ci-après Loi québécoise sur l'union civile) ; en Nouvelle-Zélande, voir *Civil Union Act 2004* (ci-après Loi néo-zélandaise sur l'union civile) ; dans le Connecticut (États-Unis) : *An Act Concerning Civil Union, Public Act No 05-10, Substitute Senate Bill No 963*, (ci-après Loi du Connecticut (États-Unis) sur l'union civile) et dans le Vermont (États-Unis), voir *Act relating to Civil Unions amending 15 V.S.A. Chapter 23* (ci-après Loi du Vermont (États-Unis) sur l'union civile).

[20] Terme employé en Andorre, voir *Lei 4/2005 del 21 de febrer qualificada de las unions estables de parella, Bulleti Oficial del Principat d'Andorry No 25*, *any 17*, 1005, p. 1022-1025, Andorre (ci-après Loi andorrane sur le partenariat enregistré).

[21] Îles Baléares (Espagne), voir *Ley 18/2001 de 19 de diciembre de 2001 de parejas estables* (ci-après Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat).

[22] Belgique, voir art. 1475-1479 du Livre III du Code civil belge, commençant par la Loi instaurant la cohabitation légale, 23 novembre 1998 (ci-après Loi belge sur la cohabitation légale) ; voir aussi Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered ? The Substantive and Private International Law Aspect of Non-Marital Registered Relationships in Europe – A comparison of the laws of Belgium, France, the Netherlands, Switzerland, and the United Kingdom,* Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005, p. 38 et s.

solidarité[23], etc.[24] Le terme partenariat enregistré est employé ici dans une acception large, couvrant toutes les formes de cohabitation hors mariage dont l'enregistrement conditionne la validité. Il faut néanmoins souligner que les conditions et effets précis de l'institution varient d'un pays à l'autre[25].

13. Le terme « partenariat enregistré » employé pour désigner une union formalisée qui n'est pas un mariage a été sélectionné pour les besoins de cette note par souci de clarté et de cohérence, mais aussi en raison de la notoriété publique de ce terme, employé depuis la fin des années 80. Il serait néanmoins possible de revenir sur ce choix si l'on décidait d'entreprendre des initiatives plus approfondies au niveau international. Des termes tels que « unions formalisées »[26] ou « relations non maritales enregistrées »[27] pourraient apparaître plus adaptés ou plus précis.

14. Il faut souligner que les définitions choisies aux fins de cette note ne sont que des définitions de travail. De plus, classer certaines relations dans la législation nationale comme « cohabitation hors mariage » ou « partenariat enregistré » n'est pas sans poser problème car en raison des divers modèles de partenariat hors mariage, il est souvent difficile de les ranger exactement dans l'une ou l'autre catégorie (voir aussi plus loin Première partie, C, 3).

15. Même la distinction entre un partenariat enregistré et un mariage pose des problèmes. En Afrique du Sud[28] par exemple, les parties à une union civile (de sexe différent ou de même sexe) peuvent choisir d'appeler leur union un mariage ou un partenariat civil. Quel que soit leur choix, les obligations et les effets sont les mêmes. Dans d'autres systèmes aussi, les règles qui s'attachent aux partenariats peuvent être pratiquement identiques à celles du mariage. Dans cette note, le terme « mariage » est employé en fonction de l'usage qu'en fait effectivement le système juridique considéré.

C – Structure

16. Cette note examinera les récents développements internes en matière de cohabitation hors mariage (première partie) et de partenariat enregistré (deuxième partie). Elle présentera ensuite un aperçu des récents développements en matière de mariage entre personnes de même sexe (troisième partie) et terminera par un exposé des questions de droit international privé relatives à la cohabitation hors mariage (quatrième partie) et au partenariat enregistré (cinquième partie), suivi d'exemples pratiques et de la conclusion (sixième partie).

---

[23] France, voir Loi No 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, telle que modifiée par la Loi No 2006-728 du 23 juin 2006 (en vigueur depuis le 1er janvier 2007) (ci-après Loi française sur le PACS).

[24] En Allemagne, le partenariat enregistré est appelé « *Lebenspartnerschaft* », que l'on pourrait traduire par partenariat de vie ; voir *Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft vom 16.02.2001* telle qu'introduit par *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften,* BGBl I 2001, 266, modifié par *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004*, BGBl I 2004, 3396 et modifié par *Gesetz zur Änderung des Ehe- und Lebenspartnerschaftsnamensrechts vom 06.02.2005* (BGBl I 2005, 203). Dans sa version actuelle, la Loi allemande *Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft* est appelée ci-après Loi allemande sur le partenariat enregistré.

[25] Voir plus loin Deuxième partie, D.

[26] Voir la proposition de texte du Groupe de droit international privé, Quatorzième réunion, Tenerife, 17-19 septembre 2004, voir < www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-14t-fr.html > (site consulté en mars 2008).

[27] Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?,* voir *supra* note 22, en p. 11.

[28] Voir *sections* 2, 11, 12 et 13 du *South African Civil Union Act, 2006 (Act No 17/2006)*, publié à la *Government Gazette*, 2006, Vol. 497, No 29441 (ci-après Loi sud-africaine sur l'union civile).

PREMIERE PARTIE – RECENTS DEVELOPPEMENTS EN DROIT INTERNE EN MATIERE DE COHABITATION HORS MARIAGE (UNION DE FAIT)

A – Remarques préliminaires

17. Cette première partie dresse l'état des lieux des récents développements intervenus depuis la publication du Document préliminaire No 5 de 1992[29]. Toutefois, la majorité des informations contenues dans ce document étant encore d'actualité, nous nous bornerons à souligner les nouveaux développements ou les changements intervenus.

18. Plusieurs États et territoires ont récemment légiféré en matière de cohabitation hors mariage. Citons, par exemple, le Brésil[30], la Croatie[31], le Portugal[32], la Suède[33], la Tasmanie (Australie)[34] et l'Uruguay[35], ainsi que plusieurs communautés autonomes espagnoles[36].

B – Définition de la cohabitation hors mariage / union de fait

19. Tel qu'employé dans cette note, le terme cohabitation hors mariage désigne le concubinage ou les unions de fait non enregistrées formées, sous certaines conditions, par la cohabitation effective des parties[37].

20. Comme nous l'avons dit plus haut, de nombreux systèmes juridiques ne définissent pas le terme de cohabitation hors mariage. On pourra poser comme principe général que les systèmes qui attribuent des conséquences juridiques à la cohabitation hors mariage tendent davantage à définir le terme ou à élaborer des conditions générales distinguant la cohabitation hors mariage des autres relations.

---

[29] Voir note 3, *supra*.

[30] Des dispositions relatives à la cohabitation hors mariage ont été introduites dans le *Codigo Civil* brésilien*, Lei n° 10.406, 10.01.2002* (ci-après Code civil brésilien), voir art. 1723-1727 du Code civil brésilien.

[31] Pour la cohabitation entre personnes de sexe différent voir la Loi croate sur la famille du 14 juillet 2003 (ci-après Loi croate sur la famille) ; pour la cohabitation entre partenaires de même sexe, voir la Loi croate sur le partenariat entre personnes de même sexe du 14 juillet 2003 (ci-après Loi croate sur la cohabitation).

[32] Voir *Lei 7/2001 de 11.05.2001 Adopta medidas de protecção das uniões de facto* (ci-après Loi portugaise sur les unions de fait).

[33] Voir *Sambolag (2003:376)* telle que modifié en dernier lieu par *Lag (2005:454)* (dans sa version modifiée, ci-après Loi suédoise sur la cohabitation).

[34] Voir *Tasmanian Relationship Act 2003, 17.09.2003,* (ci-après Loi de Tasmanie (Australie) sur les relations).

[35] L'Uruguay est l'un des exemples les plus récents d'État à avoir ouvert à des couples de même sexe la possibilité d'une cohabitation hors mariage reconnue par la Loi. La Loi, *Unión Concubinaria, Ley No 18.246* (ci-après Loi uruguayenne sur l'union en concubinage) a été votée en décembre 2007.

[36] Treize des 17 *Comunidades Autónomas* (régions possédant certaines compétences législatives et administratives ; ci-après Communautés autonomes espagnoles) ont voté des lois spécifiques sur la cohabitation hors mariage. Dans la majorité d'entre elles, l'acte officiel d'enregistrement est l'élément constitutif. Elles sont donc étudiées dans la section relative aux partenariats enregistrés, dans la Deuxième partie. Des lois sur la cohabitation hors mariage, telle que définie dans cette note, sont en vigueur dans les communautés autonomes de l'Andalousie, des Asturies, de l'Aragón, de la Catalogne, des Canaries et de la Navarre. Voir pour l'Andalousie : *Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho de Andalucía, BO de la Junta de Andalucía de 28.12.2002, núm. 153* et *BOE 13.01.2003, núm. 11* (ci-après Loi andalouse (Espagne) sur les unions de fait) ; voir pour les Asturies : *Ley 4/2002, de 23.05.2002, de Parejas estables de Asturias*, *BO del Principado de Asturias, de 31.05.2002, núm. 125* et *BOE 02.07.2002, núm. 157* (ci-après Loi des Asturies (Espagne) sur le partenariat) ; voir pour l'Aragón : *Ley 6/1999, de 26.03.1999, de Parejas estables no casadas de Aragón, BO de Aragón de 06.04.1999, núm. 39* et *BOE 21.04.1999, núm. 95* (ci-après Loi aragonaise (Espagne) sur le partenariat) ; voir pour la Catalogne : *Ley 12/1998, de 15.07.1998, de Uniones estables de pareja de Cataluña, DO de la Generalitat de Catalunya de 23.07.1998, núm. 2687* et *BOE de 19.08.1998, núm. 198* (ci-après Loi catalane (Espagne) sur le partenariat) ; voir pour les Canaries : *Ley 5/2003, de 6.03.2003, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, BOE 14.04.2003, núm. 89* (ci-après Loi des Îles Canaries (Espagne) sur le partenariat) ; voir pour la Navarre : *Ley 6/2000, de 19.06.2000, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, BO de Navarra de 7.07.2000, núm. 82* et *BOE 06.09.2000, núm. 214* (ci-après Loi navarraise (Espagne) sur le partenariat).

[37] Voir terminologie plus haut.

C – Formation de l'union

1. Conditions ou « indicateurs »

21. Comme l'a souligné la note de 1992[38], ce qui distingue la cohabitation du mariage, et même du partenariat enregistré, c'est l'absence de formalités attachées à la formation de la cohabitation. Ce qui les rapproche, c'est la volonté des personnes de cohabiter.

22. Les conditions de formation de la cohabitation ou les indicateurs de son existence varient d'un État à l'autre, et souvent aussi d'une loi à l'autre au sein d'un même État comportant plusieurs territoires. Bien que la cohabitation hors mariage soit rarement définie avec précision, certaines conditions sont communes à la cohabitation telle que la connaissent les différents États.

a) Durée

23. L'une des conditions essentielles de la cohabitation hors mariage est une certaine durée de la relation, laquelle varie d'un système juridique à l'autre mais est assez longue pour la distinguer de la simple relation. Certains systèmes juridiques précisent cette durée minimale tandis que d'autres indiquent simplement que la cohabitation doit être de longue durée. À titre d'exemple, certains systèmes imposent une durée minimale de cohabitation d'un an, comme les Asturies (Espagne)[39], de deux ans continus, comme le Pérou[40], le Portugal[41], l'Aragon (Espagne)[42] et la Catalogne (Espagne)[43] ou de trois ans continus, comme la Croatie[44], le Guatemala[45] et El Salvador[46], ou même cinq ans continus, comme le Panama[47] et l'état de Jalisco (Mexique)[48].

24. Cette condition de durée est parfois remplacée ou réduite par la présence d'un enfant commun aux cohabitants. C'est le cas notamment dans l'état de Jalisco (Mexique), où la durée minimale de cinq ans est ramenée à trois lorsque les cohabitants ont un enfant en commun[49].

25. D'autres systèmes juridiques n'indiquent pas la durée minimale requise pour la formation de la cohabitation ou l'union de fait, mais ils précisent que la cohabitation doit être constante, continue et durable. La France, par exemple, décrit le concubinage comme une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple[50]. La Suède décrit la cohabitation comme étant formée de deux personnes vivant ensemble de façon permanente dans le cadre d'une relation et partageant un ménage[51]. Le Paraguay, quant à lui, n'impose pas de durée minimale pour qualifier une cohabitation de communauté de fait et bénéficier des dispositions applicables à celle-ci tant que les obligations légales sont remplies ; mais lorsque la

---

[38] Doc. prél. No 5 de 1992, Voir, note 3, en particulier en p. 114.
[39] Voir art. 3(2) de la Loi des Asturies (Espagne) sur le partenariat, voir aussi Cristina Gonzáles Beilfuss, « Spanien und Portugal », dans Jens M. Scherpe / Nadjma Yassari, *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, p. 256.
[40] Voir art. 326 du *Código Civil, 24/07/1984* (ci-après Code civil péruvien).
[41] Voir art. 1(1) de la Loi portugaise sur les unions de fait.
[42] Art. 3(2) de la Loi aragonaise (Espagne) sur le partenariat.
[43] Art. 1(1) de la Loi catalane (Espagne) sur le partenariat.
[44] La Loi croate distingue la cohabitation des personnes de même sexe de la cohabitation des personnes de sexe différent, toutes deux étant soumises à une durée minimale de trois ans. Pour la cohabitation de sexe différent, voir § 3 de la Loi croate sur la famille ; pour la cohabitation de même sexe, voir § 2 de la Loi croate sur la cohabitation ; voir aussi la traduction allemande dans Bergmann / Ferid / Henrich, *Internationales Ehe-und Kindschaftsrecht, Kroatien,* Supplément 169, décembre 2006, p. 45 et s. et 77 et s.
[45] Art. 173 du *Código Civil, Decreto-Ley Número 106* (ci-après Code civil guatémaltèque).
[46] Art. 118 du *Código de Familia No 677, 11.10.1993,* modifié en dernier lieu par *D.L.No 956, del 03.02.2006* (ci-après Code de la famille salvadorien).
[47] Art. 53 du *Código de la Familia, Ley No 3, de 17.05.1994* (ci-après Code de la famille panaméen).
[48] Art. 778(2) du *Código Civil del Estado de Jalisco, Mexico, 25.02.1995* (ci-après Code civil du Jalisco (Mexique)).
[49] Art. 778(2) du Code civil de l'état de Jalisco (Mexique).
[50] Art. 515-8 du Code civil français.
[51] § 1 de la Loi suédoise sur la cohabitation ; voir aussi Eva Ryrstedt, « Legal Status of Cohabitants in Sweden », dans Jens M. Scherpe / Nadjma Yassarie, *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, p. 418.

cohabitation dure depuis plus de cinq ans, il existe une présomption réfragable d'union de fait au sens de la loi[52].

b) Exclusivité

26. Il y a généralement consensus sur le fait que pour produire ses effets juridiques, la cohabitation doit respecter le critère d'exclusivité. Aussi précise-t-on souvent qu'elle ne peut être formée qu'entre deux personnes, à l'exclusion de toute autre, qui vivent en couple et ne sont pas mariées ou unies civilement[53].

27. Dans l'état de Jalisco (Mexique), l'exclusivité est assurée en matière de succession en disposant que si le *de cujus* cohabitait de façon maritale avec plus d'une personne, aucune d'entre elles n'héritera[54].

28. Au Portugal, bien que la cohabitation hors mariage soit interdite aux personnes mariées, elle est permise lorsqu'une séparation de corps et de biens a été prononcée[55]. La situation est comparable au Brésil : le mariage avec un tiers n'est pas un obstacle à une cohabitation hors mariage si les époux sont séparés de fait ou juridiquement[56].

29. En France en revanche, aucune condition d'exclusivité n'est posée à la cohabitation hors mariage. Une personne mariée peut ainsi former un concubinage avec un tiers[57].

c) Genre

30. Contrairement à ce qu'on pouvait affirmer en 1992[58], le critère relatif au sexe des cohabitants a changé dans certains États et territoires et on distingue aujourd'hui plusieurs approches. L'exigence en vertu de laquelle la cohabitation hors mariage ne peut qu'être formée par des personnes de sexe différent subsiste dans plusieurs États, en particulier les États d'Amérique latine. Certains d'entre eux tels le Pérou[59], le Venezuela[60], la Bolivie[61], le Brésil[62] et El Salvador[63], prévoient expressément que la cohabitation ne peut exister qu'entre une femme et un homme. D'autres, sans être aussi explicites, précisent que la cohabitation hors mariage peut être formée par des personnes ayant la capacité de contracter un mariage[64], ce qui sous-entend habituellement qu'elle ne peut être formée qu'entre personnes de sexe différent. D'autres États et territoires tels que la Croatie[65], la France[66], la Nouvelle-Zélande[67], la Catalogne (Espagne)[68] et, plus récemment, l'Uruguay[69], reconnaissent maintenant aux cohabitants de même sexe et de

---

[52] Art. 220 du *Código Civil del Paraguay, Ley No 1183/85* (ci-après Code civil paraguayen).
[53] Voir, par exemple, l'art. 2D(1) du *Property Relationship Act 1976* de la Nouvelle-Zélande et les art. 4 et 5 du *Relationship Act 2003, 17.09.2003* (ci-après Loi de Tasmanie (Australie) sur les relations).
[54] Art. 2941 du Code civil de l'état de Jalisco (Mexique).
[55] Art. 2c) de la Loi portugaise sur les unions de fait.
[56] Voir art. 1723 para. 1 du Code civil brésilien ; voir aussi Axel Weishaupt dans Bergmann / Ferid / Henrich, *Internationales Ehe-und Kindschaftsrecht*, Brazilien, 168. Supplément, octobre 2006, p. 30.
[57] Art. 515-8 du Code civil français ; voir Frédérique Ferrand, « Die Rechtstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Frankreich », dans Jens M. Scherpe / Nadjma Yassari, *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, p. 225.
[58] Doc. prél. No 5 de 1992, voir *supra* note 3.
[59] Voir art. 326 du Code civil péruvien.
[60] Voir art. 767 du *Código Civil* du Venezuela*, 26.07.1982, Número 2.9900 Extraordinario* (ci-après Code civil vénézuélien).
[61] Voir art. 158 du *Código de Familia* de Bolivie*, Ley No 996, 4.4.1988* (ci-après Code de la famille bolivien).
[62] Voir art. 1723 du *Código Civil, Lei No 10.406, 10.01.2002* (ci-après Code civil brésilien).
[63] Voir art. 118 du Code de la famille salvadorien.
[64] Art. 217 du Code civil paraguayen.
[65] La Loi croate contient des dispositions relatives aux cohabitants hors mariage de même sexe et de sexe différent. Les dispositions relatives à la cohabitation de personnes de même sexe ont été introduites en 2003 par la nouvelle Loi croate sur le partenariat, qui est venue s'ajouter aux dispositions déjà prévues sur la cohabitation de personnes de sexe différent du Code croate de la famille, voir Dubravka Hrabar, « Legal Status of Cohabitation in Croatia », dans Jens M. Scherpe / Nadjma Yassari, *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, p. 403.
[66] Voir art. 515-8 du Code civil français.
[67] Voir art. 2 D(1) de la Loi néo-zélandaise sur les biens des relations.
[68] Art. 1 de la Loi catalane (Espagne) sur le partenariat pour les cohabitants de sexe différent et art. 19 de la Loi catalane (Espagne) sur le partenariat pour les cohabitants de même sexe.
[69] L'Uruguay est l'un des exemples le plus récent d'États ouvrant la possibilité d'une cohabitation hors mariage légalement reconnue aux couples de même sexe. La Loi, *Unión Concubinaria, Ley No 18.246* (ci-après Loi uruguayenne sur l'union en concubinage) a été votée en décembre 2007.

sexe différent la possibilité de former une cohabitation hors mariage. Parmi ceux-ci, certains ont adopté une législation applicable à tous les couples[70] tandis que d'autres ont préféré légiférer de façon séparée et ont adopté des lois s'appliquant aux cohabitants de même sexe afin de rendre leur situation similaire à celle des cohabitants de sexe différent[71]. En Suède, une première loi en matière de cohabitation applicable aux couples de sexe différent[72] a été suivie par une loi équivalente applicable aux couples de même sexe[73], toutes deux consolidées par la suite en une seule loi sur la cohabitation[74] qui efface les différences entre les deux types de couples.

d) Âge minimal

31. Plusieurs États latino-américains exigent que les cohabitants aient la capacité de contracter un mariage et ne fassent l'objet d'aucun empêchement légal[75], ce qui comprend l'âge minimal, auquel il peut être fait exception lorsque les cohabitants ont un enfant[76]. Ailleurs, les cohabitants doivent en général avoir 18 ans (en Croatie[77] et en Nouvelle-Zélande[78]) ou 16 ans (au Portugal[79]).

e) Autres conditions ou indicateurs

32. Certains États, tels la Nouvelle-Zélande, prévoient une liste de facteurs qui peuvent être envisagés pour déterminer si, dans un cas particulier, on est en présence d'une cohabitation hors mariage. Outre les facteurs déjà énumérés, ce sont : la nature et l'étendue de la résidence commune, l'existence de relations sexuelles, le degré de dépendance ou d'interdépendance financière, toute modalité convenue entre les partenaires quant à l'aide financière, aux biens, à l'utilisation et à l'acquisition de biens, aux soins aux enfants et à leur prise en charge financière, à la participation aux tâches ménagères, au degré d'engagement dans une vie commune ainsi que le caractère public et connu de la relation[80]. Aucun de ces critères n'est obligatoire mais le tribunal, dans son appréciation, peut leur donner le poids qu'il juge opportun[81].

2. Empêchements

a) Degrés prohibés

33. Dans plusieurs États, notamment les États latino-américains, les règles relatives à la capacité de contracter un mariage[82] et les empêchements en la matière, y compris les degrés prohibés, sont appliqués *mutatis mutandis* à la cohabitation. Au Portugal, on précise expressément qu'une cohabitation hors mariage ne peut exister entre parents en ligne directe, en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré ou entre alliés en ligne directe[83]. En Croatie, les cohabitants ne doivent pas être parents en ligne directe[84]. D'autres États ont décidé de protéger les relations dites « relations d'aide » *(« caring relationships »)*[85]. Ce sont des relations qui ne reposent pas sur une cohabitation

---

[70] Art. 2D(1)(b) et (c) de la Loi néo-zélandaise sur les biens des relations, art. 515-8 du Code civil français par exemple.
[71] Voir la Loi croate sur la cohabitation pour la cohabitation de personnes de même sexe et § 3, 222 et s., 258 de la Loi croate sur la famille pour la cohabitation de personnes de sexe différent. Voir les art. 1-18 de la Loi catalane (Espagne) sur le partenariat pour la cohabitation de personnes de sexe différent et les art. 19-34 de la Loi catalane sur le partenariat pour la cohabitation de personnes de même sexe.
[72] *Lag (1987 :232) om sambors gemensamma hem.*
[73] *Lag (1987 :813) om homosexuella sambor.*
[74] Loi suédoise sur la cohabitation, voir *supra*, note 51.
[75] Art. 217 du Code civil paraguayen.
[76] Art. 118 du Code de la famille salvadorien.
[77] § 3 de la Loi croate sur la cohabitation (cohabitation de personnes de même sexe).
[78] Art. 2D (1)(a) de la Loi néo-zélandaise sur les biens des relations.
[79] Art. 2a) de la Loi portugaise sur les unions de fait.
[80] Art. 2D (2) de la Loi néo-zélandaise sur les biens des relations.
[81] Art. 2D (3) de la Loi néo-zélandaise sur les biens des relations.
[82] Art. 217 du Code civil paraguayen.
[83] Art. 2d) de la Loi portugaise sur les unions de fait.
[84] § 3 de la Loi croate sur la cohabitation.
[85] Voir aussi plus loin Deuxième partie, B, 3.

similaire au mariage mais sur l'aide ménagère et les soins à la personne[86]. La protection juridique d'un tel partenariat est possible en Tasmanie (Australie) par exemple, où la loi distingue la relation significative (*« significant relationship »*[87]) et la relation d'aide (*« caring relationship »*[88]).

b) Mariage ou partenariat enregistré non dissous

34. Cet empêchement recoupe la condition d'exclusivité décrite plus haut. Il représente l'équivalent de l'interdiction de polygamie en matière de cohabitation hors mariage.

c) Autres empêchements

35. Certains États ont prévu d'autres empêchements à la cohabitation. Au Portugal par exemple, l'existence de la cohabitation hors mariage est soumise à d'autres empêchements que l'on retrouve en matière de mariage tels que la démence notoire et une condamnation pour tentative d'homicide sur la personne du cohabitant envisagé ou du conjoint de celui-ci[89].

3. Procédure

36. Dans la plupart des pays, l'existence d'une cohabitation hors mariage est déterminée par les circonstances factuelles, mais dans quelques-uns, certaines formalités doivent être accomplies pour donner un effet juridique à la cohabitation. Il peut s'agir d'une déclaration auprès d'un tribunal ou d'une autre autorité, de l'enregistrement d'un acte constatant la relation ou d'un autre enregistrement de la cohabitation. Pour revenir à la distinction établie plus haut entre la cohabitation hors mariage et le partenariat enregistré, seuls les partenariats dont l'enregistrement est un élément constitutif sont, aux fins de cette note, désignés comme « partenariats enregistrés ». Sont par conséquent exclues de cette catégorie les formes de cohabitation dans lesquelles l'enregistrement est une simple question de preuve et dont l'existence n'est pas affectée par l'enregistrement[90]. L'établissement d'une distinction différente pourrait néanmoins trouver des justifications, surtout lorsque la cohabitation hors mariage, bien qu'existant sans enregistrement, ne confère des droits et des devoirs qu'après son enregistrement. Dans de nombreux États d'Amérique latine, la cohabitation hors mariage doit être reconnue par un tribunal pour bénéficier des droits qui lui sont conférés par la Loi. Au Salvador, par exemple, la cohabitation hors mariage doit être déclarée à un tribunal[91], tandis qu'au Guatemala, une déclaration doit être effectuée auprès d'un maire ou d'un notaire[92]. Ces déclarations aident à déterminer le début de la cohabitation et lui confèrent ses effets juridiques. La nouvelle législation de l'Uruguay sur le concubinage suit une logique similaire : les partenaires qui vivent en concubinage depuis cinq ans sans interruption peuvent soumettre une demande de reconnaissance de leur concubinage à un tribunal et le faire inscrire au registre national[93].

37. Dans la communauté autonome espagnole de Catalogne, qui distingue la cohabitation entre personnes de sexe différent et personnes de même sexe, la loi exige des cohabitants de même sexe qu'ils signent un acte devant notaire[94].

---

[86] Voir Jens M. Scherpe, « Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung und Empfehlungen zur Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften », dans Jens M. Scherpe / Nadjma Yassari, *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, p. 579, 582.
[87] Voir définition des *« significant relationships »*, *section* 4 de la Loi de Tasmanie (Australie) sur les relations.
[88] Voir définition des *« caring relationships »*, *section* 5 de la Loi de Tasmanie (Australie) sur les relations.
[89] Art. 2b) et e) de la Loi portugaise sur les unions de fait.
[90] Voir par exemple la Loi de Tasmanie (Australie) sur les relations et les Lois sur le partenariat des communautés autonomes espagnoles des Asturies (art. 1 et 3) et des Îles Canaries (art. 6).
[91] Art. 123 du Code de la famille salvadorien.
[92] Art. 173 du Code civil guatémaltèque.
[93] Art. 4 et 12 de la Loi uruguayenne sur l'union en concubinage.
[94] Voir Loi catalane (Espagne) sur le partenariat. Voir aussi Cristina Gonzáles Beilfuss, « Spanien und Portugal », *supra* note 39, p. 269, et Ulrich Daum, dans Bergmann / Ferid / Henrich, *Internationales Ehe-und Kindschaftsrecht*, Spanien, 164. Supplément, décembre 2005, p. 135.

38. Aux Pays-Bas, de nombreux cohabitants concluent un contrat de cohabitation signé devant notaire appelé *Samenlevingscontract*[95] pour régler les effets patrimoniaux de leur cohabitation hors mariage. L'objectif est d'instaurer une certitude juridique dans un domaine où la loi néerlandaise est silencieuse, et au fil des ans, différents contrats-types ont été établis. Toutefois, le contrat de cohabitation n'est pas obligatoire. Même si l'intérêt d'un tel contrat est reconnu, il présente aussi des inconvénients, notamment son incapacité à prévoir toutes les questions qui se posent en cas de rupture de la cohabitation et le fait qu'il ne s'adapte pas aux changements mais nécessite d'être modifié. Aussi faut-il noter que bien qu'il soit courant dans certains États, il reste méconnu ou peu commun dans d'autres.

D – Effets juridiques

39. Quant aux effets juridiques de la cohabitation hors mariage, et tel que souligné dans la Note de 1992 du Bureau Permanent[96], les États ont adopté des approches diverses et peuvent être ainsi regroupés en deux catégories : ceux qui n'ont pas légiféré sur les effets engendrés par la cohabitation hors mariage et ceux qui ont légiféré en la matière. Les juridictions du premier groupe adoptent des positions différentes face aux cas particuliers : elles peuvent aussi bien refuser d'accorder des droits quels qu'ils soient ou appliquer par analogie des règles applicables à d'autres domaines de droit telles que les lois en matière de sociétés pour les droits à caractère patrimonial. Quant aux États qui ont légiféré, ils l'ont souvent fait de façon fragmentaire, en fonction de la question en cause et des effets recherchés.

40. Dans tous les cas, les États sont confrontés à des préoccupations diverses qui peuvent conduire à des solutions contradictoires, d'une part le désir de protéger la volonté de personnes qui peuvent avoir choisi de ne pas se marier et, d'autre part, celui de protéger une partie vulnérable et, le cas échéant, les enfants.

1. Droits patrimoniaux

a) Partage des biens

41. Les approches adoptées quant au partage des biens à la fin de la cohabitation hors mariage sont diverses. D'un côté, il y a les États qui appliquent aux cohabitants des règles étendues identiques à celles applicables aux couples mariés. En Nouvelle-Zélande par exemple, la Loi sur les régimes matrimoniaux *(Matrimonial Property Act)* a été renommée en 2002 Loi sur les biens des relations *(Property (Relationship) Act),* laquelle a aboli en grande partie la distinction entre couples mariés, cohabitants hors mariage, personnes de même sexe et personnes de sexe différent en instaurant des règles qui prévoient un partage égal des biens à la fin de la cohabitation[97]. Cette loi dispose en effet que si la relation remplit les critères de la cohabitation hors mariage précisés à la section qui précède, elle produit les mêmes effets financiers que le mariage. Cela signifie que les cohabitants auront droit à une part égale de la résidence familiale, des biens familiaux et de toute autre propriété de la relation[98]. À titre d'exemple, les cotisations à un régime de pension versées par un des cohabitants pendant la durée de la cohabitation feront aussi l'objet d'un partage égal à la fin de la cohabitation. On peut toutefois déroger au principe de partage égal dans les situations exceptionnelles où l'égalité de partage constituerait une injustice[99]. Il est aussi prévu que les cohabitants peuvent se soustraire à la loi néo-zélandaise sur les biens des relations en concluant une convention[100].

---

[95] Voir Katharina Boele-Woelki / Wendy Schrama, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im niederländischen Recht,* supra, note 9, p. 336, 337.
[96] Doc. prél. No 5 de 1992, voir *supra* note 3.
[97] Art. 11(1) de la Loi néo-zélandaise sur les biens des relations.
[98] *Idem*.
[99] Art. 13(1) de la Loi néo-zélandaise sur les biens des relations.
[100] Art. 21 de la Loi néo-zélandaise sur les biens des relations.

42. La Loi suédoise sur la cohabitation prévoit le partage de certains biens sur la base de leur valeur[101] lorsque la cohabitation prend fin et qu'un des cohabitants demande ce partage dans un délai d'un an suivant son terme[102]. Il est toutefois prévu que les cohabitants peuvent conclure une convention afin de soustraire leur cohabitation à cette Loi ou d'exclure certains biens du partage[103].

43. Au Paraguay, les règles relatives au régime matrimonial de la communauté de biens sont appliquées *mutatis mutandis* à la communauté de fait formée par les cohabitants[104] et ce, quelle que soit la durée de cohabitation, pour autant que les conditions en la matière soient remplies. Ajoutons qu'à défaut de preuve contraire, la société de fait est présumée dans tous les cas où la cohabitation a duré plus de cinq ans[105].

44. Au Venezuela, la communauté de biens se présume aussi, sauf preuve contraire, dans tous les cas d'union non matrimoniale, lorsque l'homme ou la femme démontre qu'il (elle) a vécu de façon permanente dans cet état, et cela même si les biens dont on veut établir la communauté ont été acquis par un seul d'entre eux[106]. Précisons toutefois qu'une telle présomption n'a d'effets qu'entre les cohabitants, entre leurs héritiers, et entre l'un des cohabitants et les héritiers de l'autre[107].

45. Au Pérou, les règles du régime de la communauté réduite aux acquêts s'appliquent à la cohabitation hors mariage lorsqu'elle remplit la condition de durée minimale de deux ans[108].

46. D'autres États consentent aux cohabitants certains droits en matière de partage de biens sans toutefois leur reconnaître la totalité des droits conférés aux couples mariés. En Hongrie par exemple, les cohabitants sont copropriétaires mais de façon plus restreinte que les époux. En effet, alors que les époux sont copropriétaires à parts égales, les cohabitants le sont à proportion de leur contribution respective au moment de l'acquisition d'un bien, étant précisé que les travaux domestiques sont considérés comme une contribution à l'acquisition des biens. Il est aussi prévu qu'à défaut de pouvoir établir la contribution proportionnelle de chaque cohabitant, le bien est présumé avoir été acquis à parts égales[109].

47. Enfin, certains États n'ont pas légiféré en matière de cohabitation hors mariage et adoptent des positions non homogènes. Ainsi, un cas particulier de cohabitation pourra aussi bien aboutir à un refus d'accorder quelque droit que ce soit qu'à une application de règles relatives à d'autres domaines de droit telles que celles du droit des contrats, de l'enrichissement sans cause ou des sociétés en ce qui concerne les droits patrimoniaux. Cette approche est appliquée en Allemagne[110], où il n'y a pas de législation sur la cohabitation hors mariage, et aux Pays-Bas[111], où il n'y a que très peu de dispositions sur la cohabitation hors mariage et aucune concernant les droits patrimoniaux des cohabitants.

b) Aliments

48. En matière d'aliments aussi, on observe des positions très diverses, à une extrémité se situant les États qui assimilent les cohabitants ou ex-cohabitants aux époux ou ex-époux ou qui leur confèrent des droits similaires, et à l'autre ceux dans lesquels les cohabitants ne sont tenus d'aucune obligation alimentaire.

---

[101] Telle que définie aux § 3 et s. de la Loi suédoise sur la cohabitation.
[102] Voir § 8 de la Loi suédoise sur la cohabitation ; voir aussi Eva Ryrstedt, « Legal Status of Cohabitants in Sweden », *supra* note 51, p. 422.
[103] § 9 de la Loi suédoise sur la cohabitation.
[104] Art. 221 du Code civil paraguayen.
[105] Art. 220 du Code civil paraguayen.
[106] Art. 767 du Code civil vénézuélien.
[107] *Idem.*
[108] Art. 326 du Code civil péruvien.
[109] Art. 578/G(1) du Code civil hongrois.
[110] Voir Dominique Jakob, *Die Eingetragene Lebensgemeinschaft im Internationalen Privatrecht*, Köln, 2001, p. 114 avec d'autres références.
[111] Voir Katharina Boele-Woelki / Wendy Schrama, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im niederländischen Recht*, *supra* note 9, p. 313, 334 et s.

49. La Nouvelle-Zélande appartient à la première catégorie. En effet, sa législation a étendu l'obligation de fournir des aliments de façon continue aux ex-cohabitants[112]. En Tasmanie (Australie), un cohabitant ne peut prétendre à des aliments que si la relation a duré au moins deux ans sans interruption[113].

50. Au Pérou, la législation prévoit que lorsque la cohabitation est terminée par une décision unilatérale d'un cohabitant, le juge peut ordonner, au choix du cohabitant abandonné, le versement d'une somme d'argent à titre d'indemnisation ou une pension alimentaire, en plus du partage des biens selon le régime de la communauté réduite aux acquêts[114] auquel il a droit au même titre que les époux. En Bolivie, en cas de rupture unilatérale, le cohabitant abandonné peut obtenir immédiatement la partie des biens communs qui lui revient et, s'il n'a pas commis d'infidélité ou une autre faute grave, il peut obtenir une pension « d'assistance » pour lui-même et, dans tous les cas, pour les enfants à sa charge[115]. Il faut ajouter que si la rupture se fait dans le but de contracter une union avec un tiers, le cohabitant abandonné peut s'opposer au mariage et exiger que lui soient versés les aliments dus[116].

51. Enfin, la Croatie prévoit que le partenaire qui n'a pas de ressources suffisantes pour subvenir lui-même à ses besoins, qui ne peut les obtenir de ses biens propres et ne peut travailler ou trouver un travail a droit à des aliments ou à une aide de son cohabitant[117]. Cette demande peut être également présentée dans un délai de six mois à compter du jour où la cohabitation a pris fin[118]. Le tribunal peut alors ordonner le versement d'aliments pour une durée d'un an et peut aussi, dans certains cas, prolonger cette durée[119]. Il peut cependant rejeter une demande d'aliments lorsque le versement d'aliments constituerait une injustice pour l'autre partenaire[120].

52. La seconde approche, c'est-à-dire celle où aucune obligation en matière d'aliments n'est prévue à la fin de la cohabitation, semble être la plus répandue. Entrent évidemment dans cette catégorie les États qui se sont jusqu'ici abstenus de toute régulation de la cohabitation hors mariage tels que l'Allemagne et les Pays-Bas[121], mais aussi certains États qui ont régulé la cohabitation hors mariage (au moins partiellement) comme la Hongrie[122] et la Norvège[123].

c) Prestation compensatoire

53. Dans ce domaine aussi, les positions varient d'un État à l'autre. Certains États prévoient la possibilité d'obtenir une prestation compensatoire tandis que d'autres ne disposent d'aucune règle en la matière. Les tribunaux de Nouvelle-Zélande peuvent ordonner le versement d'une somme forfaitaire ou le transfert de propriété d'un cohabitant à l'autre lorsqu'il appert au moment du partage des biens de la relation que le revenu ou le niveau de vie de l'un des cohabitants sera vraisemblablement beaucoup plus élevé que celui de l'autre en raison de la division des tâches entre eux pendant la durée

---

[112] Voir art. 63 et s. du *Family Proceedings Act 1980* (Nouvelle-Zélande).
[113] Art. 37(1) de la Loi de Tasmanie (Australie) sur les relations.
[114] Art. 326(3) du Code civil péruvien.
[115] Art. 169(1) du Code de la famille bolivien.
[116] Art. 169(2) du Code de la famille bolivien.
[117] Pour les cohabitants de même sexe, voir § 6(1) de la Loi croate sur la cohabitation.
[118] Pour les cohabitants de même sexe, voir § 6(2). (3) de la Loi croate sur la cohabitation ; pour les cohabitants de sexe différent, voir § 222 de la Loi croate sur la famille, à rapprocher du § 217 de la Loi croate sur la famille. Il faut garder à l'esprit que la Loi croate ne produit ces effets que pour les cohabitations d'une durée minimale de trois ans ou pour un mariage de sexe différent, lorsqu'un enfant est né de cette relation.
[119] Pour les cohabitants de même sexe, voir § 8(1),(2) de la Loi croate sur la cohabitation ; pour les cohabitants de sexe différent, voir § 224 (1), (2) de la Loi croate sur la famille.
[120] Pour les cohabitants de même sexe, voir § 7 de la Loi croate sur la cohabitation ; pour les cohabitants de sexe différent, voir § 223 de la Loi croate sur la famille.
[121] Voir Katharina Boele-Woelki / Wendy Schrama, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im niederländischen Recht*, *supra* note 9, p. 307 et s., 365.
[122] Voir Lajos Vékás, László Ember, dans Bergmann / Ferid / Henrich, *Internationales Ehe-und Kindschaftsrecht*, Ungarn, 156. Supplément, avril 2004, p. 22, 23.
[123] Voir John Asland, « Legislation on Informal Cohabitation in Norway », dans Katharina Boele-Woelki (éd.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005, p. 299.

de la relation[124]. Au Pérou, comme on l'a vu plus haut, lorsqu'un cohabitant met fin de façon unilatérale à la cohabitation, un juge peut ordonner, au choix du cohabitant abandonné, le versement d'une pension alimentaire ou d'une somme sous forme d'un capital à titre d'indemnisation. Dans le cas d'une cohabitation qui ne remplit pas la condition de durée minimale de deux ans, le cohabitant qui se sent lésé dispose d'une action en enrichissement sans cause[125]. En Bolivie, puisque l'assistance et la coopération sont des devoirs inhérents à la cohabitation, elles ne peuvent faire l'objet d'aucune restitution ou compensation[126].

2. Droits d'ordre financier (fiscalité, sécurité sociale et pensions)

54. À l'évidence, tous les États ne reconnaissent pas les mêmes privilèges et obligations à tous les types d'union. La législation relative aux droits des cohabitants est très fragmentaire. La plupart des États ne prévoient pas d'égalité de traitement entre les cohabitants non mariés et les époux. Aussi nous limiterons-nous ici à souligner certains développements récents où la situation du cohabitant a été assimilée à celle de l'époux.

55. En Norvège par exemple, les cohabitants jouissent, à l'égard de certaines dispositions particulières, des mêmes droits et obligations en matière de sécurité sociale que les époux[127] lorsqu'ils ont ou ont eu des enfants en commun ou ont été mariés. D'autre part, lorsque ces conditions sont remplies, le cohabitant jouit d'un statut égal à celui de l'époux en matière fiscale[128]. Les cohabitants sont aussi exemptés du paiement des droits de succession[129].

56. Au Portugal, les cohabitants non mariés se voient appliquer par analogie certaines dispositions fiscales applicables aux époux non séparés, notamment en ce qui concerne le régime d'imposition sur le revenu des personnes physiques[130].

57. En Hongrie, le cohabitant a droit, au même titre que l'époux, à la pension de veuf (veuve) si, lorsqu'ils ont un enfant en commun, ils ont vécu ensemble pendant un an sans interruption ou, à défaut d'enfant, s'ils ont vécu ensemble pendant dix ans sans interruption[131].

3. Droits familiaux relatifs aux rapports entre les partenaires

58. En général, la position adoptée par la majorité des États qui ont légiféré en matière de cohabitation hors mariage est que celle-ci ne produit aucun effet sur le nom des cohabitants et ne crée aucun lien de parenté. Il existe toutefois quelques exceptions. Au Brésil par exemple, avant l'introduction du Code civil brésilien en 2002, les femmes pouvaient à certaines conditions demander à utiliser le nom de famille de leur cohabitant[132]. Bien que les dispositions du Code civil brésilien relatives à la cohabitation hors mariage ne fassent aucune référence aux questions de nom, les auteurs considèrent encore que l'ancienne règle doit être respectée par analogie aux règles applicables aux époux en la matière[133].

59. En outre, très peu d'États ont prévu de façon expresse l'obligation de fidélité ou d'assistance mais certains États latino-américains l'ont fait. En Bolivie par exemple, la législation prévoit que les cohabitants ont des devoirs réciproques de fidélité, d'assistance et de coopération. En outre, l'infidélité est une cause qui justifie la rupture

---

[124] Art. 15(1) de la Loi néo-zélandaise sur les biens des relations.
[125] Voir art. 326(4) du Code civil péruvien.
[126] Art. 161(3) du Code de la famille bolivien.
[127] Plusieurs dispositions du *Lov om folketrygd, Nov nr 19, 28.02.1997* (Loi norvégienne sur la sécurité sociale), voir John Asland, *supra*, note 123, p. 300, 301.
[128] Voir John Asland, *supra* note 123, p. 301 avec référence au *Lov om skatt av formue og inntekt, Lov nr 14, 26.03.1999* (Loi norvégienne sur l'imposition).
[129] Voir John Asland, *supra* note 123, p. 301.
[130] Voir art. 4c) et 6 du *Lei 6/2001, de 11.05.2001 Adopta medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum*, qui vise les personnes vivant en communauté économique depuis au moins deux ans.
[131] Voir Orsolya Szeibert Erdös, « Unmarried Partnership in Hungary », dans Katharina Boele-Woelki (éd), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005, p. 322.
[132] Voir art. 57 para. 2 de la loi brésilienne No 6515 du 26.12.1977, voir Axel Weishaupt, *supra* note 56, p. 36.
[133] Voir Axel Weishaupt, *supra* note 56, p. 37 et références.

de l'union si la cohabitation n'a pas continué après la révélation de l'infidélité[134]. La législation brésilienne prévoit elle aussi un devoir mutuel de fidélité et d'assistance[135]. La législation croate précise quant à elle que le droit à une assistance mutuelle entre cohabitants est un des effets juridiques de la cohabitation[136].

a) Protection de la résidence familiale

60. En ce qui concerne la protection de la résidence familiale, deux approches sont observées. On distingue, d'une part, les États qui appliquent aux cohabitants non mariés les règles de protection de la résidence familiale applicables aux époux et, d'autre part, ceux qui ont décidé de ne pas le faire. Au Portugal par exemple, en cas de décès du cohabitant propriétaire de la résidence commune, le cohabitant survivant a un droit réel (droit *in rem*) d'occupation pendant cinq ans et dispose pendant la même période d'un droit de préemption sur sa vente[137]. Exception est faite à ce principe dans certains cas, notamment en présence de dispositions testamentaires contraires[138]. En Hongrie, toutefois, le droit d'un cohabitant d'utiliser la résidence familiale prend fin en même temps que la cohabitation[139].

b) Succession

61. Différentes solutions ont été adoptées en matière de succession. Dans certains États, le cohabitant survivant hérite au même titre que l'époux. Au Salvador par exemple, chaque cohabitant sera appelé à la succession *ab intestat* de l'autre, au même rang qu'un époux[140]. La situation est semblable dans l'état de Jalisco (Mexique) où un cohabitant, lorsqu'il remplit les conditions de durée, se verra appliquer *mutatis mutandis* les dispositions relatives à la succession entre époux. Toutefois, si le *de cujus* vivait maritalement avec plus d'une personne, aucune d'elles ne pourra hériter[141]. En Bolivie, il est prévu que lorsque la cohabitation se termine à cause de mort, le conjoint survivant hérite de la moitié des biens communs, l'autre moitié étant partagée entre les enfants et, à défaut, suivant les règles successorales[142]. En ce qui concerne les biens propres du défunt, le cohabitant jouit des mêmes droits que chaque enfant[143].

62. D'autres États ont préféré ne pas ouvrir la possibilité d'hériter *ab intestat* au cohabitant, ce dernier ne pouvant hériter que par voie testamentaire. C'est le cas notamment en Hongrie[144] et en Norvège[145].

63. Toutefois, les dispositions testamentaires en faveur d'un cohabitant peuvent être soumises à des restrictions. C'est le cas dans de nombreux États qui souhaitent protéger les personnes, telles que les enfants du défunt, qui hériteraient en l'absence de telles dispositions. S'il ne revient pas à ces personnes une part correspondant à la réserve fixée par le droit des successions, elles peuvent réclamer cette part au bénéficiaire de la disposition testamentaire. Les Pays-Bas, qui ne prévoient généralement aucune règle en matière de cohabitation hors mariage, ont instauré une nouvelle règle en matière successorale[146], qui protège le cohabitant survivant contre les demandes des héritiers légaux. En vertu de cette loi, une disposition testamentaire peut déterminer que les actions en revendication de la réserve ne pourront être engagées qu'après le décès du deuxième cohabitant ou après qu'il aura contracté un mariage ou formé une autre

---

[134] Art. 161(1)(2) du Code de la famille bolivien.
[135] Art. 1724 du Code civil brésilien.
[136] Voir § 2 de la Loi croate sur la cohabitation.
[137] Art. 4(1) de la Loi portugaise sur les unions de fait.
[138] Art. 4(2) de la Loi portugaise sur les unions de fait.
[139] Voir Orsolya Szeibert Erdös, *supra* note 131, p. 322.
[140] Art. 121 du Code de la famille salvadorien.
[141] Art. 2941 du Code civil de l'état de Jalisco (Mexique).
[142] Art. 168(1) du Code de la famille bolivien.
[143] Art. 168(2) du Code de la famille bolivien.
[144] Voir Orsolya Szeibert Erdös, *supra* note 131, p. 320.
[145] Eva Ryrstedt, *supra* note 51, p. 451.
[146] Katharina Boele-Woelki / Wendy Schrama, *supra* note 9, p. 350, 351.

cohabitation[147]. Il faut pour cela que la disposition testamentaire soit signée devant notaire et que les cohabitants partagent une résidence[148].

64. En Catalogne (Espagne), on distingue les couples de même sexe et les couples de sexe différent. Dans le cas des seconds, le partenaire survivant peut conserver les biens meubles de la résidence commune et a notamment le droit, pendant l'année qui suit le décès, de résider dans la résidence familiale appartenant au partenaire décédé et de percevoir des aliments sur la succession. Il ne figure pas cependant parmi les héritiers potentiels de son partenaire en raison de la possibilité du mariage[149]. Dans le cas des couples de même sexe, les droits sont identiques excepté que le partenaire survivant ne peut demander des aliments sur la succession mais peut hériter du défunt[150].

4. Droits familiaux relatifs aux enfants

65. L'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et le cohabitant de la mère est plus difficile que lorsque les parents sont mariés. Cela parce que la présomption de paternité prévue par de nombreux États et territoires lorsque les parents sont mariés n'est pas applicable aux couples cohabitants.

66. En Hongrie par exemple, le cohabitant de la mère de l'enfant peut – comme tout autre homme - reconnaître l'enfant volontairement[151] avec le consentement de la mère[152]. Au Québec (Canada), les cohabitants non mariés ou non unis civilement ne bénéficient pas de la même présomption que les époux ou cohabitants unis civilement ; le cohabitant de la mère de l'enfant doit ainsi reconnaître l'enfant au registre de l'état civil pour établir son lien de filiation[153]. C'est le cas dans de nombreux États et territoires.

a) Adoption

67. Bien que l'adoption soit souvent réservée aux conjoints mariés ou, dans certains cas, aux partenaires enregistrés, elle est parfois permise, à de strictes conditions, à des personnes seules ou à des cohabitants non mariés. Lorsqu'elle est permise à des cohabitants non mariés, une distinction supplémentaire est parfois faite entre les cohabitants de même sexe et ceux de sexe différent. Au Portugal par exemple, l'adoption est maintenant permise aux cohabitants non mariés, mais elle est réservée aux cohabitants de sexe différent[154]. Au Québec (Canada) toutefois, toute personne majeure peut, seule ou avec une autre personne, adopter un enfant[155]. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a rendu un important arrêt en 2002 dans lequel elle déclarait inconstitutionnelles les dispositions du *Child Care Act* (Loi de protection de l'enfance) et du *Guardianship Act* (Loi en matière de garde), qui réservaient la possibilité d'adopter un enfant aux couples mariés et aux personnes seules, et a ainsi ouvert la voie à l'adoption par les couples de même sexe[156]. En Angleterre, le *Children and Adoption Act of 2002* (Loi de 2002 relative aux enfants et à l'adoption) a été modifiée et permet maintenant aux couples non mariés d'adopter un enfant, et cela indépendamment de leur sexe[157].

---

[147] Voir Livre 4, art. 82 et 83 du Code civil néerlandais ; voir aussi Katharina Boele-Woelki / Wendy Schrama, « Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im niederländischen Recht », *supra* note 9, p. 350, 351.
[148] *Ibid*.
[149] Art. 18 de la Loi catalane (Espagne) sur le partenariat.
[150] *Ibid*., Art. 34 de la Loi catalane (Espagne) sur le partenariat. La Loi catalane concède donc un statut privilégié au partenaire de même sexe. Il faut néanmoins garder à l'esprit qu'elle impose des obligations plus strictes aux partenariats de même sexe qu'aux partenariats de sexe différent, voir Première partie, B, 3. Voir aussi Cristina Gonzáles Beilfuss, *Spanien und Portugal*, *supra* note 39, p. 269 et Ulrich Daum, *supra* note 94, p. 135, 136.
[151] Lajos Vékás, László Ember, dans Bergman / Ferid / Henrich, *Internationales Ehe-und Kindschaftsrecht, Ungarn,* 165. Supplément, avril 2004, p. 29.
[152] Le consentement de l'enfant est nécessaire lorsque celui-ci a plus de 14 ans.
[153] Art. 540 du Code civil québécois *a contrario*.
[154] Art. 7 de la Loi portugaise sur les unions de fait.
[155] Art. 546 du Code civil québécois.
[156] Nina Dethloff*, « Same-Sex Parents in a Comparative Perspective »,* dans *International Law FORUM du droit international, Vol. 7, No 3 (2005), p. 195, 197.*
[157] *Ibid*., p. 197 ; voir art. 50 du *Adoption and Children Act 2002*.

68. Il faut cependant garder à l'esprit qu'en matière d'adoption internationale, conformément à la *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*[158], l'État d'origine peut[159] refuser l'adoption d'un enfant par des parents non mariés dans l'État d'accueil même si celui-ci autorise des cohabitants non mariés à adopter.

b) Procréation assistée

69. La règle générale est que seuls les couples mariés et, au Québec (Canada), les couples unis civilement, peuvent avoir recours à la procréation assistée, mais il existe aujourd'hui certaines exceptions qui permettent aux cohabitants non mariés d'y avoir aussi recours. C'est le cas par exemple en France[160], où les couples de sexe différent qui cohabitent depuis plus de deux ans peuvent avoir recours à l'insémination artificielle.

E – Fin de la cohabitation

70. De façon générale, la cohabitation hors mariage prend fin par le décès ou la décision unilatérale ou commune d'un des cohabitants ou des deux. Certains États prévoient aussi que le mariage ou le partenariat enregistré entre les cohabitants ou avec un tiers peut mettre fin à la cohabitation hors mariage. La fin de la cohabitation hors mariage reste sans conséquence dans de nombreux systèmes juridiques. Parmi ceux qui ont adopté des règles relatives à la cohabitation hors mariage, les approches diffèrent d'un État à l'autre en ce qui concerne les conséquences de la fin d'une cohabitation, qui sont souvent fonction de son motif (décision d'un des cohabitants ou des deux ou décès). Ainsi, en matière de partage des biens des cohabitants, d'obligation alimentaire ou de protection de la résidence principale en matière de succession, des solutions différentes ont été adoptées d'un État à l'autre, décrites dans la Première partie, C, 1.

---

[158] Ci-après Convention Adoption internationale de 1993.
[159] Art. 17 de la Convention Adoption internationale de 1993.
[160] Art. L2141-2 du Code de la santé publique, modifié par la Loi 2004-800 du 6 août 2004.

DEUXIEME PARTIE – RECENTS DEVELOPPEMENTS EN DROIT INTERNE EN MATIERE DE PARTENARIAT ENREGISTRE

A – Définition d'un partenariat enregistré

71. En 1989, le Danemark a été le premier État à instaurer un système de partenariat enregistré. Il a ainsi offert aux couples de même sexe la possibilité d'officialiser leur union et par là, de se voir conférer certains droits et obligations. Cette initiative, que l'on croyait isolée à l'époque, s'est étendue à la Scandinavie et à l'Europe continentale, puis aux Amériques, à l'Océanie et tente même des percées en Asie[161]. Le propos de cette partie n'est évidemment pas d'examiner chaque système en détail ni d'en souligner toutes les particularités mais plutôt d'en brosser un tableau général et de faire ressortir les principales similitudes et différences entre les systèmes où un régime de partenariat enregistré a été mis en place ou est actuellement à l'étude.

B – Typologie des partenariats enregistrés

72. Différents critères permettent de distinguer les systèmes de partenariat enregistré.

1. Distinction selon la condition portant sur le sexe des partenaires

73. Le critère de la condition relative au sexe des partenaires fait apparaître deux groupes de partenariat enregistré. En effet, certains systèmes juridiques réservent les partenariats enregistrés aux couples de même sexe, tandis que d'autres permettent aux couples de même sexe comme aux couples de sexe différent d'enregistrer leur partenariat.

74. Parmi les États et territoires qui ont institué un système de partenariat enregistré réservé aux couples de même sexe figurent notamment l'Allemagne[162], le Danemark, les états américains du Connecticut[163], du New Jersey[164], du New Hampshire[165] et du Vermont[166], la République tchèque[167], la Finlande, l'Islande, la Norvège, la Slovénie, la Suède, la Suisse et le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles, Irlande du Nord et Écosse). Dans un grand nombre de ces systèmes, le partenariat enregistré est conçu comme un « substitut » au mariage pour les couples de même sexe – bien qu'il ne produise habituellement pas les mêmes effets[168] - tandis que l'institution du mariage reste réservée aux couples de sexe différent.

75. Parmi les États et territoires qui ont adopté un modèle autorisant les couples de même sexe et les couples de sexe différent à enregistrer un partenariat figurent notamment la Belgique[169], les Pays-Bas[170], le Québec (Canada)[171], la Ville autonome de

---

[161] Il a été annoncé le 27 octobre 2003 que Taiwan élaborait un projet de loi relatif au partenariat enregistré entre personnes de même sexe, voir
< http://www.taipeitimes.com/News/taiwan/archives/2003/10/28/2003073664 >, consulté en mars 2008. Aucune loi en la matière n'a cependant encore été adoptée.
[162] § 1 de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.
[163] *Section* 2 (2) du *Civil Union Act* du Connecticut (États-Unis).
[164] *Section 2, 212th Legislature, Assembly, No. 3787, (revises the marriage laws ; establishes civil unions ; establishes the « New Jersey Civil Union Review Commission »)* (ci-après Loi du New Jersey (États-Unis) sur l'union civile).
[165] *Section 457-A:1 Title XLIII Domestic Relations, Chapter 457-A*, en vigueur depuis le 1er janvier 2008 (ci-après Loi du New Hampshire (États-Unis) sur l'union civile).
[166] *Vermont Code, Title 15, Chapter 23, § 1202(2)* modifié par le *Civil Union Act* du Vermont (États-Unis).
[167] § 1 du *Sb. o registrovaném partnerství a o změně některých souvis ;* Loi No 115/2006, en vigueur depuis le 1er/07/2006 (ci-après Loi tchèque sur le partenariat enregistré) ; voir aussi Milana Hrušáková, « Tschechisches Gesetz über die registrierte Partnerschaft », *Famrz* 2006, p. 1337-1339 et Petr Bohata, Bergmann / Ferid / Henrich, *Internationales Ehe-und Kindschaftsrecht, Tschechische Republik*, 172. Supplément, juillet 2007, p. 106 et s.
[168] Les effets du partenariat enregistré diffèrent d'un pays à l'autre, voir Deuxième partie, D.
[169] Art. 1475 (1) Code civil belge ; voir aussi Ian Curry-Sumner, *supra* note 22, p. 43.
[170] Livre premier, art. 80 a) du Code civil néerlandais.
[171] Voir art. 521.1. du Code civil québécois (Canada), voir aussi Winifred Holland, « Legal Status of Cohabitants in Canada », dans *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, p. 488.

Buenos Aires (Argentine)[172], la France, le Luxembourg, la Nouvelle-Zélande[173] et les communautés autonomes espagnoles des Îles Baléares[174], du Pays basque[175], de la Cantabrie[176], des Îles Canaries[177], de l'Estrémadure[178], de Madrid[179] et de Valence[180].

76. Certains de ces États ont aussi ouvert l'institution du mariage aux couples de même sexe[181] et le partenariat enregistré y est un substitut au mariage, tandis que dans les États qui n'autorisent pas le mariage des couples de même sexe, c'est le seul moyen pour ces derniers d'obtenir la protection juridique de leur relation.

2. Distinction selon la forme, forte ou faible, du partenariat enregistré

77. Les effets du partenariat enregistré constituent un autre critère de différenciation des systèmes et on peut, à cet égard, parler de formes « faibles » ou « fortes » de partenariats enregistrés[182]. Les États et territoires qui ont opté pour une forme faible de partenariat enregistré tendent à limiter ses effets aux droits patrimoniaux et aux droits fiscaux, tandis que ceux qui ont adopté une forme forte ont prévu des effets plus larges, dont certains sont même équivalents à ceux du mariage.

3. Distinction selon la fonction du partenariat enregistré dans le système juridique

78. On peut également différencier les partenariats enregistrés suivant leur fonction. Comme il a été dit plus haut, dans de nombreux systèmes qui ont réservé le partenariat enregistré aux couples de même sexe, celui-ci fonctionne comme un substitut au mariage qui ne leur est pas ouvert. Dans ces systèmes, les effets du partenariat enregistré sont donc proches de ceux du mariage, voire identiques. En outre, les conditions applicables à la formation et à la dissolution de ces partenariats tendent à correspondre à celles du mariage.

79. Parmi les systèmes qui autorisent les couples de même sexe et les couples de sexe différent à enregistrer un partenariat, l'éventail des effets est plus large et on trouve aussi bien des formes « faibles » que des formes « fortes » de partenariat. Le partenariat enregistré peut fonctionner comme une institution proche du mariage, mais aussi comme une simple protection contractuelle de certains droits au sein de la relation.

80. Il existe une autre catégorie de partenariat enregistré qui sert une autre fonction. Dans certains États et territoires, il est possible d'enregistrer des relations « d'aide ». Ce sont des relations qui ne reposent pas sur une cohabitation de type mariage mais sur l'aide ménagère et les soins à la personne[183], et qui sont envisagées notamment en Belgique[184] et en Tasmanie[185] (Australie). Cependant, puisque l'enregistrement en

---

[172] Art. 1 a) de la Loi de la Ville autonome de Buenos Aires (Argentine) sur l'union civile.
[173] Art. 4(1) de la Loi néo-zélandaise sur l'union civile.
[174] Art. 1 de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat ; voir aussi Ulrich Daum, *supra* note 94, p. 91.
[175] Art. 1(2) du *Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco,* publié au *Boletín Official del País Vasco*, *23.05.2003* (ci-après Loi basque (Espagne) sur le partenariat).
[176] Art. 1(2) du *Ley 1/2005, de 16.05.2005, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria,* publié au *BOE de 24.05.2005* (ci-après Loi de la Cantabrie (Espagne) sur le partenariat).
[177] Art. 1 de la Loi des Îles Canaries (Espagne) sur le partenariat.
[178] Art. 1 du *Ley 5/2003, de 20.03.2003, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura,* publié au *BOE 9.05.2003* (ci-après Loi de l'Estrémadure (Espagne) sur le partenariat).
[179] Art. 1, 2 du *Ley 11/2001, de 19.12.2001, sobre parejas de hecho, de Madrid, BOE 5.03.2002* (ci-après Loi madrilène (Espagne) sur le partenariat).
[180] Art. 1 du *Ley 1/2001, de 06.04.2001, por la que se regulan las unions de hecho, de Valencia,* publié au *BOE 10.05.2001* (ci-après Loi valencienne (Espagne) sur le partenariat).
[181] Le mariage entre personnes de même sexe a été institué en juin 2003 en Belgique et en avril 2001 aux Pays-Bas.
[182] Voir aussi Ian Curry-Sumner, « Uniform Patterns Regarding Same-Sex Relationships », dans *International Law FORUM du droit international,* Vol. 7, No 3 (2005), p. 192.
[183] Voir Jens M. Scherpe, *supra*, note 86, p. 579, 582.
[184] Voir Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 44, 45 ; Walter Pintens, « Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Belgien », dans Jens M. Scherpe / Nadjma Yassari, *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, p. 286.
[185] Voir art. 5 de la Loi de Tasmanie (Australie) sur les relations.

Tasmanie n'est pas un élément constitutif de la relation, la Loi de Tasmanie sur le partenariat est traitée dans la catégorie de la cohabitation hors mariage.

C – Formation du partenariat

1. Conditions de validité

81. Une série de conditions et de formalités doit être remplie pour que l'autorité compétente d'un État ou d'un territoire puisse procéder à l'enregistrement d'un partenariat. Bien que ces conditions varient d'un système juridique à l'autre, nous étudierons les plus fréquentes dans les systèmes connaissant des partenariats enregistrés.

a) Exclusivité

82. La condition d'exclusivité est quasiment universelle. Elle signifie que le partenariat doit être contracté par deux personnes seulement et que ces deux personnes doivent être libres de tout engagement antérieur, que ce soit un mariage ou un autre partenariat enregistré.

83. Tous les États et territoires qui ont légiféré en matière de partenariat enregistré suivent le premier principe, à savoir que le partenariat doit être enregistré entre deux personnes seulement à l'exclusion de toute autre[186]. Tous ont donc refusé de créer une nouvelle institution qui consacrerait un équivalent au concept de la « polygamie ».

84. En outre, la plupart des États qui ont légiféré en matière de partenariat enregistré imposent la deuxième obligation, à savoir que deux personnes doivent être libres de tout engagement antérieur[187]. Dans certaines communautés autonomes espagnoles[188] toutefois, les partenaires non divorcés mais séparés en droit peuvent conclure un partenariat enregistré.

85. Dans certains pays, tels les Pays-Bas et la Nouvelle-Zélande, les époux peuvent convertir leur mariage en partenariat enregistré et inversement[189]. Aux Pays-Bas, les époux usent fréquemment[190] de cette possibilité afin de disposer d'une procédure de dissolution moins lourde[191].

---

[186] Voir notamment art. 2 de la Loi andorrane sur le partenariat enregistré ; art. 1(a) de la Loi de la Ville autonome de Buenos Aires (Argentine) sur l'union civile ; art. 1475(1) du Code civil belge ; art. 53 de la Loi sur les statistiques de l'état civil de Nouvelle-Écosse (Canada) ; art. 521.1 du Code civil québécois ; § 1 de la Loi danoise sur le partenariat enregistré ; § 1 de la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré ; art. 515-1 du Code civil français ; § 1(1) de la Loi allemande sur le partenariat enregistré ; art. 1 du *Lov om registreret partnerskab, Lov nr. 87/1996,* modifié par *Aenderingslov nr. 52/2000* (ci-après Loi islandaise sur le partenariat enregistré) ; art. 2 de la Loi luxembourgeoise sur le partenariat enregistré ; Livre premier, art. 80a(1) du Code civil néerlandais ; art. 4(1) de la Loi néo-zélandaise sur l'union civile ; § 1 de la Loi norvégienne sur le partenariat enregistré ; chapitre 1, § 1 de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré ; art. 1(1), 2(1) de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat ; art. 1(2) de la Loi basque (Espagne) sur le partenariat ; art. 1 et 2(1) de la Loi valencienne (Espagne) sur le partenariat ; pour l'Angleterre et le Pays de Galles, art. 2(1) de la Loi britannique sur le partenariat civil ; pour l'Écosse, art. 85(1) de la Loi britannique sur le partenariat civil ; pour l'Irlande du Nord art. 137(1) de la Loi britannique sur le partenariat civil.

[187] Voir, notamment, art. 5 de la Loi de la Ville autonome de Buenos Aires (Argentine) sur l'union civile ; art. 4 (1) de la Loi de Tasmanie (Australie) sur les relations ; art. 521.1 du Code civil québécois ; § 2 de la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré ; art. 515-2 du Code civil français ; § 1 de la Loi allemande sur le partenariat enregistré ; art. 4(2) de la Loi luxembourgeoise sur le partenariat enregistré ; Livre 1, art. 80a du Code civil néerlandais ; art. 4(1) de la Loi néo-zélandaise sur l'union civile ; chapitre 1, § 3 Loi suédoise sur le partenariat enregistré ; pour l'Angleterre et le Pays de Galles, art. 3 de la Loi britannique sur le partenariat civil ; pour l'Écosse, art. 86 de la Loi britannique sur le partenariat civil ; pour l'Irlande du Nord, art. 138 de la Loi britannique sur le partenariat civil.

[188] Voir, par exemple, art. 3(1)b) de la Loi de l'Estrémadure (Espagne) sur le partenariat, art. 2(1)b) de la Loi madrilène (Espagne) sur le partenariat, art. 4(4) b) de la Loi de la Cantabrie (Espagne) sur le partenariat.

[189] Voir Livre premier, art. 77a et 80g du Code civil néerlandais ; Section 18 de la Loi néo-zélandaise sur l'union civile.

[190] En 2005, sur 11 307 partenariats enregistrés, 5 045 étaient des mariages convertis en partenariats enregistrés ; en 2006, sur 10 801 partenariats enregistrés, 3 953 étaient précédemment des mariages ; voir Bureau central des statistiques des Pays-Bas, à l'adresse < http://statline.cbs.nl >.

[191] Voir Katharina Boele-Woelki, « Registered Partnership and Same-Sex Marriage in The Netherlands » dans Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs, *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Intersentia, 2003, p. 48.

86. Inversement, certains systèmes n'interdisent pas à un partenaire enregistré d'épouser son partenaire ou un tiers, ce qui met automatiquement fin au partenariat[192].

b) Genre

87. Comme il a été dit plus haut[193], certains États et territoires ont institué un système de partenariat enregistré réservé aux couples de même sexe tandis que d'autres l'ont ouvert aux couples de même sexe et de sexe différent.

c) Âge

88. En ce qui concerne l'âge minimal requis pour contracter un partenariat enregistré, de nombreux États et territoires soumettent les partenaires à des conditions identiques à celles du mariage. Certains font directement référence aux conditions d'âge minimum pour le mariage y compris aux dispositions dérogatoires, tandis que d'autres indiquent expressément l'âge minimal pour contracter un partenariat enregistré et les exceptions possibles.

89. Il est fréquent que les partenaires soient tenus d'avoir 18 ans révolus ; c'est le cas, par exemple, en Allemagne[194], en Belgique[195], en République tchèque[196], en France[197], au Québec (Canada)[198], en Slovénie[199] et aux Pays-Bas[200]. En Nouvelle-Écosse (Canada), il faut avoir au moins 19 ans pour contracter un partenariat domestique[201]. La Loi britannique sur le partenariat civil dispose qu'il faut avoir au moins 16 ans pour enregistrer un partenariat civil en Angleterre, au Pays de Galles, en Écosse et en Irlande du Nord[202]. Cependant, si une personne âgée de 16 ans révolus mais de moins de 18 ans souhaite enregistrer un partenariat en Angleterre, au Pays de Galles ou en Irlande du Nord, l'autorisation parentale est nécessaire ou, à défaut, l'autorisation d'un tribunal[203], cette exception étant identique à celle prévue pour le mariage. Dans plusieurs États et territoires comme, par exemple, le Pays basque (Espagne), l'Estrémadure (Espagne) et Madrid (Espagne), les mineurs émancipés ont également accès à un partenariat enregistré, sous réserve de quelques exceptions[204]. La Loi néerlandaise dispose quant à elle qu'une dispense peut être accordée par le Ministre de la Justice pour un motif valable[205]. Aux Pays-Bas, l'enregistrement d'un partenariat est également autorisé aux personnes de moins de 18 ans lorsqu'une femme est enceinte ou a donné naissance à un

---

[192] Voir, notamment, art. 17(1)d) de la Loi andorrane sur le partenariat enregistré ; art. 8(1)(d) de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat ; art. 18(d) et (e) de la Loi basque (Espagne) sur le partenariat ; art. 5(1)b) de la Loi de l'Estrémadure (Espagne) sur le partenariat ; art. 6(1)e) de la Loi madrilène (Espagne) sur le partenariat ; art. 1476(2) du Code civil belge ; art. 515-7 du Code civil français ; art. 13(1) de la Loi luxembourgeoise sur le partenariat enregistré ; art. 55c) de la Loi de Nouvelle-Écosse (Canada) sur les statistiques de l'état civil ; art. 521.12(2) du Code civil québécois (l'union civile est dissoute par le mariage des partenaires entre eux, non par le mariage avec un tiers).

[193] Voir plus haut Deuxième partie, B.

[194] L'art. 1(2) de la Loi allemande sur le partenariat enregistré impose que les partenaires aient atteint leur majorité, qui est à 18 ans en Allemagne, voir § 2 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (ci-après Code civil allemand).

[195] Art. 1475(2) du Code civil belge, imposant aux partenaires d'avoir la capacité de contracter conformément aux art. 1123 et 1124 du Code civil belge, pour laquelle ils doivent être majeurs (18 ans – art. 488 du Code civil belge).

[196] § 4(4) de la Loi tchèque sur le partenariat enregistré.

[197] Art. 515-1 du Code civil français à rapprocher de l'art. 388.

[198] Art. 521.1 du Code civil québécois.

[199] Art. 3 (1) du *Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti (ZRIPS),* du 22 juin 2005, dans *Uradni list Republike Slovenije, Nr. 65/2005* (ci-après Loi slovène sur le partenariat enregistré).

[200] Voir Livre premier, art. 80a)(6) du Code civil néerlandais, à rapprocher de l'art. 31.

[201] La Loi de Nouvelle-Écosse (Canada) sur les statistiques de l'état civil interdit l'enregistrement d'un partenariat domestique aux mineurs (voir art. 53 (3)). L'âge de la majorité dans cette province est de 19 ans ; voir aussi Winifred Holland, *supra* note 171, p. 488.

[202] Pour l'Angleterre et le Pays de Galles, voir art. 3 de la Loi britannique sur le partenariat civil ; pour l'Écosse et l'Irlande du Nord, voir respectivement art. 86 et art. 138 de la Loi britannique sur le partenariat civil.

[203] Pour l'Angleterre et le Pays de Galles, voir art. 4 de la Loi britannique sur le partenariat civil ; pour l'Irlande du Nord, voir art. 141 de la Loi britannique sur le partenariat civil. L'autorisation parentale n'est pas nécessaire en Écosse.

[204] Voir art. 2(1) de la Loi basque (Espagne) sur le partenariat, art. 2(1) de la Loi de l'Estrémadure (Espagne) sur le partenariat, art. 2(1) de la Loi madrilène (Espagne) sur le partenariat.

[205] Voir Livre premier, art. 80a)(6) du Code civil néerlandais, à rapprocher de l'art. 31 du Livre premier.

enfant et qu'elle et son partenaire prospectif ont 16 ans révolus[206]. La Suisse n'autorise en revanche aucune exception à la condition de majorité[207], à l'instar de l'institution du mariage, pour laquelle aucune exception à cette condition n'est admise. La Belgique[208] et la France[209] autorisent de telles exceptions au regard du mariage mais ont choisi de ne pas les appliquer au partenariat enregistré, ce qui rend la formation de la cohabitation légale et du PACS plus difficile que celle du mariage.

d) Durée minimale de cohabitation

90. Quelques États et territoires exigent que les parties aient cohabité pendant un certain temps avant de pouvoir faire enregistrer leur union ou leur partenariat. C'est le cas notamment de la Ville autonome de Buenos Aires (Argentine), qui impose aux partenaires d'entretenir une relation émotionnelle stable et publique depuis au moins deux ans[210], cette obligation étant levée si les partenaires ont un enfant ensemble. Certaines communautés autonomes espagnoles telles que la Cantabrie, l'Estrémadure, Madrid et Valence ont des règles voisines, mais elles n'imposent que 12 mois de cohabitation minimale[211].

e) Consentement

91. Dans tous les systèmes juridiques qui ont légiféré sur le partenariat enregistré, les deux partenaires doivent être « sains d'esprit », « capables » ou « capables de contracter »[212]. Par conséquent, un adulte sous curatelle ne peut conclure un partenariat sans autorisation spéciale. De nombreux États et territoires, tels les Pays-Bas[213], prévoient des règles expresses pour ces cas particuliers. Comme il a été dit plus haut, certains États et territoires autorisent également les mineurs à enregistrer un partenariat avec le consentement de leurs parents ou d'un tribunal[214].

f) Formalités

92. Du point de vue des formalités, les législations nationales diffèrent mais leur orientation est néanmoins comparable.

93. Dans plusieurs États, l'autorité compétente pour enregistrer les partenariats est habilitée à célébrer le mariage ; c'est le cas, par exemple, en Finlande[215] et au Québec (Canada)[216].

94. La France au contraire, a créé un système d'enregistrement parallèle à celui des mariages en confiant l'enregistrement du PACS au greffier[217] plutôt qu'au maire ou à l'officier de l'état civil. Le législateur français a voulu ainsi distinguer cette nouvelle institution de celle du mariage. En Suède, l'enregistrement peut être effectué par un juge, juriste de formation, d'un tribunal de district ou par une personne nommée par le comité administratif du comté[218]. Dans le même esprit, l'Islande exige que l'enregistrement soit effectué par des magistrats ou leurs assistants ayant reçu une formation juridique[219]. Il est toutefois précisé dans certaines législations, comme au

---

[206] *Ibid*.
[207] Voir art. 94 du Code civil suisse du 10 décembre 1907. L'âge de la majorité en Suisse n'a été ramené de 20 ans à 18 ans qu'en 1996 ; voir Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 168.
[208] Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 43.
[209] *Ibid.* p. 83.
[210] Art. 1 b) de la Loi de la Ville autonome de Buenos Aires (Argentine) sur l'union civile.
[211] Voir art. 4(3)a) de la Loi de la Cantabrie (Espagne) sur le partenariat, art. 2(2) de la Loi de l'Estrémadure (Espagne) sur le partenariat, art. 1(1) de la Loi madrilène (Espagne) sur le partenariat, art. 1(1) de la Loi valencienne (Espagne) sur le partenariat.
[212] Voir, par exemple, art. 1475(2) du Code civil belge et art. 515-1 du Code civil français.
[213] Voir Livre premier, art. 80a)(6) du Code civil néerlandais, à rapprocher des art. 37 et 38 du Livre premier.
[214] Voir *supra* Deuxième partie, C, 1, c).
[215] Art. 4(1) de la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré.
[216] Art. 521.2 du Code civil québécois.
[217] Les PACS sont enregistrés au greffe, mais depuis la réforme de la Loi sur le PACS, il doit être également fait mention du PACS en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires afin d'en assurer la publicité.
[218] Art. 8 de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré.
[219] Art. 4 de la Loi islandaise sur le partenariat enregistré.

Québec (Canada)[220], qu'aucun ministre du culte ne peut être contraint de célébrer une union civile contre laquelle il existe un empêchement selon sa religion et la discipline de la société religieuse à laquelle il appartient.

95. Toutes les communautés autonomes espagnoles qui ont instauré un système de partenariat enregistré[221] ont institué un registre distinct pour les partenariats[222].

96. En général, les partenaires doivent aussi faire une déclaration personnelle et conjointe qui est enregistrée[223], mais cette obligation n'est pas expressément régie dans certains États et territoires[224]. En Allemagne, les partenaires doivent déclarer, mutuellement, personnellement et en présence l'un de l'autre leur intention de former un partenariat[225].

97. En France, la procédure de formation d'un partenariat comprend les étapes suivantes[226] : les parties concluent un contrat qui peut être un instrument sous seing privé ou un acte authentique passé devant notaire[227]. Munies de ce contrat, elles font une déclaration commune au greffe du tribunal d'instance de leur résidence commune. Le greffier vérifie que la déclaration est recevable et la consigne dans le registre des PACS. En outre, le PACS doit être inscrit en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires[228].

98. En Belgique, les partenaires font une déclaration au moyen d'un écrit remis contre récépissé à l'officier de l'état civil du lieu de leur domicile commun. Cet écrit, qui doit contenir un certain nombre d'informations, est acté par l'officier de l'état civil au registre de la population[229]. Dans le même esprit aux Pays-Bas, les partenaires produisent une déclaration officielle à l'officier de l'état civil du domicile de l'un d'eux et les documents attestant qu'ils remplissent les conditions. Une particularité du système néerlandais est qu'en raison de l'application par analogie des règles relatives au mariage, l'enregistrement du partenariat ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai de deux semaines à compter de l'enregistrement de l'acte déclaratif[230]. Dans les pays nordiques, l'enregistrement correspond à une cérémonie de mariage[231].

---

[220] Art. 521.2(2) du Code civil québécois.

[221] Les partenariats enregistrés tels que définis dans cette note ont été institué dans les communautés autonomes espagnoles des Îles Baléares, du Pays basque, de la Cantabrie, de l'Estrémadure, de Madrid et de Valence. En Galice, la Loi civile a été récemment modifiée pour consentir aux couples enregistrés les mêmes droits que les couples mariés (*Ley 10/2007, de 28.06.2007, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14.06.2006, de derecho civil de Galicia*) et en décembre 2007, le registre afférent a été créé (*Decreto 248/2007, de 20.12.2007, por el que se rea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia).* La Loi de la communauté autonome de Catalogne sur les partenariats des personnes de même sexe (art. 19-35 de la Loi catalane (Espagne) sur le partenariat) a été traitée dans la catégorie de la cohabitation hors mariage. Cependant, cette Loi montre que la distinction entre cohabitation hors mariage et partenariat enregistré peut être quelque peu artificielle si, bien que l'enregistrement ne soit pas un élément constitutif obligatoire, le respect de formalités strictes soit nécessaire pour donner effet à un partenariat. (Voir art. 21 de la Loi catalane (Espagne) sur le partenariat).

[222] Voir, par exemple, le *Registro de Parejas Estables de las Illes Baleares*, art. 1(2) de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat et le *Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, art. 3(1) de la Loi basque (Espagne) sur le partenariat. Certaines communautés autonomes ont précisé que le registre n'est créé qu'à des fins administratives et non civiles, voir Cristina Gonzáles Beilfuss, « Spanien und Portugal », *supra* note 39, p. 256. Cependant, l'enregistrement est un élément constitutif dans toutes les lois des communautés traitées dans la catégorie du partenariat enregistré.

[223] Voir, notamment, chapitre 1, § 7 de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré et § 5 de la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré.

[224] La Belgique par exemple ; voir Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 46.

[225] § 1(1) de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.

[226] Voir art. 515-3 et s. du Code civil français.

[227] La solution de l'acte authentique a été instaurée par la réforme des dispositions applicables au PACS en juin 2006.

[228] La nécessité de mentionner le PACS en marge de l'acte de naissance a été instaurée par la réforme des dispositions relatives au PACS de juin 2006.

[229] Art. 1476 (1) du Code civil belge.

[230] Voir Livre premier, art. 80a(6) du Code civil néerlandais à rapprocher des art. 44 à 49, et 62 du même code.

[231] § 2 de la Loi danoise sur le partenariat enregistré, § 2 de la Loi norvégienne sur le partenariat enregistré, chapitre 1, § 6 à 9 de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré, art. 3 et 4 de la Loi islandaise sur le partenariat enregistré, § 3 à 5 de la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré.

99. En Islande, un certificat confirmant qu'un examen relatif aux conditions du partenariat enregistré a été effectué et qu'elles sont effectivement remplies doit être produit avant l'enregistrement[232].

100. Enfin, de nombreux États exigent, comme pour le mariage, que le partenariat soit enregistré en présence de témoins, dont le nombre varie d'un État à l'autre[233].

2. Empêchements

a) Degrés prohibés

101. La quasi-totalité des systèmes prohibent l'enregistrement de partenariats entre parents jusqu'à un certain degré, variable d'un système à l'autre. Cependant, dans certains États et territoires, il est possible d'enregistrer une relation « d'aide », qui ne repose pas sur une cohabitation de type mariage, mais sur l'aide ménagère et les soins à la personne[234]. Ces relations ayant une fonction différente de celle d'autres partenariats enregistrés, le lien de parenté n'est pas un empêchement[235]. La Belgique fait partie des États qui autorisent l'enregistrement d'une relation entre parents[236]. La fonction différente du partenariat enregistré dans le système juridique belge se retrouve dans le terme qui a été choisi pour celui-ci : cohabitation légale.

102. Ailleurs, la prohibition de base concerne généralement les ascendants et descendants en ligne directe et les frères et sœurs (collatéraux au deuxième degré)[237]. Certains systèmes interdisent simplement de contracter un partenariat entre ascendants et descendants et entre frères et sœurs. Il en est ainsi au Québec (Canada)[238], en Suisse[239] et aux Pays-Bas[240] où le Ministre de la Justice peut toutefois autoriser de passer outre à cette interdiction s'il existe de sérieuses raisons de le faire[241].

103. De leur côté, l'Allemagne et la Finlande ont jugé nécessaire d'interdire expressément l'enregistrement d'un partenariat entre demi-frères et demi-sœurs[242] tout comme la Suède, qui a toutefois prévu la possibilité de déroger à cette interdiction avec l'autorisation du Gouvernement[243].

104. Les communautés autonomes d'Espagne interdisent l'enregistrement d'un partenariat entre ascendants en ligne directe et, à des degrés divers, entre collatéraux. Certaines communautés autonomes espagnoles interdisent le partenariat entre collatéraux jusqu'au deuxième degré[244] tandis que d'autres poussent l'interdiction jusqu'au troisième degré[245].

---

[232] Art. 3 de la Loi islandaise sur le partenariat enregistré.
[233] Voir, par exemple, chapitre 1, § 6 de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré exigeant deux témoins ; art. 521.2 du Code civil québécois, exigeant deux témoins, art. 3 de la Loi de la Ville autonome de Buenos Aires (Argentine) sur l'union civile, exigeant au moins deux témoins et autorisant cinq témoins au maximum.
[234] Voir Jens M. Scherpe, *supra* note 86, p. 579, 582.
[235] Voir aussi la Loi de Tasmanie (Australie) sur les relations, examinée dans la catégorie de la cohabitation hors mariage, Première partie, C, 2, a).
[236] Voir Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, voir *supra* note 22, p. 44, 45 ; Walter Pintens, *supra* note 184, p. 286.
[237] Par exemple, en République tchèque, voir § 4(3) de la Loi tchèque sur le partenariat enregistré.
[238] Voir art. 521.1 du Code civil québécois (Canada).
[239] Art. 4(1) de la Loi fédérale suisse sur le partenariat enregistré.
[240] Livre premier, art. 80a (6) lu conjointement avec l'art. 41, Livre premier, du Code civil néerlandais. Le Ministre de la Justice peut accorder une dérogation pour les frères et sœurs qui ne sont frère et sœur que par le fait d'une adoption, voir Livre premier, art. 41(2) du Code civil néerlandais.
[241] *Ibid*.
[242] § 1(3) de la Loi allemande sur le partenariat enregistré ; § 2 de la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré qui renvoie au § 7(2) du *Avioliittolaki* (No 234/1929) (ci-après Loi finlandaise sur le mariage).
[243] § 3(2) de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré.
[244] Voir art. 2 de la Loi basque (Espagne) sur le partenariat.
[245] Voir, notamment, art. 2(1) de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat, art. 3(1) e) de la Loi de l'Estrémadure (Espagne) sur le partenariat, art. 2(1) e) de la Loi madrilène (Espagne) sur le partenariat, art. 2(1) e) de la Loi valencienne (Espagne) sur le partenariat.

105. La France[246] et l'Andorre[247]interdisent le partenariat enregistré, tout comme le mariage, entre ascendants et descendants en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré.

106. La Ville autonome de Buenos Aires (Argentine) interdit aussi l'enregistrement d'une union civile entre ascendants et descendants consanguins à tous les degrés de même qu'entre alliés en ligne directe à tous les degrés[248]. Elle interdit l'enregistrement entre parents par adoption plénière. Dans le cas d'une adoption simple, l'interdiction existe entre l'adopté et l'adoptant, l'adoptant et le descendant ou l'époux de l'adopté, l'adopté et l'époux de l'adoptant, les enfants adoptifs d'une seule personne, l'adopté et l'enfant de l'adoptant[249].

107. Enfin, le Royaume-Uni précise sous forme de liste exhaustive les personnes pour qui l'enregistrement d'un partenariat est interdit de façon absolue. Il s'agit, dans le cas de l'Angleterre, du Pays de Galles et de l'Irlande du Nord, des enfants (y compris les enfants adoptés et les anciens enfants adoptés) et des parents ; des petits-enfants et grands-parents ; des oncles, tantes, neveux et nièces, ainsi que des frères et sœurs y compris les demi-frères et demi-sœurs[250]. L'Écosse ajoute à ces interdits le partenariat entre arrière-grands-parents et arrière-petits-enfants[251]. En outre, le partenariat enregistré est interdit si le partenaire envisagé est l'enfant d'un ancien partenaire civil ou d'un époux, l'ancien partenaire civil ou époux d'un parent ou d'un grand-parent, le petit-fils ou la petite-fille d'un ancien partenaire civil ou époux[252]. En Angleterre, au Pays de Galles et en Irlande du Nord, échappent à l'interdiction qui frappe les alliés les partenaires tous deux âgés de 21 ans à la date de l'enregistrement du partenariat si, avant l'âge de 18 ans, le plus jeune des partenaires n'a jamais été « un enfant de la famille par rapport à l'autre »[253], c'est-à-dire une personne qui a vécu dans le même foyer que cette autre personne ou a été traitée par elle comme un enfant de sa famille[254].

b) Mariage ou partenariat enregistré non dissous

108. Cette interdiction recoupe la condition d'exclusivité examinée plus haut dans la Deuxième partie, C, 1, a). De fait, dans tous les États et territoires, être marié ou être enregistré en tant que partenaire est un empêchement à la formation d'un nouveau partenariat enregistré avec un tiers.

D – Effets juridiques du partenariat

109. Les systèmes de partenariat enregistré se différencient les uns des autres, et souvent du mariage ou de la simple cohabitation ou union de fait, par les effets juridiques qu'ils produisent. Une fois de plus, l'objectif de cette étude n'est pas de les nommer ni de les décrire de façon exhaustive mais de donner un bref aperçu des effets les plus communs qu'entraînent la majorité des partenariats enregistrés.

1. Droits patrimoniaux

110. Indépendamment de la dénomination, de l'étendue ou du champ d'application des législations en la matière, tous les systèmes de partenariat enregistré accordent aux partenaires au minimum certains droits à caractère patrimonial.

---

[246] Art. 515-1 du Code civil français.
[247] Art. 2(1) de la Loi andorrane sur le partenariat enregistré.
[248] Art. 5 b) de la Loi de la Ville autonome de Buenos Aires (Argentine) sur l'union civile.
[249] Art. 5 c) de la Loi de la Ville autonome de Buenos Aires (Argentine) sur l'union civile.
[250] Voir *Schedule* 1, 1 (pour l'Angleterre et le Pays de Galles) et *Schedule* 12 (pour l'Irlande du Nord) de la Loi britannique sur le partenariat civil.
[251] *Ibid.*, *Schedule* 10.
[252] *Ibid.*, *Schedule* 1, *Schedule* 12 et *Schedule* 10.
[253] *Ibid., Schedule* 1, 2 (1) et *Schedule* 12, 2 (1) ; pour d'autres dérogations, voir *Schedules* 1, 2 (3) et 12, 2 (3).
[254] *Ibid., Schedule* 1, 2 (2) et *Schedule* 12, 2, (2).

111. Certaines lois, telles les lois sur le partenariat enregistré des communautés autonomes espagnoles, permettent aux partenaires de régler les effets patrimoniaux de leur union[255]. Certaines laissent un choix quant à la forme de la convention, qui peut prendre la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte public[256]. En l'absence de convention, les partenaires sont soumis au droit commun. C'est aussi le cas d'Andorre dont la législation exige des partenaires qu'ils organisent par un acte sous seing privé les effets patrimoniaux et personnels de leur partenariat mais la législation impose certaines obligations minimales au plan du contenu de la convention[257]. La situation est comparable au Luxembourg[258].

112. En ce qui concerne le régime légal, plusieurs États et territoires soumettent le partenariat au régime matrimonial de la communauté réduite aux acquêts, comme le Québec (Canada)[259], ou à une communauté de biens, comme les Pays-Bas[260]. Certains États, dont la Suisse[261] et la France[262], ont choisi de soumettre le partenariat à un régime correspondant à celui de la séparation de biens, ce qui le distingue du régime matrimonial de droit commun. En Allemagne, une modification de la Loi allemande sur le partenariat intervenue en 2005 a fait du régime matrimonial de droit commun le régime légal des partenariats enregistrés[263].

2. Droits d'ordre financier (fiscalité, protection sociale et retraite)

113. En général, le partenariat enregistré confère des avantages fiscaux aux partenaires, mais ceux-ci diffèrent d'un État à l'autre. Certains États traitent les partenaires enregistrés comme, ou pratiquement comme, des époux au plan de la fiscalité et de la protection sociale. C'est le cas des Pays-Bas[264]. En France, les partenaires ont droit au même traitement que les époux en matière financière[265] et bénéficient d'autres avantages relatifs à l'assurance maladie et à la maternité, ainsi qu'au droit du travail[266]. En Belgique, bien que les cohabitants légaux aient été initialement traités comme des époux non mariés de fait, de récentes modifications sont intervenues. Depuis 2005, les cohabitants légaux sont placés sur un pied d'égalité avec les époux en matière financière[267].

3. Droits familiaux au titre de la relation entre les partenaires

114. L'étendue des droits familiaux découlant de la relation personnelle entre les partenaires enregistrés varie considérablement d'un système juridique à l'autre. Certains leur confèrent des droits semblables à ceux des époux, tandis que d'autres ont préféré limiter la portée de ces droits personnels et n'octroyer presque uniquement que des droits à caractère patrimonial. Il s'agit généralement d'États et territoires ayant opté pour une forme « faible » de partenariat enregistré, comme la France, la Belgique et le

---

[255] Voir art. 4 de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat ; art. 5 et 6 de la Loi basque (Espagne) sur le partenariat ; art. 8 de la Loi de la Cantabrie (Espagne) sur le partenariat ; art. 6 de la Loi d'Estrémadure (Espagne) sur le partenariat ; art. 4 de la Loi madrilène (Espagne) sur le partenariat et art. 4 de la Loi valencienne (Espagne) sur le partenariat.
[256] Art. 5 (1) de la Loi basque (Espagne) sur le partenariat.
[257] Art. 5 de la Loi andorrane sur le partenariat.
[258] Art. 6 de la Loi luxembourgeoise sur le partenariat.
[259] Art. 521.8 (2) du Code civil québécois.
[260] Livre premier, art. 80 b) du Code civil néerlandais à rapprocher de l'art. 93.
[261] Il est toutefois possible d'y déroger par un acte notarié. Les partenaires sont par conséquent autorisés, en cas de dissolution de leur partenariat, à diviser leurs biens selon le régime régissant les acquêts. Voir en détail, art. 25 de la Loi suisse sur le partenariat enregistré. Voir aussi Heinz Hausher, « Die eingetragene Partnerschaft in der Schweiz », dans *Famrz* 2006, p. 246, 248.
[262] La séparation de biens est devenue le régime légal applicable au PACS à la suite de la réforme de la Loi sur le PACS ; voir nouvel art. 515-5 du Code civil français. Les parties peuvent néanmoins choisir le système de l'indivision, voir art. 515-5-1 du Code civil français.
[263] Voir § 6 de la Loi allemande sur le partenariat enregistré. Le régime de droit commun est le *« Zugewinngemeinschaft »* (communauté de l'accroissement patrimonial).
[264] Voir Katharina Boele-Woelki / Wendy Schrama, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im niederländischen Recht*, *supra* note 9, p. 352 et s.
[265] Voir art. 6(1) du Code général des impôts français, modifié par la Loi No 2004-1484, 30.12.2004.
[266] Voir Frédérique Ferrand, *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Frankreich*, *supra* note 57, p. 239, 240 ; voir aussi Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 94.
[267] Voir Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 51-53, 63, 64.

Luxembourg. Dans certains systèmes juridiques, tel ceux des communautés autonomes espagnoles, les partenaires sont autorisés à décider eux-mêmes des effets personnels de leur union[268].

a) Obligations et devoirs des partenaires

(i) Devoir de cohabitation

115. L'obligation de cohabitation est assez répandue parmi les systèmes juridiques connaissant le partenariat enregistré. C'est le cas notamment au Québec (Canada)[269], qui décrit l'union civile comme un engagement de deux personnes à faire vie commune. Le devoir de cohabitation a été également instauré en France par la réforme de la loi sur le PACS de 2006[270]. Dans de nombreux autres pays, la loi sur le partenariat enregistré considère la cohabitation comme un préalable à l'enregistrement d'un partenariat en déclarant que deux partenaires qui cohabitent peuvent enregistrer leur partenariat[271]. L'obligation de cohabitation est implicite également dans les systèmes juridiques qui exigent une durée minimale de cohabitation avant l'enregistrement comme la Cantabrie (Espagne) ou l'Estrémadure (Espagne)[272]. Dans d'autres États, tels l'Allemagne, la loi n'impose pas aux partenaires de cohabiter.

(ii) Devoir de fidélité

116. En ce qui concerne le devoir de fidélité, bien connu en droit matrimonial, on observe différentes positions, d'un côté, les systèmes juridiques qui l'exigent, comme le Québec (Canada)[273] et les Pays-Bas[274], et de l'autre, les systèmes juridiques qui n'en font pas mention, comme les communautés autonomes espagnoles, la France, le Luxembourg. La France prévoit que les partenaires sont tenus d'un devoir de loyauté, comme dans l'exécution de tout contrat.

(iii) Obligation d'aide matérielle et d'assistance et obligation de contribuer aux frais du ménage

117. La majorité des systèmes juridiques imposent aux partenaires enregistrés une obligation d'aide matérielle et d'assistance réciproque. C'est le cas, notamment, de l'Allemagne[275], du Québec (Canada)[276], du Luxembourg[277] et de la Suisse[278]. En France, la loi dispose que les partenaires se doivent une assistance mutuelle et matérielle aux conditions fixées dans le PACS[279].

118. Plusieurs systèmes juridiques exigent que les partenaires contribuent aux charges du ménage à proportion de leurs facultés respectives. C'est le cas de la Belgique[280], du Québec (Canada)[281], des Pays-Bas et de la Suisse[282] et, parmi les communautés autonomes espagnoles, des Baléares[283], de l'Estrémadure[284] et de Madrid[285].

---

[268] Voir, par exemple, art. 4(1) de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat.
[269] Art. 521.1 du Code civil québécois.
[270] Voir art. 515-4 du Code civil français.
[271] Voir, par exemple, art. 1(1) de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat.
[272] Voir *supra* Deuxième partie, C, 1, d).
[273] Art. 521.6(2) du Code civil québécois.
[274] Livre premier, art. 80b) du Code civil néerlandais à rapprocher de l'art. 81 du Livre premier.
[275] Voir § 2 de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.
[276] Art. 521.6(2) du Code civil québécois.
[277] Art. 7(1) de la Loi luxembourgeoise sur le partenariat enregistré.
[278] Art. 12 de la Loi suisse sur le partenariat enregistré.
[279] Art. 515.4 du Code civil français ; le devoir exprès d'assistance a été ajouté lors de la réforme de la Loi sur le PACS pour donne une nouvelle dimension à celui-ci en instaurant des devoirs personnels entre les partenaires.
[280] Art. 1477(3) du Code civil belge.
[281] Art. 521.6 du Code civil québécois à rapprocher de l'art. 396.
[282] Art. 13(1) de la Loi suisse sur le partenariat enregistré.
[283] Art. 5 de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat.
[284] Sauf convention contraire ; voir Ulrich Daum, *supra* note 94, p. 98.
[285] Sauf convention contraire ; voir art. 4 de la Loi madrilène (Espagne) sur le partenariat ; voir aussi Ulrich Daum, *supra* note 94, p. 138.

(iv) Obligation de rembourser les dettes

119. Plusieurs systèmes, tels la France, le Québec (Canada), le Luxembourg et la Belgique prévoient aussi une responsabilité solidaire pour toutes les dettes contractées pour les besoins de la vie commune, en particulier pour la résidence commune[286]. Toutefois, cette obligation exclut généralement les dettes excessives eu égard aux ressources des partenaires[287] ou à leur mode de vie et celles pour lesquelles un partenaire avait préalablement informé le tiers contractant de son souhait de n'être pas engagé[288].

(v) Protection de la résidence familiale

120. De nombreux systèmes contiennent des dispositions relatives à la protection de la résidence familiale et des meubles similaires ou identiques à celles qui s'appliquent aux époux. C'est le cas en Suisse[289] et en Belgique[290], où un partenaire ne peut aliéner l'immeuble qui sert de résidence commune ni l'hypothéquer sans le consentement de l'autre. La loi belge prévoit en outre que le partenaire ne peut aliéner à titre gratuit ou à titre onéreux des meubles qui appartiennent à la résidence familiale ni les gager sans le consentement de l'autre[291]. Les tribunaux peuvent écarter cette absence de consentement du cohabitant s'il n'existe pas de motif grave de refus et permettre ainsi à l'autre cohabitant légal d'agir seul[292]. Le même principe s'applique lorsque le cohabitant est absent, frappé d'une interdiction ou dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté. En Allemagne, un tribunal peut accorder la jouissance de la résidence familiale louée par l'un des partenaires ou les deux à l'un d'eux. Si la résidence familiale est la propriété ou la copropriété de l'un des partenaires, le tribunal peut aussi prévoir sa location à l'autre[293].

b) Droit à des aliments

121. Certaines législations prévoient la possibilité d'accorder des aliments à un partenaire[294] à la dissolution d'un partenariat. Moins fréquemment, des dispositions organisent le versement d'aliments à la séparation des partenaires avant une éventuelle dissolution du partenariat[295]. En général, et comme en matière matrimoniale, les aliments seront accordés en fonction des besoins du demandeur et des ressources du défendeur.

122. Au Luxembourg, un juge de paix ne peut accorder des aliments à un partenaire suite à la dissolution du partenariat qu'à titre exceptionnel[296]. En Belgique et en France toutefois, les partenaires ou cohabitants n'ont pas droit à des aliments à la dissolution de leur partenariat et ce, indépendamment de sa durée[297]. En règle générale, on constate que les États disposant d'une forme forte de partenariat enregistré donnent la possibilité aux partenaires enregistrés de recevoir des aliments à des conditions similaires à celles applicables aux époux, tandis que ceux qui ont adopté une forme faible de partenariat enregistré limitent ou excluent les droits des partenaires à demander des aliments.

---

[286] Voir, par exemple, art. 515.4 du Code civil français ; art. 521.6 du Code civil québécois à rapprocher de l'art. 397 ; art. 7(2) de la Loi luxembourgeoise sur le partenariat enregistré et art. 1477(4) du Code civil belge.
[287] Art. 1477(4) du Code civil belge et art. 515.4 du Code civil français.
[288] Art. 521.6 et 397 du Code civil québécois.
[289] Voir art. 14 de la Loi suisse sur le partenariat enregistré.
[290] Art. 1477(2) du Code civil belge, à rapprocher de l'art. 215.
[291] *Ibid*.
[292] Art. 1477(2), à rapprocher de l'art. 220 du code civil belge.
[293] § 18 de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.
[294] Voir, par exemple, Livre premier, art. 80 d) et 80 e) du Code civil néerlandais ; § 16 de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.
[295] Voir, par exemple, § 12 de la Loi allemande sur le partenariat enregistré ou § 10 de la Loi tchèque sur le partenariat enregistré.
[296] Art. 12(2) de la Loi luxembourgeoise sur le partenariat enregistré.
[297] Voir Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 71 et 115.

c) Nom

123. En Allemagne, les partenaires peuvent choisir un nom de famille commun, qui est le nom de naissance de l'un d'eux[298]. Un partenaire peut aussi choisir de faire précéder ce nom commun de son nom de naissance ou de le lui ajouter. Ce choix peut toujours être révoqué[299]. En Belgique et en France, la cohabitation légale et le PACS n'ont pas d'effet particulier sur le nom des cohabitants[300]. Aux Pays-Bas, ni le mariage ni le partenariat enregistré n'entraînent nécessairement de modification du nom de famille des parties, cependant, les partenaires enregistrés obtiennent, comme par le mariage, le droit d'utiliser le nom de famille de l'autre partenaire[301].

d) Héritage

124. En matière de succession, certains États et territoires, tels la Suisse, traitent les partenaires enregistrés de la même façon que des époux et leur confèrent le même statut. En République tchèque également, un partenaire hérite de son partenaire décédé intestat comme le ferait un conjoint[302]. De même en Allemagne, les règles de succession applicables aux partenaires enregistrés sont conçues sur le modèle de celles qui s'appliquent aux époux[303]. En Belgique et en France cependant, le partenaire survivant ne peut hériter de son partenaire que par testament. À l'égard des héritiers réservataires en Belgique, les biens soumis à l'indivision sont réputés constituer une libéralité au partenaire survivant sauf preuve du contraire[304]. En France, les donations entre vifs sont également autorisées aux partenaires[305].

125. N'ayant pas de compétence législative dans ce domaine, plusieurs communautés autonomes espagnoles, telles l'Estrémadure, Madrid et Valence ne prévoient aucune règle en matière de succession dans leurs lois sur le partenariat enregistré[306]. D'autres communautés autonomes confèrent au partenaire enregistré survivant certains droits basés sur le droit de la famille à l'égard des meubles et du contenu du ménage et l'autorisent à demeurer dans la résidence commune pendant l'année qui suit le décès[307].

e) Autres effets

126. Les relations de famille créées par le partenariat constituent une des caractéristiques distinctives du système allemand[308] ; l'enregistrement a en effet pour conséquence que chacun des partenaires est considéré comme un membre de la famille de l'autre partenaire et la loi établit une alliance entre la famille d'un partenaire et l'autre partenaire. Au Québec (Canada) aussi, une union civile crée une alliance entre chaque conjoint et la famille de son conjoint[309]. Dans de nombreux autres systèmes juridiques, comme en France[310] et dans les communautés autonomes espagnoles[311], le partenariat enregistré ne crée au contraire aucun lien de famille.

---

[298] § 3(1) de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.
[299] § 3(2) de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.
[300] Voir Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 49, 50 et 92, 93.
[301] *Ibid.*, p. 129.
[302] Voir Milana Hrusáková, *supra* note 167, p. 1338.
[303] Voir § 10 de la Loi allemande sur le partenariat enregistré et § 1931 du BGB (Code civil allemand).
[304] Art. 1478(3) du Code civil belge.
[305] Les libéralités peuvent néanmoins faire l'objet de restrictions en vertu des art. 912 et s. et 918 et s. du Code civil français ; voir aussi Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 103.
[306] Voir Cristina Gonzáles Beilfuss, *Spanien und Portugal*, *supra* note 39, p. 268, 269.
[307] *Ibid.* Voir art. 12 de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat ; art. 6(2) de la Loi basque (Espagne) sur le partenariat.
[308] § 11 de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.
[309] Art. 521.7 du Code civil québécois (Canada).
[310] Voir Frédérique Ferrand, *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Frankreich*, *supra* note 57, p. 224.
[311] L'art. 3 de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat dispose expressément que le partenariat enregistré ne crée aucune alliance. D'autres communautés autonomes ne mentionnent pas cet aspect, la raison en étant, dans la plupart des cas, qu'elles ne sont pas compétentes pour légiférer en la matière ; voir Cristina Gonzáles Beilfuss, « Spanien und Portugal », *supra* note 39, p. 260.

4. Droits familiaux relatifs aux enfants

127. Comme on l'a vu plus haut[312], l'établissement d'une filiation entre un enfant et le partenaire non marié de la mère est plus difficile que pour les couples mariés. De nombreux États ont choisi de ne pas étendre aux partenaires enregistrés l'application des règles d'établissement de la paternité applicables aux couples mariés. La question de l'établissement d'une filiation entre un enfant et deux parents de même sexe a en particulier suscité une forte controverse dans de nombreux États.

128. Dans certains systèmes juridiques, la présomption de paternité suivant laquelle un mari est considéré comme le père d'un enfant né pendant le mariage ou dans un certain délai suivant sa dissolution est également applicable aux partenariats enregistrés même si elle se limite aux partenariats de sexe différent. C'est le cas, par exemple, au Québec (Canada) : si un enfant naît pendant une union civile de personnes de sexe différent (ou dans les 300 jours qui suivent sa dissolution), le partenaire de la mère de l'enfant est présumé être le père[313].

129. Aux Pays-Bas, la présomption de paternité n'a pas été étendue aux partenariats enregistrés, que le partenariat ait été conclu entre personnes de sexe différent ou de même sexe. Cependant, dans un partenariat enregistré entre personnes de sexe différent, un homme peut reconnaître un enfant né de son partenaire enregistré. Cette possibilité n'existe pas pour les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe ; une femme ne peut reconnaître un enfant de sa partenaire enregistrée[314].

a) Adoption

130. De nombreux États réservent l'adoption d'enfant et l'insémination artificielle aux couples mariés. Progressivement, certains systèmes juridiques ont également autorisé les personnes célibataires et les partenaires non mariés à adopter ou à recourir à la procréation assistée.

131. La plupart des systèmes juridiques connaissant une institution de partenariat enregistré, en particulier ceux qui l'ont réservée aux couples de même sexe, ont, au départ, expressément écarté l'adoption d'enfants et le recours à la procréation médicalement assistée, examinée dans la section suivante.

132. Malgré les approches restrictives initiales, la situation évolue et certains États autorisent maintenant l'adoption d'enfants par des partenaires de même sexe[315]. L'adoption des enfants d'un partenaire par l'autre, qui était impossible à l'origine dans la plupart des États et territoires, est aujourd'hui autorisée dans plusieurs États tels le Danemark[316], l'Islande[317], la Norvège[318] et l'Allemagne[319], bien que les législations danoise et islandaise précisent que l'enfant du partenaire ne peut être adopté que s'il n'a pas été précédemment adopté internationalement par son parent. L'adoption par les deux partenaires d'un enfant qui n'est pas l'enfant d'un des deux partenaires reste impossible dans tous les États mentionnés. En Suède toutefois, les partenaires enregistrés de même sexe sont autorisés depuis 2003 à adopter ensemble des enfants qui ne sont pas des enfants de l'un des partenaires[320]. Aux Pays-Bas, l'adoption d'un enfant par des partenaires de même sexe est possible, que leur relation soit ou non enregistrée[321].

---

[312] Voir Première partie, C, 4.
[313] Voir art. 525 du Code civil québécois (Canada).
[314] Voir Katharina Boele-Woelki / Wendy Schrama, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im niederländischen Recht*, *supra* note 9, p. 321, 322.
[315] Nina Dethloff, *Same-Sex Parents in a Comparative Perspective*, voir *supra* note 156, p. 195, 204, 205.
[316] § 4(1) de la Loi danoise sur le partenariat enregistré.
[317] Art. 6(1) de la Loi islandaise sur le partenariat enregistré.
[318] § 4 de la Loi norvégienne sur le partenariat enregistré.
[319] § 9(7) de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.
[320] Le chapitre 3, § 2 de la Loi suédoise *(Lag om Homosexuella Sambor (1994 :1117))* a été abrogé par la Loi (2005:477) en vigueur depuis le 1er/02/2003 ; voir aussi Gebhard Carsten dans Bergmann / Ferid / Henrich, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Schweden*, 164. Supplément, décembre 2005, p. 34 ; Nina Dethloff, *supra* note 156, p. 197.
[321] Voir Livre premier, art. 227 du Code civil néerlandais ; voir aussi Katharina Boele-Woelki / Wendy Schrama, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im niederländischen Recht*, *supra* note 9, p. 323.

133. Les communautés espagnoles du Pays basque[322] et de la Cantabrie[323] accordent aux partenaires enregistrés de sexe différent et de même sexe le droit d'adopter tant l'enfant d'un des partenaires qu'un enfant qui n'est pas un enfant du partenaire. Il en est de même au Québec (Canada), où le législateur a choisi de rompre avec les anciennes règles et a ouvert aux couples de même sexe l'adoption de l'enfant du partenaire ainsi que l'adoption nationale et internationale d'un enfant par les deux partenaires[324].

134. Cependant, l'adoption par des partenaires de même sexe reste interdite dans certains États, comme en Suisse[325]. Dans le cas précis de la Suisse, il faut noter néanmoins que bien que le partenaire du parent des enfants ne puisse pas les adopter, il est tenu d'un devoir d'assistance à son partenaire dans l'accomplissement de son obligation d'entretien et l'exercice de l'autorité parentale, et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent[326].

b) Procréation assistée

135. Comme il a été dit plus haut[327], certains systèmes juridiques autorisent les couples non mariés, voire les femmes célibataires, à recourir à l'insémination artificielle[328]. Bien que plusieurs États et territoires autorisent ainsi une partenaire enregistrée à recourir à la procréation assistée, cette autorisation n'a aucun effet sur les modalités d'établissement de la filiation par son partenaire. Comme il a été dit plus haut, peu d'États et territoires étendent la présomption maritale de paternité aux partenariats enregistrés, en particulier aux partenariats enregistrés de même sexe.

136. Le Québec (Canada) compte parmi les rares exceptions : un enfant né d'un « projet parental » impliquant une procréation assistée entre conjoints unis civilement est présumé avoir pour autre parent le conjoint de la femme qui a donné naissance à l'enfant pendant l'union civile ou dans les 300 jours suivant sa dissolution[329]. Cependant, les partenaires de fait n'ont pas le bénéfice de cette présomption, comme il a été expliqué dans la première partie de cette note. En aucun cas le tiers qui a apporté le matériel génétique pour la procréation assistée ne peut revendiquer un lien de filiation. La situation est différente lorsque l'apport génétique se fait par relation sexuelle entre un tiers et une femme unie civilement. Dans ce cas, la maternité de la femme qui a porté l'enfant est facile à établir[330] mais le contributeur dispose d'un délai d'un an suivant la naissance de l'enfant pour revendiquer la paternité, ce qui empêche le conjoint de la mère de devenir le père ou une seconde mère[331].

137. Certains États, tels l'Islande[332], ont expressément exclu les règles de droit interne relatives à l'insémination artificielle du champ d'application de la législation relative aux partenariats enregistrés.

---

[322] Art. 8 de la Loi basque (Espagne) sur le partenariat. La disposition afférente a fait l'objet d'une controverse politique. À la demande du Premier ministre espagnol, la Cour constitutionnelle espagnole a ordonné en décembre 2003 la suspension provisoire de l'application de la disposition visée en matière d'adoption, notamment aux motifs que la communauté autonome n'était pas compétente pour légiférer sur la question. Après le retrait de la demande par le procureur général, la Cour constitutionnelle a abandonné la procédure ; voir Ulrich Daum, *supra* note 94, p. 94, en note 2.
[323] Art. 11 de la Loi de la Cantabrie (Espagne) sur le partenariat.
[324] Voir art. 546 du Code civil québécois (Canada).
[325] Art. 28 de la Loi suisse sur le partenariat enregistré.
[326] *Idem*, art. 27 (1).
[327] Voir Première partie, C, 4, b).
[328] C'est le cas en Espagne, où toute femme ayant atteint l'âge de la majorité peut recourir à l'insémination artificielle ; voir Cristina Gonzáles Beilfuss, « Spanien und Portugal », *supra* note 39, p. 267. Pour le Québec (Canada), voir art. 538 du Code civil québécois, aux termes duquel un « projet parental » avec une assistance à la procréation est défini comme le recours par une personne seule ou des conjoints, dans le but d'avoir un enfant, à l'apport génétique d'une personne qui n'est pas partie au projet parental.
[329] Art. 538.3 du Code civil québécois (Canada).
[330] La femme qui a donné naissance a un enfant est considérée comme la mère de cet enfant, voir art. 538.1 du Code civil québécois, qui dispose que « la filiation d'un enfant né d'une procréation assistée s'établit, comme une filiation par le sang, par l'acte de naissance ». En outre, la Loi québécoise dispose que toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue, art. 541 du Code civil québécois.
[331] Art. 538.2 du Code civil québécois (Canada).
[332] Art. 6(1) de la Loi islandaise sur le partenariat enregistré.

c) Responsabilité et autorité parentale

138. En Suisse, si l'un des partenaires a des enfants d'une précédente union, quelle que soit sa qualification, l'autre partenaire, même s'il ne peut adopter les enfants, est tenu d'assister son partenaire, le parent légal des enfants, de façon appropriée dans l'exécution de ses obligations d'entretien et dans l'exercice de l'autorité parentale et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent[333].

139. En Allemagne, lorsqu'un partenaire a la garde exclusive de son enfant, il peut accorder à son partenaire un droit de décision conjointe sur les questions concernant le quotidien de l'enfant[334]. En cas de danger manifeste et immédiat, le partenaire peut prendre les décisions nécessaires au bien-être de l'enfant. Il est néanmoins tenu d'informer immédiatement le parent qui en a la garde[335].

140. Le partenariat n'a cependant aucun effet particulier sur l'autorité parentale en Belgique, en France, en Slovénie et dans tous les États qui ont opté pour une forme faible de partenariat enregistré.

E – Dissolution du partenariat

141. Comme un mariage, un partenariat enregistré se dissout par le décès. Plusieurs approches coexistent en ce qui concerne la dissolution du vivant des partenaires. Premièrement, certains systèmes n'autorisent la dissolution d'un partenariat enregistré entre vifs que par procédure judiciaire. C'est le cas par exemple au Royaume-Uni[336], en Suisse[337], en Allemagne[338] et dans le Vermont (États-Unis)[339]. La Suède et l'Islande, qui appliquent *mutatis mutandis* aux partenariats enregistrés les règles de dissolution du mariage[340], exigent elles aussi une procédure judiciaire pour la dissolution d'un partenariat enregistré[341].

142. Dans d'autres États, le recours aux autorités administratives ou judiciaires est autorisé pour la dissolution du partenariat comme dans les affaires matrimoniales. C'est le cas, par exemple, du Danemark et de la Norvège où, comme dans les affaires matrimoniales, les partenaires peuvent obtenir une dissolution du partenariat enregistré – en fonction des circonstances – soit par décision judiciaire soit par décision du gouverneur du comté[342].

143. Dans certains systèmes juridiques, outre la méthode judiciaire de dissolution ouverte en matière de mariage, d'autres méthodes sont également accessibles exclusivement pour la dissolution d'un partenariat enregistré. Au Québec (Canada), la dissolution d'une union civile peut être obtenue par décision judiciaire, comme dans les affaires matrimoniales, mais aussi par une déclaration conjointe notariée lorsque la volonté de vie commune des partenaires est « irrémédiablement atteinte »[343]. Par conséquent, les partenaires peuvent convenir, par une déclaration conjointe, de la dissolution de leur union sous réserve qu'ils en règlent toutes les conséquences par un accord. La déclaration et l'accord doivent être reçus devant notaire et constatés dans un acte notarié dont un exemplaire original est conservé par le notaire (« constaté dans des

---

[333] Art. 27(1) de la Loi suisse sur le partenariat enregistré.
[334] § 9(1) de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.
[335] § 9(2) de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.
[336] Voir art. 37 et s. (Angleterre et Pays de Galles), art. 117 et s. (Écosse) et art. 161 et s. (Irlande du Nord) de la Loi britannique sur le partenariat civil.
[337] Art. 29, 30 de la Loi suisse sur le partenariat enregistré.
[338] § 15 de la Loi allemande sur le partenariat enregistré.
[339] Art. 1206 de la Loi du Vermont (Etats-Unis) sur l'union civile.
[340] Chapitre 2, § 1 de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré et art. 8 de la Loi islandaise sur le partenariat enregistré.
[341] En Suède, les dispositions relatives au divorce, qui sont applicables au partenariat enregistré, sont énoncées au chapitre 5, § 1 à 6 de la Loi suédoise sur le mariage (*Äktenskasbalken (1987:230), 14.05.1987*) ; art. 5 de la Loi islandaise No 31 du 14 avril 1993 sur le mariage.
[342] § 5 de la Loi danoise sur le partenariat enregistré à rapprocher du § 42 du *Ægtekabslov, Lov Nr. 256, 4.6.1969*, modifié en dernier lieu en 2003 (ci-après Loi danoise sur le mariage) ; § 3 de la Loi norvégienne sur le partenariat enregistré à rapprocher du § 27 du *Lov om ekteskab, Lov nr 47, 04.07.1991* (ci-après Loi norvégienne sur le mariage).
[343] Art. 521.12 du Code civil québécois (Canada).

actes notariés en minute »)[344]. Après dépôt auprès du notaire, la déclaration notariale sera entre autres notifiée au registre de l'état civil[345]. Aux Pays-Bas, la dissolution est exécutée, soit par une décision judiciaire sur demande de l'une des parties[346], soit par une déclaration conjointe, signée par les deux parties et au moins un avocat ou notaire, et inscription au registre[347]. Dans cette déclaration, les parties doivent indiquer que le partenariat est irrémédiablement rompu et qu'elles souhaitent y mettre fin. Enfin, l'accord doit organiser le paiement d'aliments, la jouissance, permanente ou non, de la résidence familiale, la répartition des biens et des droits relatifs aux pensions[348].

144. Dans d'autres États et territoires comme l'Andorre[349], la France[350], la Belgique[351] et la Nouvelle-Écosse (Canada)[352], un partenariat enregistré n'est pas dissous par une procédure judiciaire et d'autres méthodes sont utilisées. En Andorre par exemple, un partenariat enregistré peut être dissous par un accord ou par la signification d'une déclaration unilatérale ; il peut l'être également par le mariage d'un des partenaires avec un tiers[353]. La situation est comparable dans les communautés autonomes espagnoles des Îles Baléares[354], du Pays basque[355], de la Cantabrie[356], de l'Estrémadure[357], de Madrid[358] et de Valence[359]. En France aussi, une déclaration conjointe des partenaires ou la volonté unilatérale d'un partenaire peut mettre fin à un PACS, tout comme le mariage d'un des partenaires. Si le PACS est dissous par consentement mutuel, une déclaration écrite conjointe doit être déposée au greffe du tribunal d'instance du lieu de son enregistrement ou auprès des agents diplomatiques ou consulaires compétents[360]. La dissolution du PACS prend effet entre les parties dès son inscription au greffe. Vis-à-vis des tiers, elle ne prend effet qu'après l'accomplissement des formalités de publicité[361]. Les autres États et territoires qui prévoient la dissolution automatique d'un partenariat enregistré si l'un des partenaires contracte mariage avec un tiers sont par exemple, la Belgique, le Luxembourg et la Nouvelle-Écosse (Canada)[362].

145. Il semble que la logique qui sous-tend ces différences est que les pays qui ont prévu un partenariat réservé aux couples de même sexe et souhaitent créer un équivalent à l'institution du mariage tendent à faire référence aux règles applicables au mariage et à ne s'en écarter que lorsqu'une raison précise l'exige ; ils prévoient ainsi un traitement et des effets identiques. Cependant, les États qui ont institué un partenariat pour les couples de même sexe et de sexe différent, et visent à instaurer un substitut au mariage moins lourd tendent à prévoir une forme plus commode de dissolution outre la forme usuelle du divorce, demandée soit conjointement, soit unilatéralement.

146. L'annulation d'un partenariat enregistré est généralement soumise aux critères et conditions équivalents à ceux qui s'imposent au regard de l'annulation du mariage.

---

[344] Art. 521.13(1) et (2) du Code civil québécois (Canada).
[345] Art. 521.16(2) du Code civil québécois (Canada).
[346] Livre premier, art. 80c(d) et 80e du Code civil néerlandais.
[347] Livre premier, art. 80c(c) et 80d du Code civil néerlandais.
[348] Livre premier, art. 80d du Code civil néerlandais.
[349] Art. 17 de la Loi andorrane sur le partenariat enregistré.
[350] Art. 515-7 du Code civil français.
[351] Art. 1476(2) du Code civil belge.
[352] Art. 55c) de la Loi de Nouvelle-Écosse (Canada) sur les statistiques de l'état civil.
[353] Art. 17 de la Loi andorrane sur le partenariat enregistré.
[354] Art. 8 de la Loi des Îles Baléares sur le partenariat.
[355] Art. 18 de la Loi basque (Espagne) sur le partenariat.
[356] Art. 12 de la Loi de la Cantabrie (Espagne) sur le partenariat.
[357] Art. 5 de la Loi de l'Estrémadure (Espagne) sur le partenariat.
[358] Art. 6 de la Loi madrilène (Espagne) sur le partenariat.
[359] Art. 6 de la Loi valencienne (Espagne) sur le partenariat.
[360] Voir pour les détails l'art. 515-7 du Code civil français.
[361] Art. 515-7(8) du Code civil français.
[362] Voir art. 1476(2) du Code civil belge, l'art. 13(1) de la Loi luxembourgeoise sur le partenariat enregistré, art. 55c) de la Loi de Nouvelle-Écosse (Canada) sur les statistiques de l'état civil.

TROISIEME PARTIE – APERÇU DES RECENTS DEVELOPPEMENTS EN MATIERE DE MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MEME SEXE

147. Bien que cette note vise essentiellement à faire le point sur les développements récents en matière de cohabitation hors mariage, partenariat enregistré compris, il convient de faire un aparté et de résumer très brièvement les derniers développements nationaux en matière de mariage entre personnes de même sexe.

148. Ces mariages sont en effet autorisés aux Pays-Bas, en Belgique, au Canada, en Espagne et en Afrique du Sud[363], ainsi que dans le Massachusetts (États-Unis). Divers autres États et territoires ont choisi au contraire de préciser que dans leur système juridique, le terme « mariage » désigne exclusivement une union de personnes de sexe différent[364].

149. Les Pays-Bas ont été le premier État au monde à autoriser le mariage civil de personnes de même sexe. La Loi ouvrant le mariage aux partenaires de même sexe[365], qui a modifié le Livre premier du Code civil néerlandais, a changé la définition traditionnelle du mariage donnée à l'article 30 pour y inclure les couples de même sexe. Les effets du mariage sont par conséquent applicables aux couples de même sexe à l'exception de certains droits en matière de filiation et d'adoption internationale.

150. La Belgique, qui avait initialement instauré un système de cohabitation légale, a suivi l'exemple de son voisin néerlandais en ouvrant ensuite l'institution du mariage aux couples de même sexe[366] tout en instituant les mêmes exceptions en matière d'établissement de filiation et d'adoption.

151. En 2005, le Canada a voté la Loi sur le mariage civil[367], une loi fédérale qui étend la capacité à se marier à des fins civiles aux couples de même sexe sur tout le territoire canadien. La loi dispose aussi qu'un mariage ne peut être nul ou annulé au motif que les conjoints sont de même sexe[368]. Elle a été promulguée à la suite de plusieurs décisions rendues dans différentes provinces à l'effet que la définition du « mariage » donnée par la *common law* et, dans le cas du Québec, par l'ancien article 5 de la Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil[369], à savoir que le mariage requiert « le consentement libre et éclairé d'un homme et d'une femme à se prendre mutuellement pour époux. », n'était pas valide car elle violait le droit à l'égalité des couples de même sexe, garanti par l'article 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés[370]. Les cours d'appel, dans leurs décisions, ont reformulé la définition du mariage comme suit : « union volontaire pour la vie de deux personnes à l'exclusion de toute autre ». Le 16 juillet 2003, le Procureur général du Canada a saisi la Cour suprême du Canada d'un renvoi relativement à un avant-projet de Loi intitulé « Proposition de Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil », qui visait à autoriser le mariage aux partenaires de même sexe. Après l'arrêt de la Cour suprême du 9 décembre 2004 et le débat parlementaire, l'institution du mariage a été ouverte à tous dans l'ensemble du territoire national.

---

[363] La Loi sud-africaine sur l'union civile autorise les parties à une union civile à choisir d'enregistrer leur relation comme un mariage ou comme un partenariat civil, voir *sections* 2, 11, 12 de la Loi sud-africaine sur l'union civile.

[364] La Lettonie, par exemple, a inséré en 1993 dans son Code civil une disposition interdisant le mariage entre personnes de même sexe ; voir art. 35(2) du Code civil letton, *LK 1937 No 5, Pos 29*, tel que modifié en dernier lieu par la Loi du 11 juin 1998 ; voir aussi Ulrich W. Schulze, Eva Cieslar dans Bergmann / Ferid / Henrich, *Internationales Ehe-und Kindschaftsrecht*, Lettland, 148. Supplément, août 2002, p. 51 ; voir plus loin pour un complément d'information sur les autres états des États-Unis.

[365] *De Wet Openstelling Huwelijk,* 21.12.2000*, Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden 2001, No. 9* (11.01.2001).

[366] Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*,* 13 février 2003, *Moniteur belge*, 28 février 2003.

[367] Loi canadienne sur le mariage civil (2005, c.33), voir art. 1.

[368] *Ibid*., art. 4.

[369] Loi d'harmonisation No 1 du droit fédéral avec le droit civil ; voir Mary C. Hurley, « Projet de loi C-38 : Loi sur le mariage civil, LS-502F », Service d'information et de recherche parlementaires, révisé le 14 septembre 2005, accessible à l'adresse : < http://www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/house/bills/summaries/c38-f.pdf >, consulté en mars 2008.

[370] *Ibid*. Voir aussi Wade K. Wright, « The Tide in Favour of Equality: Same-sex Marriage in Canada and England and Wales », *International Journal of Law, Policy and the Family,* Vol. 20 (2006), p. 249 et s.

152. L'Espagne a suivi en 2005 avec l'approbation, par le Congrès des députés[371], de la Loi légalisant le mariage entre personnes de même sexe dans l'ensemble du territoire espagnol[372].

153. Le 1er décembre 2005, la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud a jugé anticonstitutionnelle et invalide la définition de la *common law* du mariage, dans la mesure où elle n'accorde pas aux couples de même sexe le statut, les avantages et les responsabilités que le mariage confère aux couples hétérosexuels[373]. Le 14 novembre 2006, le projet de Loi sur le mariage entre personnes de même sexe[374] a été adopté par le Parlement[375]. La Loi sud-africaine sur l'union civile, entrée en vigueur le 30 novembre 2006, autorise les couples de même sexe et de sexe différent à enregistrer leur union civile comme un mariage ou comme un partenariat civil[376]. Quel que soit leur choix, les obligations et les effets sont les mêmes.

154. Quant aux États-Unis, la Cour suprême d'Hawaï a jugé en 1993 qu'à moins que ne soit rapportée la preuve qu'une raison d'État impérieuse justifie un traitement différent, les lois déniant le droit de se marier aux couples de même sexe violeraient le droit constitutionnel à une protection égale[377]. Lorsqu'en 1996, une juridiction inférieure a jugé que l'État n'avait pas une telle raison impérieuse[378], la Constitution a été modifiée avant que la Cour suprême ne rende de décision[379]. Le parlement d'Hawaï a ensuite voté une Loi interdisant le mariage aux couples de même sexe. Dans l'intervalle, le législateur fédéral avait réagi en adoptant le *Defence of Marriage Act 1996* (DOMA) qui disposait qu'en droit fédéral, le mariage ne désignerait que l'union d'un homme et d'une femme et autorisait les états américains à empêcher la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe. La majorité des états des États-Unis ont promulgué une législation interdisant le mariage entre personnes de même sexe ou la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés dans un autre territoire. Cependant, l'état du Massachusetts a commencé à délivrer des licences de mariage aux couples de même sexe en mai 2004 à la suite d'une décision de la Cour suprême du Massachusetts[380]. Les mariages entre personnes de même sexe sont reconnus dans l'état de Rhode Island (États-Unis)[381].

155. Enfin, bien qu'Israël ne permette pas le mariage entre personnes de même sexe, sa Cour suprême a jugé le 21 novembre 2006 que le Gouvernement d'Israël avait l'obligation de reconnaître le mariage conclu à l'étranger, en l'espèce au Canada, par cinq couples de personnes de même sexe.

---

[371] Par un vote de 187 voix contre 147.

[372] *Ley 13/2005, de 01.07.2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, *BOE 02.07.2005, núm. 153*. Pour plus d'informations, voir, notamment, Miquel Martín-Casals et Jordi Ribot, « Ehe und Scheidung in Spanien nach den Reformen von 2005 », *Famrz* 2006, p. 1331 et s.

[373] *Minister of Home Affairs and the Director-General of Home Affairs v. Marié Adriaana Fourie and Cecelia Johanna Bonthuys*, CCT 60/04, et *Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v. Minister of Home Affairs and the Director-General of Home Affairs and the Minister of Justice and Constitutional Development*, CCT 10/05, Constitutional Court of South Africa, 1er décembre 2005.

[374] Loi sud-africaine sur l'union civile.

[375] À 230 voix contre 41.

[376] Voir *sections* 2, 11, 12 de la Loi sud-africaine sur l'union civile.

[377] *Baehr c. Lewin*, 852 P.2d 44 (Hawaii Supreme Court, 1993).

[378] *Baehr c. Miike* 1996 WL 694253, (Hawaii Cir. Ct. Dec. 3, 1996), 23 *Fam.L.Rep*. 2001.

[379] La Constitution de Hawaï, telle que modifiée en 1998, dispose que le parlement devrait avoir le pouvoir de réserver le mariage aux couples de sexe différent.

[380] Voir l'article de la National Conference of State Legislatures intitulé « Same Sex Marriage, Civil Union and domestic Partnerships », accessible à l'adresse : < http://www.ncsl.org/programs/cyf/samesex.htm >, consulté en mars 2008.

[381] *Ibid*.

QUATRIEME PARTIE – ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE RELATIFS A LA COHABITATION HORS MARIAGE

A – Introduction

156. Cette quatrième partie examine les aspects de droit international privé relatifs à la cohabitation hors mariage. Ceux qui concernent le partenariat enregistré seront étudiés dans la cinquième partie.

157. Cette partie est relativement brève en raison du peu d'activité législative intervenue dans ce domaine depuis les précédentes notes[382] présentées par le Bureau Permanent.

B – Loi applicable

158. Parmi les systèmes juridiques examinés ici, aucun ne régule l'intégralité des aspects de droit international privé relatifs à la cohabitation hors mariage[383].

159. Une étude de droit comparé portant notamment sur les aspects patrimoniaux de la cohabitation hors mariage en Europe a été réalisée par le consortium Asser-UCL à la demande de la Commission européenne. L'étude examine la manière dont les États membres abordent la cohabitation hors mariage en droit international privé. [384]. Cette étude montre que très peu d'États européens ont adopté une législation portant sur les aspects de droit international privé en la matière.

160. Comme l'avait exposé la note de 1992 du Bureau Permanent[385], deux traitements de la cohabitation hors mariage sont possibles en droit international privé – soit sélectionner une des règles de choix de loi existantes, soit élaborer une catégorie entièrement nouvelle, c'est-à-dire créer une règle de choix de la loi applicable réservée à la cohabitation hors mariage.

161. Envisager les règles existantes de choix de loi pour régler le « nouveau » problème de la cohabitation hors mariage pose la question de la qualification. Selon l'étude de droit comparé, la qualification figurait parmi les principaux problèmes soulevés dans les commentaires des États européens sur le traitement de la cohabitation hors mariage en droit international privé[386]. Faut-il considérer qu'elle relève de l'état des personnes ou du contrat[387] ?

162. Comme il a été dit dans la première partie, la cohabitation hors mariage est traitée très différemment dans les différents États et territoires. Certains systèmes juridiques[388] ne connaissent pas la cohabitation hors mariage et ne la considèrent pas comme un concept juridique, mais comme un incident purement factuel. La question de la qualification trouve ainsi des solutions très différentes[389].

163. La brève analyse ci-après des règles de choix de loi en matière de cohabitation hors mariage s'intéresse d'abord à la loi applicable à sa formation, puis à la loi applicable à ses effets.

---

[382] Voir *supra* note 3.

[383] Voir, notamment, l'étude comparative réalisée par le consortium Asser-UCL, « Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des États membres de l'Union européenne » (Offre No JAI/A3/2001/03), p. 205 et s., accessible à l'adresse : < http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf >, consulté en mars 2008 ; Jens M. Scherpe, supra note 86, p. 602.

[384] Voir l'étude comparative du consortium Asser-UCL, *supra* note 383, p. 205-207.

[385] Doc. prél. No 5 de 1992, voir *supra* note 3, p. 139.

[386] *Ibid*., p. 206.

[387] *Ibid*., voir aussi Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?, supra* note 22, p. 317 et s.

[388] L'Allemagne par exemple ; pour les aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage en Allemagne, voir notamment Stephan Lorenz / Hannes Unberath, « Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Verlöbnis im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht oder: 'Was es nicht gibt, knüpf' ich nicht an!' », *IPRax* 2005, p. 516 et s.

[389] Voir notamment Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, supra note 22, p. 17 et s. ; étude de droit comparé du consortium Asser-UCL, *supra* note 383, p. 206-207.

1. Loi applicable à la formation de la cohabitation hors mariage

164. La loi applicable à la formation de la cohabitation hors mariage, qu'elle concerne la validité quant à la forme ou quant au fond, n'a que très peu retenu l'attention des législateurs et des auteurs. Il faut garder à l'esprit que la désignation d'une loi applicable à la formation de la cohabitation hors mariage suppose d'octroyer un certain statut juridique à une relation de ce type. Dès lors, les États et territoires qui ne considèrent pas la cohabitation hors mariage comme une institution juridiquement pertinente peuvent tendre à écarter tout aspect personnel de la relation des cohabitants et à traiter leur situation comme celle d'étrangers[390]. Il est de ce fait peu probable que les États et territoires dont le droit interne n'accorde pas de statut à la cohabitation hors mariage élaborent des règles de droit international privé relatives à sa formation ou à sa dissolution.

165. Dans l'hypothèse où la cohabitation hors mariage relève de l'état des personnes, il a été suggéré que la loi applicable à la formation du mariage devrait être appliquée par analogie. En ce qui concerne les conditions de forme des mariages, l'adage *locus regit actum* est très répandu. Ainsi, la loi de l'État de la célébration (*lex loci celebrationis*) est très largement reconnue et acceptée comme étant celle qui s'applique, ou au moins une de celles[391] qui s'appliquent. Ce critère est d'ailleurs consacré dans la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages*[392]*.* S'agissant de la validité des mariages quant au fond, la loi désignée peut être, selon les approches, la *lex loci celebrationis*[393] ou la loi de la nationalité ou du domicile de chacune des parties. Ces approches se retrouvent dans différents États et territoires avec divers aménagements.

166. Ainsi, la loi applicable aux conditions de forme pourrait être celle de l'État où la cohabitation s'est formée, tandis que la loi applicable aux conditions de fond pourrait être, soit la loi de l'État où la cohabitation s'est formée, soit la loi de la nationalité ou du domicile de chacun des cohabitants[394]. Une autre approche soumettrait la formation de la cohabitation hors mariage aux lois du domicile commun ou de la nationalité commune des cohabitants[395].

167. Le recours à la *lex loci celebrationis* peut toutefois poser des problèmes pratiques car il peut être difficile, étant donné l'absence d'acte formel, de déterminer le lieu de formation de la cohabitation[396]. Quant à l'application de la loi des États de la nationalité ou du domicile de chacun des partenaires, elle peut elle aussi s'avérer problématique car l'État de la nationalité ou du domicile ne prévoit pas nécessairement une cohabitation juridiquement pertinente.

168. Compte tenu des récents développements dans le domaine du droit international privé relatifs aux partenariats enregistrés (voir plus loin) qui, dans certains pays, ont conduit à l'instauration de règles de conflit de lois pour les partenariats enregistrés différentes de celles qui s'appliquent au mariage, il faut étudier s'il est plus opportun de

---

[390] André Huet, « La séparation des concubins en droit international privé », *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi – Des Concubinages - Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec Groupe LexisNexis, Paris, 2002, p. 539 et s., p. 543.

[391] Voir par exemple l'Allemagne, où un mariage conclu ailleurs qu'en Allemagne est formellement valide si les formalités de la *lex loci celebrationis* ou celles de la loi du pays de la nationalité des partenaires sont remplies ; voir Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht,* 6e édition, 2006, p. 338.

[392] Ci-après la Convention Mariage de 1978. La Convention a été signée par l'Australie, l'Égypte, la Finlande, le Luxembourg, les Pays-Bas et le Portugal, mais elle n'a été ratifiée que par l'Australie, le Luxembourg et les Pays-Bas. Voir aussi « Examen par la Communauté européenne des Conventions de La Haye existantes », Note établie par le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, p. 10 ; accessible à l'adresse : < www.hcch.net >, rubrique « Travaux en cours », puis « Affaires générales ».

[393] Voir Petar Šarčević, *Cohabitation without Marriage: The Yugoslavian Experience*, 29 *Am. J. Comp. L.*, 315 (1981), p. 335-338.

[394] *Ibid.*, *supra* note 393 p. 336, favorisant la seconde de ces deux solutions, mais optant finalement pour l'élaboration de règles de conflit spéciales en matière de cohabitation hors mariage (p. 338).

[395] Voir, avec d'autres références, Mariel Revillard, « Les unions hors mariage – Regards sur la pratique de droit international privé », dans *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi – Des Concubinages - Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec Groupe LexisNexis, Paris, 2002, p. 579 et s., 581.

[396] *Ibid.*, p. 336.

procéder par analogie avec les règles de conflit applicables au partenariat enregistré qu'avec les règles de conflit applicables au mariage.

169. Si on qualifie la cohabitation hors mariage comme un type de contrat, il conviendrait d'appliquer la loi applicable à la formation des contrats.

2. Loi applicable aux effets de la cohabitation hors mariage

170. En ce qui concerne la loi applicable aux effets de la cohabitation hors mariage, il faut rappeler que pour certains États et territoires, la cohabitation hors mariage n'est pas un concept juridique. Dans leur droit interne, ils résolvent les conflits entre cohabitants en examinant la partie pertinente de la relation du point de vue du droit des contrats, du droit des sociétés ou de l'enrichissement sans cause, selon les circonstances[397]. De ce fait, la qualification reposant sur la *lex fori* conduira à appliquer la règle de conflit de lois relative aux contrats, aux sociétés ou à l'enrichissement sans cause.

171. La question de la qualification précède la désignation de la loi applicable aux effets de la cohabitation hors mariage dans les États et territoires où elle est considérée comme un phénomène juridiquement pertinent. La cohabitation hors mariage peut être considérée comme de nature essentiellement contractuelle ou essentiellement personnelle[398]. Dans le premier cas, la loi applicable à ses effets sera déterminée par les règles de conflit de lois applicables aux contrats. Dans le second, la règle de conflit de lois applicable à ses effets pourra être trouvée par analogie avec les règles de conflit de lois applicables aux mariages ou aux partenariats enregistrés – lorsqu'ils existent.

172. Il faut toutefois garder à l'esprit que ces solutions ne peuvent couvrir tous les effets de la cohabitation hors mariage. Comme dans le mariage, de nombreux effets demeurent soumis à des règles de conflit de lois distinctes. C'est le cas par exemple des aliments et des successions[399].

173. L'ex-République fédérale socialiste de Yougoslavie se distinguait par le fait qu'elle avait promulgué une règle de conflit[400] relative à la cohabitation hors mariage, qui ne s'appliquait toutefois qu'aux relations patrimoniales. L'article 39[401] du droit international privé de la République fédérale socialiste de Yougoslavie disposait que la loi applicable aux relations patrimoniales de personnes qui cohabitent en dehors d'un mariage formel était la loi de l'État de la nationalité des parties (paragraphe 1). Elle précisait en outre que si les cohabitants n'avaient pas la même nationalité, la loi applicable était celle de leur résidence commune (paragraphe 2). Enfin, les relations patrimoniales contractuelles entre des cohabitants non mariés étaient régies par la loi qui aurait été applicable à leurs relations patrimoniales à la date de conclusion du contrat. La Croatie applique encore cette règle aujourd'hui, mais seulement à la cohabitation hors mariage de personnes de sexe différent[402]. Aucune règle de droit international privé n'existe pour la cohabitation entre personnes de même sexe, qui n'a été introduite en Croatie qu'en 2003[403].

---

[397] Voir, notamment, Hugues Fulchiron, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *Journal de Droit International* (Clunet), Vol. 127, N° 4, 2000, p. 889 et s., p. 903 ; sur l'exemple de l'Allemagne, voir Stephan Lorenz / Hannes Unberath, supra note 388.

[398] Sur le caractère personnel de la cohabitation hors mariage, voir, notamment, Hélène Gaudemet-Tallon, « La désunion en droit international privé », *RCADI*, 1991-I, Volume 226, p. 9 et s. qui souligne qu'une « famille » peut exister en dehors du mariage.

[399] Voir Doc. prél. No 5 de 1992, *supra* note 3, p. 143.

[400] Art. 39 du Droit international privé de la République fédérale socialiste de Yougoslavie du 15 juillet 1982 ; No 43/82, 72/82 et 53/91.

[401] Dubravka Hrabar et Aleksandra Korać, dans Bergmann / Ferid / Henrich, *Internationales Ehe-und Kindschaftsrecht*, Kroatien, 169. Supplément, décembre 2006, p. 17, 39.

[402] Voir Dubravka Hrabar, « Legal Status of Cohabitation in Croatia », *supra* note 65, p. 412.

[403] Dubravka Hrabar et Aleksandra Korać, *supra* note 401, p. 17, 39.

CINQUIEME PARTIE – ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE RELATIFS AUX PARTENARIATS ENREGISTRES

174. Cette partie examine les aspects de droit international privé relatifs aux partenariats enregistrés. Depuis les notes publiées par le Bureau Permanent en 1992 et en 2000, de nombreux développements sont intervenus dans ce domaine. Comme on l'a vu dans la deuxième partie à propos des développements nationaux en matière de partenariat enregistré, de nombreux États et territoires ont promulgué une législation régulant les partenariats enregistrés. Dans ce contexte, certains de ces États, tels l'Allemagne[404], les Pays-Bas[405], la Suisse[406], la Belgique[407] et le Royaume-Uni[408], ont introduit des dispositions expresses de droit international privé applicables au partenariat enregistré. Les modèles utilisés sont très différents ; ainsi, l'Allemagne a introduit une règle de conflit de lois expressément conçue pour les partenariats enregistrés tandis qu'en Suisse, une grande partie des règles de conflit de lois relatives aux mariages sont applicables au partenariat enregistré.

175. Il n'en reste pas moins que de nombreuses questions de droit international privé demeurent sans réponse, même dans les systèmes qui ont introduit des règles expresses de droit international privé. Des problèmes apparaissent en particulier au regard de la qualification, en raison de la diversité des systèmes nationaux de partenariat enregistré. Le problème de la qualification a été brièvement mentionné plus haut dans le contexte du traitement en droit international privé de la cohabitation hors mariage, pour laquelle presque aucun État ne prévoit de règles de conflit explicites. L'existence de règles de droit international privé relatives aux partenariats enregistrés ne doit pas conduire à présumer que la question de la qualification se pose avec moins d'acuité. Au contraire, lorsque des règles de conflit expresses existent dans un État ou un territoire, on peut être amené à envisager si le partenariat enregistré étranger en question est un partenariat enregistré au sens de ces règles. Au vu de la diversité des législations nationales sur le partenariat enregistré, tant du point de vue des conditions que des conséquences, et étant donné que la *lex fori* est l'approche la plus couramment retenue pour la qualification, il est possible que les États et territoires s'abstiendront d'appliquer leurs règles de conflit de lois relatives aux partenariats enregistrés à tous les concepts étrangers dénommés partenariats enregistrés. Lorsque les règles de conflit de lois applicables aux partenariats enregistrés ne sont pas jugées applicables à une relation non maritale enregistrée à l'étranger, la recherche d'une règle de conflit applicable touchera aux mêmes questions que celles qui ont été exposées pour la cohabitation hors mariage (voir plus haut, quatrième partie).

176. En Allemagne par exemple, où le partenariat enregistré est réservé aux couples de même sexe, les règles de droit international privé y afférentes épousent ce concept et sont à ce titre considérées comme exclusivement applicables aux relations entre personnes de même sexe[409]. Il s'ensuit que la règle allemande de conflit relative aux partenariats enregistrés ne couvre pas les partenariats enregistrés entre personnes de sexe différent. S'agissant de ces derniers, la loi allemande rencontre donc les mêmes

---

[404] L'Allemagne a introduit un nouvel article dans sa codification de droit international privé en 2001, article 17a), devenu l'article 17b) du *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Code introductif allemand au Code civil – ci-après DIP allemand), dans sa dernière version modifiée du 15 décembre 2004.

[405] Les Pays-Bas ont promulgué une loi régulant spécifiquement les questions de droit international privé relatives aux partenariats enregistrés en 2004, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2005. *Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap, 6.7.2004* (ci-après DIP néerlandais relatif au partenariat enregistré).

[406] La Suisse a inséré les art. 65a) à 65d) dans sa Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (ci-après DIP suisse) ; les nouveaux articles sont entrés en vigueur le 1er janvier 2007.

[407] La Belgique a inséré des dispositions relatives au partenariat enregistré dans son nouveau Code de droit international privé belge du 16 juillet 2004 (ci-après DIP belge) ; voir art. 58–60 du DIP belge.

[408] La Loi britannique sur le partenariat civil régule les aspects de droit international privé dans une partie commune à l'Angleterre, au Pays de Galles, à l'Irlande du Nord et à l'Écosse ; voir *sections* 212 et s. de la Loi britannique sur le partenariat civil.

[409] D'ores et déjà, la décision du législateur d'utiliser, pour l'institution du partenariat enregistré dans la règle de conflit, le terme peu courant employé en droit interne allemand (« Eingetragene Lebenspartnerschaft ») indique les relations qui peuvent être qualifiées de partenariats enregistrés au sens du DIP allemand (qualification selon la *lex fori*) ; voir, notamment, Peter Mankowski, dans Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Volume relatif aux art. 13-17 de l'EGBGB, art. 17b) EGBGB, note 7.

difficultés que les systèmes juridiques qui n'ont pas légiféré sur les questions de droit international privé relatives aux partenariats enregistrés.

177. La situation est comparable au Royaume-Uni, où la Loi britannique sur le partenariat civil limite aux relations entre personnes de même sexe le champ d'application de ses dispositions relatives aux relations étrangères[410]. L'importance du critère sexuel est soulignée par le fait que la Loi britannique sur le partenariat civil exige que les parties soient considérées de même sexe à la date pertinente non seulement par la *lex loci registrationis* mais aussi par la Loi britannique[411].

178. La Loi belge, qui autorise les couples de même sexe et les couples de sexe différent à enregistrer un partenariat, restreint l'applicabilité de ses règles de conflit relatives aux partenariats enregistrés aux partenariats basés sur la cohabitation et enregistrés auprès d'une autorité publique qui ne créent pas entre les partenaires de lien équivalent à celui du mariage[412]. En droit international privé belge, les partenariats enregistrés qui créent un tel lien sont traités comme des mariages[413].

179. À cet égard, il convient d'attirer l'attention sur le problème parallèle de la qualification des mariages entre personnes de même sexe. La question de leur traitement en droit international privé s'est posée depuis leur institution dans plusieurs États et territoires (voir troisième partie plus haut). Dans certains systèmes juridiques qui n'autorisent pas le mariage entre personnes de même sexe, il a été indiqué qu'un mariage étranger entre personnes de même sexe serait probablement qualifié comme un partenariat enregistré[414]. La Suisse a inséré une règle à cet effet dans son droit international privé[415]. Dans la Loi britannique sur le partenariat civil, les mariages belge et néerlandais entre personnes de même sexe figurent dans la liste des relations étrangères susceptibles d'être reconnues comme un partenariat civil[416], ce qui indique que les mariages entre personnes de même sexe ne sont pas reconnus comme un « mariage » au Royaume-Uni[417]. Une récente décision de la Haute Cour *(High Court)*[418] d'Angleterre et du Pays de Galles a confirmé cette présomption. La question reste posée du traitement des mariages entre personnes de même sexe dans les autres systèmes juridiques, en particulier ceux qui n'ont pas introduit de système de partenariat enregistré.

A – Compétence des autorités pour enregistrer un partenariat

180. À titre de prélude à l'analyse de la loi applicable à la validité quant au fond et à la forme d'un partenariat, il n'est pas inutile de décrire l'évolution des règles nationales fixant les conditions dans lesquelles les autorités nationales sont compétentes pour procéder à l'enregistrement d'un partenariat – autrement dit, de s'interroger sur le lien requis entre les partenaires et le système juridique concerné.

181. Pour enregistrer un partenariat, la plupart des systèmes juridiques exigent que les partenaires soient liés à l'État ou au territoire concerné par la nationalité ou par la résidence. Ils se différencient cependant en ce qu'ils peuvent imposer ces critères cumulativement, alternativement, ou requérir ces critères de l'un ou des deux partenaires.

---

[410] *Section* 212(1)b) de la Loi britannique sur le partenariat civil.
[411] *Sections* 212(1)b) et 216 de la Loi britannique sur le partenariat civil ; voir aussi Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, Volume 2, 14e édition, 2006, p. 863, 864, note 17-218.
[412] Art. 58 du DIP belge : « *Au sens de la présente Loi, les termes « relation de vie commune » visent une situation de vie commune donnant lieu à enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage. ».*
[413] Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?,* voir *supra* note 22, p. 335.
[414] Voir, par exemple, pour l'Allemagne Peter Mankowski, *supra* note 409, art. 13 EGBGB, notes 176 et s. ; pour la Suède Michael Bogdan, « Some Reflections on the Treatment of Dutch Same-Sex Marriages in European and Private International Law », dans Talila Einhorn et Kurt Siehr (éd.), *Intercontinental Cooperation through Private International Law*, *Essays in Memory of Peter E. Nygh,* Institut T.M.C. Asser, p. 25, 28.
[415] Art. 45(3) du DIP suisse.
[416] Voir *Schedule 20* de la Loi britannique sur le partenariat civil.
[417] Voir Dicey, Morris & Collins, *supra* note 411, p. 822, note 17-088.
[418] High Court [2006] EWHC 2022 (Fam). La demande d'un couple de femmes, qui s'étaient mariées en Colombie britannique (Canada), de voir leur relation reconnue non comme un partenariat civil mais comme un mariage a été rejetée.

182. Pour enregistrer un partenariat en Slovénie[419] et en République tchèque[420] par exemple, l'un des partenaires doit avoir respectivement la nationalité slovène ou tchèque. Cette obligation est pourtant assez rare. Plusieurs systèmes juridiques autorisent deux non-ressortissants à enregistrer leur partenariat bien que la plupart leur imposent des obligations plus strictes au regard de la « résidence ».

183. Les systèmes nordiques[421] ouvrent l'enregistrement des partenariats aux couples lorsque (1) l'un des partenaires est ressortissant du système considéré et réside dans le pays ou (2) les deux partenaires résident (habituellement) dans le pays depuis un certain temps[422] dans la période qui a immédiatement précédé l'enregistrement.

184. Il est intéressant de noter qu'en ce qui concerne les conditions applicables à l'enregistrement, les pays nordiques traitent les ressortissants de certains États comme leurs propres ressortissants si ces États ont promulgué une loi sur les partenariats enregistrés qui produit de manière générale les mêmes effets que leur droit interne[423]. Étant donné la similitude entre les lois des pays nordiques sur le partenariat enregistré, il va presque de soi que ces pays considèrent mutuellement que leurs législations sur le partenariat enregistré remplit cette obligation. Ils traitent donc leurs ressortissants mutuels comme les leurs en matière d'enregistrement. La Suède[424] accorde aussi ce privilège aux citoyens néerlandais ; la Finlande[425] aux citoyens néerlandais et allemands.

185. Pour enregistrer un partenariat en Andorre, l'un des deux partenaires au moins doit avoir la nationalité andorrane ou avoir sa résidence principale et permanente dans la principauté d'Andorre[426].

186. Les Pays-Bas imposent, comme dans les affaires matrimoniales, une condition de résidence aux partenaires étrangers, sans toutefois en préciser la durée minimale, mais cette obligation est levée si l'un des partenaires est ressortissant néerlandais[427]. Un couple qui réside à l'étranger, dont un des partenaires est de nationalité néerlandaise, peut enregistrer son partenariat néerlandais aux Pays-Bas ou à l'étranger[428].

187. Les lois des communautés autonomes espagnoles exigent un lien entre l'un des partenaires et la communauté autonome, soit la résidence, soit un autre lien tel que la *vecindad civil* (la citoyenneté régionale) ou l'*empadronammiento* (résidence inscrite à la mairie). Au Pays basque et aux Îles Baléares par exemple, l'un des partenaires doit avoir la citoyenneté régionale de la communauté autonome dans laquelle l'union permanente doit être formée[429]. En Estrémadure, à Madrid et à Valence, l'un des partenaires doit être résident de la communauté autonome[430].

---

[419] Art. 3(2) de la Loi slovène sur le partenariat enregistré.
[420] § 5 de la Loi tchèque sur le partenariat enregistré ; voir aussi Milana Hrušáková, *supra* note 167, p. 1337-1339.
[421] Voir, par exemple, § 10 de la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré; § 2(2) No.2 de la Loi danoise sur le partenariat enregistré ; art. 2b) de la Loi islandaise sur le partenariat enregistré ; chapitre 1, § 2 de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré ; § 2(3)(1) de la Loi norvégienne sur le partenariat enregistré.
[422] Tous les pays nordiques exigent une durée minimale de deux ans ; voir les dispositions applicables à la note 421.
[423] Voir § 2(2) de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré ; § 10(2) de la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré ; § 2(3) de la Loi danoise sur le partenariat enregistré ; § 2 (2) de la Loi islandaise sur le partenariat enregistré (dans la version de 2000 qui ne comprend pas encore la Finlande) ; § 2 (2) de la Loi norvégienne sur le partenariat enregistré (dans la version de 2002 qui ne comprend pas encore la Finlande).
[424] Voir § 2(2) de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré.
[425] § 10(2) de la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré rapproché d'un Règlement sur le partenariat enregistré (dernière version en vigueur depuis le 1er mai 2005).
[426] Art. 1 de la Loi andorrane sur le partenariat enregistré.
[427] Jusqu'en 2001, l'art. 80a Livre premier du Code civil néerlandais disposait qu'un partenariat aux Pays-Bas ne pouvait être enregistré que si au moins un des partenaires était un ressortissant néerlandais et l'autre, s'il n'avait pas la nationalité néerlandaise, avait un titre de séjour ; voir Katharina Boele-Woelki / Wendy Schrama, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im niederländischen Recht*, *supra* note 9, p. 316.
[428] Voir Livre premier, art. 80a(4) du Code civil néerlandais.
[429] Art. 2(2) de la Loi des Îles Baléares (Espagne) sur le partenariat ; art. 2(2) de la Loi basque (Espagne) sur le partenariat.
[430] Voir art. 1(3) de la Loi valencienne (Espagne) sur le partenariat ; art. 2(4) de la Loi de l'Estrémadure (Espagne) sur le partenariat ; art. 1(2) de la Loi madrilène (Espagne) sur le partenariat.

188. La Ville autonome de Buenos Aires (Argentine) exige l'inscription d'une résidence sur son territoire au moins deux ans avant l'enregistrement[431].

189. Pour l'enregistrement d'un partenariat en Angleterre et au Pays de Galles, une durée minimale de résidence de sept jours immédiatement avant la notification à l'autorité chargée de l'enregistrement est requise[432], comme pour un mariage civil. Cependant, il n'y a pas d'équivalent pour l'Écosse et l'Irlande du Nord, où un partenariat peut être enregistré sans obligation de résidence[433]. Ces conditions, tant pour l'Angleterre et le Pays de Galles que pour l'Écosse et l'Irlande du Nord, sont conformes aux obligations des législations nationales respectives en matière de mariage. Le Royaume-Uni autorise aussi l'enregistrement d'un partenariat civil britannique aux consulats britanniques sous réserve qu'un des partenaires au moins soit de nationalité britannique[434].

190. En France, la résidence détermine la compétence *ratione loci* du greffe ou de l'agent diplomatique ou consulaire compétent pour enregistrer le PACS. Les partenaires effectuent une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance de leur résidence commune. Deux personnes qui résident à l'étranger peuvent également enregistrer une déclaration de PACS auprès d'un agent diplomatique ou consulaire, sous réserve que l'un d'eux soit ressortissant français[435]. Au Luxembourg, la déclaration est effectuée devant l'officier de l'état civil de la commune du lieu de domicile ou de résidence commun des partenaires[436]. La Belgique, comme le Luxembourg, impose aussi une condition de résidence, mais indirectement seulement, en disposant que la déclaration de cohabitation légale doit être faite devant l'officier de l'état civil du domicile commun[437]. La Suisse, pour sa part, exige que la demande d'enregistrement soit présentée à l'office de l'état civil du domicile d'un des partenaires[438].

191. Contrairement à la majorité des systèmes prévoyant des partenariats enregistrés, l'Allemagne ne pose aucune condition de résidence ou de nationalité aux partenaires. Aucun lien avec l'Allemagne n'est exigé, de sorte qu'une présence temporaire est suffisante pour permettre l'enregistrement d'un partenariat[439].

192. Pour résumer les conditions applicables à la compétence pour enregistrer un partenariat, peu d'États imposent un critère strict de nationalité, la Slovénie et la République tchèque constituant les exceptions. D'autres systèmes utilisent la nationalité comme un critère de substitution à la résidence. En ce qui concerne la nationalité, le modèle nordique prévoit une règle particulière en vertu de laquelle les États traitent les ressortissants d'un État ayant une législation équivalente au regard du partenariat enregistré comme leurs propres ressortissants. Plusieurs États imposent qu'un des partenaires au moins réside ou réside habituellement dans l'État de l'enregistrement depuis un certain temps immédiatement avant l'enregistrement. Enfin, le modèle allemand n'impose aucune condition de résidence ou de nationalité.

B – Loi applicable

193. L'analyse ci-après des règles de droit international privé relatives aux partenariats enregistrés s'attachera d'abord à la loi applicable à leur formation, puis à leurs effets et enfin à leur dissolution.

---

[431] Art. 1c) de la Loi de la Ville autonome de Buenos Aires (Argentine) sur l'union civile.
[432] Section 8(1)b) de la Loi britannique sur le partenariat civil.
[433] Il en est de même pour le mariage : en Écosse et en Irlande du Nord, aucune condition n'est exigée des parties qui souhaitent se marier, voir Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 215.
[434] Les autres conditions sont que les autorités du lieu d'enregistrement ne s'y opposent pas et que les services accessibles aux partenaires pour contracter un partenariat enregistré dans ce pays ou territoire soient insuffisants, voir *section* 210 de la Loi britannique sur le partenariat civil. La Loi britannique sur le partenariat civil comprend aussi une disposition spéciale relative à l'enregistrement par le personnel des forces armées.
[435] Art. 515-3 du Code civil français.
[436] Art. 3(1) de la Loi luxembourgeoise sur le partenariat enregistré.
[437] Art. 1476 du Code civil belge.
[438] Art. 5(1) de la Loi suisse sur le partenariat enregistré.
[439] Art. 17b)(1) du DIP allemand ; voir Peter Mankowski, *supra* note 409, art. 17b) EGBGB, note 3.

194. Dans cette partie, le terme « partenariat enregistré » sera employé sans nécessairement indiquer le type de partenariat enregistré envisagé par la règle de conflit applicable. Il faut donc garder à l'esprit que dans la plupart des États et territoires, les règles de conflit concernent les partenariats enregistrés qui correspondent à la conception nationale du partenariat enregistré.

1. Loi applicable à la validité quant au fond et à la forme des partenariats enregistrés

195. Comme il a été dit plus haut, les systèmes juridiques qui ont instauré des règles de conflit de lois relatives aux partenariats enregistrés ont suivi différentes approches. Certains appliquent *mutatis mutandis* aux partenariats tout ou partie des règles de conflit de lois relatives au mariage, tandis que d'autres ont adopté des règles de conflit expressément conçues pour les partenariats enregistrés. Les solutions de droit international privé adoptées par les systèmes juridiques qui utilisent les règles de conflit relatives au mariage, soit en les appliquant *mutatis mutandis,* soit en les reprenant dans les règles de conflit relatives au partenariat enregistré, peuvent évidemment différer puisque les règles applicables au mariage ne revêtent aucune uniformité.

a) Loi applicable aux conditions de forme des partenariats enregistrés

196. En ce qui concerne les conditions de forme du mariage, la loi de l'État de la célébration (*lex loci celebrationis*) est très largement reconnue et acceptée comme étant la loi applicable, ou au moins une des lois applicables (voir plus haut, quatrième partie, B, 1). Les systèmes juridiques qui appliquent *mutatis mutandis* aux partenariats enregistrés les règles de conflit relatives au mariage appliquent probablement la *lex loci celebrationis* aux conditions formelles des partenariats enregistrés.

197. C'est le cas par exemple en Suisse, où les conditions de forme applicables à un mariage célébré en Suisse et aux partenariats enregistrés en Suisse sont régies par la loi suisse. De même en République tchèque, la *lex loci celebrationis,* qui s'applique aux conditions de forme du mariage, régit les conditions de forme d'un partenariat enregistré[440].

198. Aux termes de la Loi danoise sur le partenariat enregistré, l'ensemble de la législation danoise relative aux mariages doit être appliqué *mutatis mutandis* aux partenariats enregistrés[441]. La Loi danoise exclut expressément de l'application *mutatis mutandis* les dispositions émanant de traités internationaux ratifiés par le Danemark à moins que les autres États parties n'acceptent une telle application[442]. Par conséquent, les termes « mariage » ou « époux » employés dans un traité international doivent être entendus littéralement. Un autre problème se pose en ce qui concerne l'application aux partenariats enregistrés des règles de choix de lois relatives au mariage non basées sur un traité, puisqu'au Danemark ces règles sont dans une large mesure jurisprudentielles et la Loi danoise sur le partenariat enregistré ne fait référence qu'à la Loi codifiée sur le mariage. Il a cependant été indiqué que comme pour la formation des mariages, la validité formelle d'un partenariat enregistré au Danemark est déterminée par la Loi danoise, qui est la Loi de son enregistrement[443].

199. La situation est comparable en Norvège. La Loi norvégienne sur le partenariat enregistré prévoit une application *mutatis mutandis* de la législation norvégienne traitant du mariage et des époux, mais les règles de choix de loi en matière matrimoniale sont

---

[440] Voir § 20 du DIP tchèque, Sb, No 97/1963, tel que modifié en dernier lieu le 31 mai 2006. En République tchèque, les règles de droit international privé concernant les mariages s'appliquent *mutatis mutandis* aux partenariats enregistrés. Cependant, il n'en est pas expressément fait mention dans la Loi tchèque sur le partenariat enregistré car cela a été jugé superflu, compte tenu de la grande égalité de traitement du partenariat enregistré et du mariage en droit tchèque ; voir Petr Bohata, *supra* note 167, p. 40.

[441] § 3(2) de la Loi danoise sur le partenariat enregistré.

[442] Voir Maarit Jänterä-Jareborg, « Registered Partnership in Private International Law: The Scandinavian Approach », dans Katharina Boele-Woelki et Angelika Fuchs (éd.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2003, p. 139 ; voir § 4(4) de la Loi danoise sur le partenariat enregistré.

[443] Voir Maarit Jänterä-Jareborg, *supra* note 442, p. 140.

jurisprudentielles et ne sont donc pas visées par la référence expresse[444]. Le bien-fondé de l'application des règles jurisprudentielles de choix de loi relatives au mariage est très controversé et la question n'est pas encore tranchée[445]. Il a cependant été indiqué que la Loi norvégienne est appliquée à la validité formelle d'un partenariat enregistré en Norvège[446].

200. La situation en Islande est comparable à celle du Danemark et de la Norvège[447].

201. En Suède, où le droit international privé relatif au mariage et aux époux est en grande partie codifié[448], la Loi sur le partenariat enregistré rend applicables certaines dispositions relatives aux conflits de lois en matière matrimoniale[449]. En est expressément exclue l'application des dispositions basées sur la Convention de 1931 entre les pays nordiques, qui règle certains aspects de droit international relatifs au mariage, à l'adoption et à la garde[450]. Les règles de conflit applicables au mariage non basées sur le traité gouvernent la validité formelle d'un partenariat enregistré en Suède[451].

202. D'autres systèmes juridiques ont créé, pour les partenariats enregistrés, des règles de conflit qui ne renvoient pas aux règles applicables au mariage, mais en fait, certaines d'entre elles sont en grande partie basées sur les règles applicables au mariage[452].

203. En Finlande par exemple, où les règles de choix de loi sont insérées dans la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré, le droit à l'enregistrement devant une autorité finlandaise est régi par la Loi finlandaise[453]. Cette règle ressemble à la règle de choix de lois relative à la formation des mariages en Finlande[454].

204. Les Pays-Bas emploient une formulation presque identique à celle des règles de conflit relatives à la formation des mariages[455]. Selon cette règle, la validité formelle d'un partenariat enregistré aux Pays-Bas est gouvernée par le droit interne néerlandais. Si les partenaires ne sont ni l'un ni l'autre ressortissants néerlandais, ils peuvent conclure leur partenariat devant une représentation diplomatique ou le consulat d'un autre État aux Pays-Bas conformément à la Loi de cet autre État[456], donc la *lex loci registrationis*. Cette exception est identique pour les mariages.

205. Au Québec (Canada), la *lex loci celebrationis* est la loi applicable aux conditions formelles d'un partenariat enregistré, comme pour le mariage[457].

---

[444] § 3(2) Loi norvégienne sur le partenariat enregistré ; voir aussi Maarit Jänterä-Jareborg, *supra* note 442, p. 141.
[445] Maarit Jänterä-Jareborg, *supra* note 442, p. 141, 142.
[446] *Ibid.*, p. 141, 142.
[447] *Ibid.*, p. 146, 147.
[448] *Ibid.*, p. 143.
[449] Chapitre 1, § 9(3) de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré.
[450] Chapitre 3, § 4 de la Loi suédoise sur le partenariat enregistré. Le fait qu'un seul traité international soit expressément mentionné dans la Loi suédoise sur le partenariat enregistré a conduit certains auteurs à se demander si cela signifie, *a contrario*, que les autres dispositions relatives au mariage ou aux époux basées sur les traités sont applicables ; voir Maarit Jänterä-Jareborg, *supra* note 442, p. 145, 146.
[451] Chapitre 1, § 9(3) Loi suédoise sur le partenariat enregistré, rapproché du chapitre 1, § 4 de la Loi suédoise sur certaines relations légales internationales relatives au mariage et à la garde, *Lag (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap* telle que modifiée en dernier lieu par le *Lag (2005:431)*.
[452] Voir par exemple les Pays-Bas. Les Pays-Bas ont promulgué une loi sur le conflit de lois en matière de partenariat enregistré en 2004 : *Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap*, 6.7.2004 (ci-après Loi sur le DIP néerlandais (partenariat enregistré)).
[453] § 11 de la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré.
[454] Voir § 114 de la Loi finlandaise sur le mariage, aux termes de laquelle « [une] cérémonie de mariage devant une autorité finlandaise en Finlande ou dans un État étranger sera conduite conformément aux conditions de forme prévues par les lois de la Finlande. ».
[455] Voir, pour le partenariat enregistré, l'art. 1(3) du DIP néerlandais sur le partenariat enregistré et pour le mariage, art. 4 du *Wet conflictenrecht huwelijk*, 7.9.1989 (Droit international privé pour la conclusion des mariages).
[456] Art. 2(1) du DIP néerlandais sur le partenariat enregistré.
[457] Art. 3090.1(1) du Code civil québécois pour les unions civiles; art. 3088(2) du Code civil québécois pour le mariage.

206. Cependant, certains systèmes juridiques[458] ont introduit des règles de conflit conçues spécialement pour les partenariats enregistrés, qui s'écartent délibérément des principes régissant le mariage.

207. L'Allemagne en est un exemple. la *lex loci registrationis* est la loi applicable à la formation, aux effets et à la dissolution du partenariat enregistré[459]. Puisque dans la grande majorité des cas, un partenariat est enregistré sur le lieu de sa conclusion, l'application de la *lex loci registrationis* aux conditions de forme conduira en pratique à l'application de la *lex loci celebrationis*. Cependant, certains systèmes juridiques tels la France[460] et le Royaume-Uni[461] offrent la possibilité de conclure un partenariat enregistré à l'étranger. Dans ce cas, la *lex loci registrationis* et la *lex loci celebrationis* conduisent à l'application de lois différentes, ce qui peut être déterminant, puisque il est possible que le partenariat enregistré ne soit formellement valide qu'en vertu d'une de ces lois.

208. Le Royaume-Uni a lui aussi décidé de soumettre la validité formelle d'un partenariat enregistré à la *lex loci registrationis*[462]. Mais le système britannique se distingue très sensiblement du système allemand en ce que cette soumission comprend les règles de droit international privé de l'État d'enregistrement alors que la soumission en droit allemand conduit directement au droit interne de ce système juridique[463]. La première approche est également adoptée par le droit néerlandais, de sorte que la référence à la *lex loci registrationis* (voir plus haut) comprend l'application des règles de droit international privé de l'État considéré[464].

209. La solution consistant à appliquer la *lex loci registrationis* aux partenariats enregistrés a également suscité beaucoup d'intérêt parmi les auteurs. Étant donné qu'en matière de formation des partenariats enregistrés, les différences les plus marquées entre les systèmes juridiques portent sur les conditions de fond et que sur ce point, les différences les plus marquées concernent les règles de conflit utilisées ou suggérées, comme on le verra plus loin, l'approche de la *lex loci registrationis* sera examinée plus en détail ci-après.

b) Loi applicable aux conditions de fond

210. Les règles de conflit relatives à la validité quant au fond d'un partenariat enregistré sont plus diversifiées que celles qui s'appliquent aux conditions de forme.

211. En matière de règles de confit, on peut là encore distinguer les États et territoires qui copient les règles de conflit relatives au mariage ou prévoient leur application *mutatis mutandis*, et ceux qui établissent des règles de conflit différentes de celles qui s'appliquent au mariage. Notons là encore que l'application de règles de conflit relatives au mariage peut bien entendu aboutir à des solutions différentes car le droit international privé en matière matrimoniale varie d'un État à l'autre.

212. Dans les règles de conflit relatives aux exigences de fond d'un mariage, de nombreux États utilisent traditionnellement les critères de rattachement de la nationalité ou du domicile, le premier étant davantage utilisé par les États de droit civil tandis que le second est traditionnellement utilisé dans les États de *common law*. En Allemagne[465], en Belgique[466] et en République tchèque[467] par exemple, les exigences de forme d'un

---

[458] Par exemple l'Allemagne, qui a choisi la *lex loci registrationis* pour régir la formation, les effets et la dissolution d'un partenariat enregistré tandis que pour le mariage, le lien de la nationalité joue un rôle important.
[459] La référence vise explicitement le droit interne étranger à l'exception des règles étrangères de conflit de lois.
[460] Voir art. 515-3 du Code civil français ; un des partenaires au moins doit être de nationalité française.
[461] Voir art. 210 Loi britannique sur le partenariat civil ; au moins un des partenaires doit être ressortissant du Royaume-Uni.
[462] *Section* 215(1)b) rapprochée de la *section* 212(2) de la Loi britannique sur le partenariat civil.
[463] Voir *section* 212(2) de la Loi britannique sur le partenariat civil ; art. 17b)(1) du DIP allemand.
[464] Art. 2(2) du DIP néerlandais sur le partenariat enregistré.
[465] Art. 13(1) du DIP allemand, concernant les exceptions possibles voir art. 13(2) du DIP allemand.
[466] Art. 46 du DIP belge. Une exception à ce principe est prévue en ce qui concerne les mariages de personnes de même sexe.
[467] § 19 du DIP tchèque.

mariage sont examinées à la lumière de la loi de la nationalité de chacune des parties. L'Angleterre[468] et le Québec (Canada)[469] utilisent le critère du domicile.

213. Il peut être difficile de transposer ces critères de rattachement au partenariat enregistré car contrairement à l'institution du mariage, les partenariats enregistrés sont encore inconnus dans la majorité des États[470] et, d'autre part, leurs règles d'établissement diffèrent beaucoup plus d'un système juridique à l'autre que celles qui s'appliquent à la formation des mariages.

214. Plusieurs auteurs ont exposé leurs préoccupations relatives à l'utilisation des critères traditionnels de la nationalité et du domicile pour déterminer les conditions de fond relatives à un partenariat enregistré[471]. La nationalité et le domicile ont été jugés trop restrictifs car ils n'autorisent l'enregistrement d'un partenariat que lorsque les États de la nationalité et du domicile des deux partenaires connaissent le concept juridique du partenariat enregistré et autorisent un partenariat enregistré avec une personne telle que le partenaire envisagé.

215. Il a été suggéré que la *lex loci celebrationis* ou la *lex loci registrationis* devrait régir les exigences de fond d'un partenariat enregistré afin d'autoriser davantage de couples à enregistrer leur relation. En s'écartant des liens de la nationalité et du domicile, on court le risque de créer des relations « boiteuses »[472], c'est-à-dire des relations qui sont valides dans l'État de la célébration ou de l'enregistrement mais ne le sont pas dans le système juridique avec lequel les partenaires sont étroitement liés par la nationalité ou le domicile.

216. Cependant, plusieurs États et territoires[473] utilisent la *lex loci celebrationis* pour déterminer les exigences de fond relatives à un partenariat enregistré. Certains le font en association avec le lien de la nationalité. C'est l'approche également préconisée par la Convention Mariage de 1978 qui pose pour règle générale que le mariage doit être célébré lorsque les conditions de fond prévues par la loi interne de l'État de la célébration sont remplies, dans la mesure où l'un des époux a la nationalité de cet État ou y réside habituellement (art. 3(1)).

217. La Suisse fait partie des États et territoires qui appliquent principalement la *lex loci celebrationis* aux conditions de fond relatives au mariage. Cette règle est appliquée *mutatis mutandis* aux partenariats enregistrés[474].

218. La majorité des systèmes juridiques qui ont légiféré sur le partenariat enregistré semblent suivre l'approche de la *lex loci celebrationis* ou de la *lex loci registrationis* et ce faisant, la plupart d'entre eux s'écartent de l'approche qu'ils retiennent en matière matrimoniale.

---

[468] Voir notamment Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, *supra* note 411, p. 810, 830, notes 17R-054 et 17R-118.

[469] Le Québec étant un exemple d'un système mixte utilisant l'approche du domicile ; voir art. 3088(1) du Code civil québécois, qui dispose que le mariage est régi quant à ses conditions de fond par la loi applicable à l'état de chacun des futurs époux, qui est, au Québec, en vertu de l'art. 3083 du Code civil québécois, la loi de son domicile. Toutefois, la validité formelle d'un mariage est régie par la loi du lieu de sa célébration ou par la loi de l'État du domicile ou de la nationalité d'un des époux, voir art. 3088(2) du Code civil québécois.

[470] Aujourd'hui une trentaine de systèmes juridiques ont légiféré sur le partenariat enregistré tel que défini pour les besoins de cette note.

[471] Voir notamment Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 389 ; Guillaume Kessler, « Les partenariats enregistrés en droit international privé », *Bibliothèque de droit privé,* Tome 431, 2004, p. 107 et s. ; Alain Devers, « Le concubinage en droit international privé », *Bibliothèque de droit privé*, Tome 416, L.G.D.J., 2004, p. 167 ; Hugues Fulchiron, « Pacs et partenariats enregistrés en DIP français », *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe, Actes de la XVIe Journée de droit international privé du 5 mars 2004*, Lausanne, organisée conjointement par l'Institut suisse de droit comparé et le Centre de droit comparé, de droit européen et de législation étrangère de l'Université de Lausanne, 2004, p. 99.

[472] Voir notamment Peter Mankowski, *supra* note 409, art. 17b) EGBGB, note 2.

[473] Par exemple la Suisse, voir art. 44(1) du DIP suisse qui désigne la loi suisse pour gouverner les conditions de fond d'un mariage en Suisse. Une exception est faite pour les époux étrangers dont le mariage est impossible en droit suisse, mais qui l'est dans le droit de l'État d'un des époux, art. 44(2) du DIP suisse.

[474] Voir art. 65a) du DIP suisse, rapproché de l'art. 44(1).

219. Le Québec (Canada)[475] est l'un des systèmes juridiques qui utilisent la *lex loci celebrationis* pour déterminer la validité des partenariats enregistrés quant au fond. L'approche de la *lex loci registrationis* au regard des conditions de fond, sans considération des autres critères de rattachement tels le domicile ou la résidence ou bien la nationalité, est utilisée notamment par l'Allemagne[476] et le Danemark[477].

2. Loi applicable aux effets des partenariats enregistrés

220. Les systèmes juridiques qui ont légiféré sur les aspects de droit international privé des partenariats enregistrés se rejoignent sur le fait que les effets d'un partenariat enregistré ne peuvent pas tous être traités conformément à la même règle de conflit ; les effets d'un partenariat se divisent entre les effets généraux, ceux qui touchent aux successions, aux enfants, etc. Cette différenciation correspond à l'approche traditionnelle relative aux effets du mariage. Les règles de conflit créées pour le partenariat enregistré ne concernent pour l'essentiel que certains de ses effets généraux, par exemple son effet sur les droits et devoirs réciproques des partenaires et sur les droits patrimoniaux. En ce qui concerne les enfants et les successions, les effets du partenariat doivent être traités conformément à la règle de conflit de lois pertinente en la matière[478].

221. La comparaison qui suit porte sur les règles de conflit spécifiquement créées pour les partenariats enregistrés, qui concernent certains de leurs effets généraux.

222. Parmi les systèmes juridiques qui ont légiféré sur les partenariats enregistrés, on observe là encore des approches différentes. Certains systèmes juridiques utilisent le lien de la nationalité, de la résidence (commune) ou du domicile, d'autres appliquent la *lex loci registrationis*.

223. La Suisse est un exemple de systèmes juridiques qui utilisent le lien de la résidence ou de la nationalité. Comme il a été dit plus haut, la Suisse prévoit l'application générale *mutatis mutandis* des règles de conflit applicables au mariage, qui couvrent aussi les effets des partenariats enregistrés. En vertu de ces règles de conflit, les effets généraux du partenariat sont régis par la loi de la résidence commune des partenaires ou, lorsqu'ils ne résident pas dans le même État, par la loi de l'État de résidence qui a le lien le plus étroit[479]. Pour le régime des biens, les parties peuvent choisir pour loi applicable la loi de l'État de leur (future) résidence commune, celle du pays de l'un des partenaires ou – disposition expressément ajoutée pour les partenariats enregistrés – la *lex loci registrationis*[480]. Les parties peuvent revenir sur leur choix de loi. Sous réserve de toute disposition expresse contraire, le changement de la loi choisie aura un effet rétroactif. Si aucune loi n'a été choisie, la loi applicable au régime des biens est déterminée par une « règle en cascade » qui utilise le lien de la résidence ou de la nationalité[481].

224. En droit suisse, il est donc possible qu'un conflit entre les parties concernant l'effet de leur partenariat, quoique enregistré en Suisse, doive être résolu sur le fondement d'une loi étrangère.

225. Au Québec (Canada), les effets généraux du partenariat enregistré sont régis par la *lex loci celebrationis*[482], ce qui diffère de la règle de conflit sur les effets du mariage. La Loi québécoise contient une autre règle de conflit relative aux effets de la dissolution du partenariat : ils sont régis par la loi applicable à la dissolution, qui peut être, soit la *lex loci celebrationis,* soit la loi de l'État du domicile des partenaires[483].

---

[475] Art. 3090.1(1) du Code civil québécois ; la validité formelle est gouvernée par la loi de l'État de célébration.
[476] Art. 17 b) du DIP allemand ; voir notamment Karl August von Sachsen Gessaphe, « Le partenariat enregistré en droit international privé allemand : Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe », *Actes de la XVI*e *Journée de droit international privé* du 5 mars 2004 à Lausanne, Publications de l'Institut de droit comparé, p. 9 et s., en particulier p.15.
[477] Voir *supra*.
[478] Voir notamment Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 488 et s.
[479] Voir art. 65c), à rapprocher de l'art. 48 du DIP suisse.
[480] Voir art. 65c), à rapprocher de l art. 52 du DIP suisse.
[481] Voir art. 65c), à rapprocher de l'art. 54 du DIP suisse.
[482] Art. 3090.1(2) du Code civil québécois sur l'union civile, art. 3089 du Code civil québécois sur le mariage.
[483] Art. 3090.2 du Code civil québécois concernant la loi applicable à la dissolution examinée en détail *infra*, en particulier dans l'hypothèse où les parties sont domiciliées dans des États différents.

226. L'Allemagne, la Belgique et les Pays-Bas, entre autres, emploient la *lex loci registrationis* au regard des effets du partenariat enregistré. Le droit international privé belge dispose que la *lex loci registrationis* est la loi applicable aux partenariats enregistrés, y compris à leurs effets sur les biens[484].

227. En Allemagne, les effets généraux d'un partenariat enregistré et ses effets sur les biens du partenariat sont régis par la *lex loci registrationis*[485]*.* Cette soumission est une soumission directe au droit interne de l'État d'enregistrement. L'accent sur la *lex loci registrationis* est très fort en droit allemand. Et même si les effets du partenariat enregistré au regard des aliments et des successions sont soumis à une autre règle de conflit, comme c'est le cas dans d'autres États et territoires, la loi allemande fait intervenir la *lex loci registrationis* comme un filet de sécurité. En effet, lorsque la loi applicable n'accorde aucun droit à des aliments ou à une succession, ces aspects doivent être régis par la *lex loci registrationis*[486]*.* Une autre particularité intéressante du droit allemand est qu'un partenariat enregistré étranger n'a pas d'effets plus étendus que ceux d'un partenariat enregistré allemand. Cette clause restrictive est le résultat d'un compromis politique destiné à empêcher que les partenaires d'un partenariat enregistré étranger aient plus de droits que les partenaires d'un partenariat enregistré allemand[487]. On craignait en effet dans le cas contraire qu'un partenariat étranger n'ait des conséquences juridiques égales à celle du mariage, ce qui était jugé constitutionnellement problématique compte tenu de la protection particulière que la constitution allemande accorde au « mariage ».

228. On notera avec intérêt que certains des États qui utilisent l'approche de la *lex loci registrationis* ont prévu l'hypothèse du partenariat enregistré dans plusieurs États. Ce problème peut en effet se poser dans la pratique, puisque dans de nombreux États, l'obligation d'exclusivité, examinée plus haut, interdit l'enregistrement d'un partenariat lorsqu'un des partenaires a enregistré un autre partenariat avec un tiers, mais pas lorsque les partenaires ont déjà enregistré leur partenariat dans un autre État. De nombreux partenaires enregistrés, principalement mus par des préoccupations relatives à la reconnaissance de leur partenariat, ont déjà usé de la possibilité de réenregistrer leur partenariat dans un autre État lorsqu'ils s'y sont installés. Il peut donc devenir nécessaire de préciser quel enregistrement est pertinent. La Belgique[488] a choisi de faire référence au premier enregistrement, tandis que l'Allemagne[489] a décidé de laisser la loi de l'État qui a enregistré le partenariat le plus récent régir les effets du partenariat.

229. Il existe cependant une autre approche, qui n'a pas été examinée jusqu'ici. Certains systèmes juridiques appliquent leur propre loi aux effets d'un partenariat enregistré étranger reconnu dans leur système. Cette approche, dite *lex fori,* a trouvé un certain soutien dans les États de *common law*, ce qui n'est pas surprenant puisqu'ils y sont traditionnellement favorables dans de nombreux domaines du droit de la famille[490]. Cette approche est utilisée par exemple au Royaume-Uni, où un partenariat enregistré étranger peut être reconnu comme un partenariat civil et génère alors exactement les mêmes effets qu'un partenariat enregistré au Royaume-Uni[491]. En Californie (États-Unis) aussi, la loi dispose qu'un partenariat valablement formé dans un autre État et équivalent sur le fond à celui d'un partenariat californien sera reconnu comme tel[492].

---

[484] Art. 60 du DIP belge.
[485] Art. 17b)(1) du DIP allemand.
[486] Art. 17b)(1) du DIP allemand.
[487] Voir Peter Mankowski, *supra* note 409, art. 17b) de l'EGBGB, notes 83, 84.
[488] Art. 60(1) du DIP belge.
[489] Art. 17b)(3) du DIP allemand.
[490] Voir, Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 511 et s.
[491] *Sections* 212 et s. de la Loi britannique sur le partenariat civil.
[492] Voir *section* 299.2 du *Family Code* californien (États-Unis).

3. Loi applicable à la dissolution des partenariats enregistrés

230. Aux Pays-Bas, la dissolution d'un partenariat enregistré est régie par la *lex fori*. Il ne peut être dérogé à la règle que pour les partenariats enregistrés conclus à l'étranger[493]. Dans ce cas, les parties peuvent – à certaines conditions – choisir pour loi régissant la dissolution la loi du lieu où le partenariat enregistré a été formé[494]. Toutefois, la loi choisie ne régit que les conditions de fond de la dissolution ; la forme et les modalités sont gouvernées par la loi néerlandaise[495].

231. En Suisse, la dissolution d'un partenariat enregistré est régie par la *lex fori*[496]. Cependant, si les partenaires ont une même nationalité étrangère et si un seul d'entre eux réside en Suisse, la loi applicable est celle de la nationalité commune[497], sous réserve qu'elle contienne des dispositions sur les partenariats enregistrés[498].

232. En Allemagne[499] et en Belgique[500], la dissolution du partenariat enregistré est régie par la *lex loci registrationis*.

233. Au Québec (Canada), la dissolution d'un partenariat enregistré est régie par la loi du domicile des partenaires ou par la *lex loci celebrationis*[501]. Lorsque les parties ne sont pas domiciliées dans le même État, la loi applicable est celle de leur lieu de résidence commun ou, à défaut, la loi de leur dernier lieu de résidence commun[502]. En l'absence d'un dernier lieu de résidence commun, la loi applicable peut être aussi la loi du tribunal saisi de la demande de dissolution (*lex fori*)[503].

C – Reconnaissance du partenariat enregistré

234. Les paragraphes qui suivent examinent la reconnaissance des partenariats enregistrés étrangers, les effets de la reconnaissance et les enregistrements multiples. Ils présentent aussi un bref aperçu de la *Convention sur la reconnaissance des partenariats enregistrés* (ci-après Convention de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) sur la reconnaissance des partenariats enregistrés), qui a été adoptée par l'Assemblée générale de la CIEC en mars 2007. Pour entrer en vigueur, la Convention doit être ratifiée, acceptée ou approuvée par au moins deux États[504]. Elle a été adoptée le 22 mars 2007 par les États membres de la CIEC et a été ouverte à la signature en septembre 2007[505].

1. Reconnaissance d'un partenariat enregistré étranger

235. Comme on l'a vu plus haut, les partenariats enregistrés, sans être aussi fréquents, tant s'en faut, que le mariage ou d'autres formes de cohabitation hors mariage, sont désormais connus dans une trentaine d'États et territoires[506], dont certains reconnaissent déjà les partenariats enregistrés à l'étranger, tout au moins ceux dont les caractéristiques sont similaires à celles de leur propre partenariat enregistré. La reconnaissance d'un partenariat enregistré étranger est importante à plusieurs titres : elle offre une certitude et une stabilité juridiques aux couples et aux familles fondés sur

---

[493] Art. 23(1) du DIP néerlandais relatif au partenariat enregistré.
[494] Art. 23(2) et (3) du DIP néerlandais relatif au partenariat enregistré ; voir aussi Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?, supra* note 22, p. 457, 458.
[495] Art. 23(4) du DIP néerlandais sur le partenariat civil.
[496] Art. 65a) du DIP suisse à rapprocher de l'art. 61(1) du même texte.
[497] Art. 65a) du DIP suisse à rapprocher de l'art. 61(2) du même texte.
[498] Voir art. 65c (1) du DIP suisse, qui dispose que le droit suisse est applicable lorsque la loi étrangère désignée par les règles de conflit applicables ne contient pas de disposition sur le partenariat enregistré.
[499] Art. 17b)(1) du DIP allemand.
[500] Art. 60 du DIP belge.
[501] Art. 3090.2 du Code civil québécois (Canada).
[502] Art. 3090.3 du Code civil québécois (Canada).
[503] *Ibid.*
[504] Plus précisément, « la […] Convention entrera en vigueur le premier jour du quatrième mois qui suit celui du dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation » ; voir art. 19 de la Convention.
[505] La Convention peut être consultée en français sur le site Internet de la CIEC : < http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm >, consulté en mars 2008.
[506] Voir Ian Curry-Sumner, « Uniform Patterns Regarding Same-Sex Relationships », *supra* note 182, p. 188.

un partenariat enregistré et elle évite les relations « boiteuses » et les situations dans lesquelles un partenaire conclut un deuxième partenariat ou un mariage sans avoir dissous le partenariat précédent.

236. Parmi ceux qui ont légiféré sur les partenariats enregistrés, de nombreux États et territoires prévoient également des règles sur la reconnaissance des partenariats enregistrés étrangers. Ces règles diffèrent cependant très sensiblement d'un système juridique à l'autre.

237. De nombreux États et territoires ont institué des règles de reconnaissance qui reprennent les principes consacrés dans la Convention Mariage de 1978[507]. L'article 9 de cette Convention énonce le principe fondamental suivant : « *Le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'État de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout État contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre.* [...] ». Nombre d'entre eux se réfèrent toutefois à la *lex loci registrationis* pour la validité des partenariats enregistrés plutôt qu'à la *lex loci celebrationis*. À titre d'obstacles à la reconnaissance, certains systèmes juridiques ont institué des critères similaires à ceux qui sont énoncés à l'article 11[508] de la Convention Mariage de 1978. Ainsi, une exception à la reconnaissance est parfois prévue lorsque le principe d'exclusivité n'a pas été respecté, c'est-à-dire lorsqu'un partenariat est enregistré alors qu'un des partenaires, à la date de l'enregistrement, était déjà partie à un partenariat ou à un mariage non dissous. De manière comparable aux dispositions de l'article 11, paragraphe 1, alinéas 2 et 3 de la Convention, une exception à la reconnaissance peut s'appliquer dans certains États lorsqu'un partenariat enregistré, quoique valablement enregistré dans l'État de l'enregistrement, viole les degrés prohibés applicables dans l'État de reconnaissance ou l'âge minimal requis pour conclure un partenariat. Les exceptions prévues à l'article 11, paragraphe 1, alinéas 4 et 5 de la Convention peuvent être également appliquées au regard de la reconnaissance d'un partenariat enregistré et autorisent une objection à la reconnaissance du partenariat enregistré en l'absence de consentement d'un partenaire, soit parce que le partenaire était dans l'incapacité de consentir à la date de l'enregistrement du partenariat, soit parce qu'il ou elle n'a pas consenti librement, en vertu de la loi de l'État de reconnaissance.

238. Les dispositions relatives à la reconnaissance des partenariats enregistrés étrangers introduites par les Pays-Bas s'inspirent largement de la Convention Mariage de 1978. En effet, en parallèle à l'article 9 de la Convention (mais en utilisant la *lex loci registrationis* et non la *lex loci celebrationis*), la loi néerlandaise dispose qu'un partenariat enregistré étranger peut être reconnu s'il a été conclu conformément à la *lex loci registrationis* ou s'il a acquis ultérieurement une validité conformément à cette Loi[509]. S'inspirant de l'article 11 de la Convention Mariage de 1978, la loi néerlandaise énonce certaines conditions minimales[510] : pour être reconnu aux Pays-Bas, un partenariat enregistré doit être fondé sur la cohabitation de deux personnes qui ont une relation personnelle étroite. Il doit être enregistré auprès d'une autorité compétente et respecter la condition d'exclusivité. En outre, le partenariat enregistré doit créer des obligations entre les

---

[507] Voir aussi Guillaume Kessler, *supra* note 471, p. 276.

[508] L'art. 11 de la Convention Mariage de 1978 dispose que :

« *Un État contractant ne peut refuser de reconnaître la validité d'un mariage que si, selon le droit de cet État, un des époux, au moment de ce mariage:*
1. était déjà marié; ou
2. était à un degré de parenté en ligne directe avec l'autre époux ou était son frère ou sa sœur, par le sang ou par adoption; ou
3. n'avait pas atteint l'âge minimum requis pour se marier et n'avait pas obtenu la dispense nécessaire; ou
4. n'était pas mentalement capable de donner son consentement;
ou
5. n'avait pas librement consenti au mariage.
Toutefois, la reconnaissance ne peut être refusée dans le cas prévu au chiffre 1 de l'alinéa précédent si le mariage est devenu ultérieurement valable par suite de la dissolution ou de l'annulation du mariage précédent. »

[509] Art. 2(1) du DIP néerlandais sur le partenariat enregistré. Cette référence comprend les dispositions de droit international privé de l'État de l'enregistrement ; voir art. 2(3) du DIP néerlandais sur le partenariat enregistré.

[510] Art. 2(5) du DIP néerlandais relatif au partenariat enregistré.

parties correspondant à celles qui s'appliquent aux époux[511]. En parallèle à l'article 10 de la Convention Mariage de 1978, qui dispose que « *Lorsqu'un certificat de mariage a été délivré par une autorité compétente, le mariage est présumé être valable jusqu'à preuve du contraire* », les Pays-Bas ont institué une présomption de validité relative aux partenariats enregistrés. Cette présomption existe lorsque l'autorité d'enregistrement émet une déclaration de validité du partenariat enregistré[512].

239. Le principe de l'article 9 de la Convention Mariage de 1978 se retrouve aussi en Finlande, où un partenariat enregistré étranger est reconnu lorsqu'il est valide dans l'État de l'enregistrement[513], bien que là encore, contrairement à la Convention, il soit fait mention de la *lex loci registrationis* et non de la *lex loci celebrationis*. De même en Suisse, un partenariat enregistré étranger est reconnu s'il a été valablement conclu à l'étranger. Cependant, la loi suisse prévoit une autre exception : un partenariat enregistré ne peut être reconnu s'il a été conclu à l'étranger pour contourner la loi suisse lorsque les deux partenaires sont domiciliés en Suisse ou que l'un d'eux a la nationalité suisse[514].

240. Aux termes de la Loi britannique sur le partenariat civil, un partenariat enregistré étranger peut être reconnu au Royaume-Uni lorsque deux personnes de même sexe, qui n'étaient pas déjà parties à un partenariat civil ou à un mariage valide, ont valablement formé un partenariat enregistré conformément à la *lex loci registrationis,* car ils avaient la capacité pour conclure une telle relation au regard de celle-ci. Une autre condition de la reconnaissance est qu'aux termes de la *lex loci registrationis,* les partenaires soient traités comme un couple ou mariés[515]. La Loi britannique sur le partenariat enregistré fait expressément mention, parmi les relations susceptibles d'être reconnues, de la cohabitation légale belge, du mariage belge entre partenaires de même sexe, du partenariat domestique de la Nouvelle-Écosse (Canada), de l'union civile du Québec (Canada), du partenariat enregistré danois et finlandais, du PACS français, du partenariat de vie allemand, de la cohabitation confirmée islandaise, du partenariat enregistré et du mariage entre personnes de même sexe néerlandais, du partenariat enregistré norvégien et suédois et de l'union civile du Vermont (États-Unis)[516].

241. L'état du Connecticut (États-Unis) dispose qu'un partenariat enregistré étranger (union civile), dans lequel un des partenaires ou les deux sont citoyens du Connecticut est valable lorsqu'ils ont la capacité de contracter une telle union civile conformément à la loi du Connecticut et que le partenariat enregistré a été célébré conformément à la *lex loci celebrationis*[517]*.*

242. Au Québec (Canada) un partenariat enregistré (union civile) est valable lorsqu'il remplit les conditions de fond et de forme prévues par la *lex loci celebrationis*[518].

243. Aux termes de l'article 2 de la Convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés, tous les partenariats enregistrés dans un État contractant sont reconnus dans les autres États contractants[519]. Cependant, la reconnaissance de la validité d'un partenariat au titre de la Convention ne couvre pas nécessairement tous ses effets ; la Convention vise la reconnaissance des effets sur l'état civil[520]. Les effets d'une reconnaissance en vertu de la Convention seront traités plus loin (voir quatrième partie, C 2).

---

[511] Voir Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 344.
[512] Art. 2(4) du DIP néerlandais relatif au partenariat enregistré.
[513] § 12 de la Loi finlandaise sur le partenariat enregistré.
[514] Art. 65a) à rapprocher de l'art. 45(1) et (2) du DIP suisse.
[515] Voir *sections* 212 et s. de la Loi britannique sur le partenariat civil.
[516] Voir *Schedule* 20 de la Loi britannique sur le partenariat civil.
[517] Voir *section* 13 de la Loi du Connecticut (États-Unis) sur l'union civile ; en outre, les unions civiles célébrées en présence de l'ambassadeur ou d'un ministre de l'État d'enregistrement aux États-Unis ou de l'ambassadeur ou d'un ministre des États-Unis dans un État étranger sont traitées séparément à la *section* 13.
[518] Art. 3090.1 du Code civil québécois (Canada).
[519] Voir art. 2 et 14(1) de la Convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés.
[520] Voir Rapport explicatif de la Convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés, art. 2, disponible sur le site de la CIEC : < http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm >, consulté en mars 2008.

244. La Convention de la CIEC dispose que la reconnaissance d'un partenariat enregistré ne peut être refusée que pour les motifs énumérés en son article 7[521]. Ces motifs sont très proches de ceux qui sont énoncés aux articles 11 et 14 de la Convention Mariage de 1978. Il s'agit, dans la Convention de la CIEC, du degré de parenté ou d'alliance entre les partenaires, de l'existence d'un mariage ou d'un partenariat non dissous, de l'incapacité mentale à consentir ou de l'absence de consentement libre[522]. La reconnaissance peut être également refusée si l'un des partenaires n'a pas atteint l'âge minimal requis conformément à la loi de l'État requis ou pour des raisons d'ordre public. Tous ces motifs – quoique avec de légères nuances – se retrouvent dans la Convention Mariage de 1978. De plus, la Convention de la CIEC autorise le refus de la reconnaissance lorsqu'aucun des partenaires n'était lié à l'État de l'enregistrement par la nationalité ou la résidence habituelle à la date de la formation du partenariat. Cela peut concerner, par exemple, les partenariats enregistrés en Allemagne car la loi allemande n'impose pas que les partenaires aient un quelconque lien de nationalité ou de résidence avec l'Allemagne pour enregistrer le partenariat[523].

245. La Convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés couvre les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe ou de sexe différent, mais elle autorise aussi les États contractants à restreindre son champ d'application au moyen d'une réserve relative aux partenariats enregistrés entre personnes de même sexe[524].

2. Effets de la reconnaissance

246. Si la validité d'un partenariat enregistré est reconnue, ou au moins partiellement reconnue, quels sont les effets de la reconnaissance ? Comme on l'a vu dans la deuxième partie de cette note, les effets découlant des partenariats enregistrés varient très sensiblement d'un État à l'autre.

247. Comme il a été dit plus haut, la Convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés s'attache aux effets en matière d'état civil ; elle est neutre quant aux effets concernant les biens ou les effets sociaux, etc.[525] En ce qui concerne les effets sur l'état civil, la Convention suit l'approche de la *lex loci registrationis* et dispose, à l'article 4, que dans la mesure où la loi de l'État d'enregistrement le prévoit, un partenariat constitue un empêchement à un futur mariage ou partenariat de l'un des partenaires.

3. Enregistrements multiples

248. L'absence de règles de reconnaissance et d'exécution et la grande diversité des effets attribués aux partenariats dans les divers systèmes juridiques engendrent une incertitude juridique quant à la reconnaissance, dans un système juridique, d'un partenariat enregistré dans un autre système. Pour éviter cette incertitude, de nombreux couples ont choisi de réenregistrer leur partenariat dans un autre État lorsqu'ils s'y installent ou lorsqu'ils ont des liens particuliers avec lui. Par ailleurs, un couple peut décider d'enregistrer son partenariat dans plusieurs systèmes juridiques en vue d'étendre les droits et obligations qui lui sont conférés. Plusieurs États, tels l'Allemagne, autorisent des partenaires qui ont déjà enregistré leur partenariat à l'étranger à le réenregistrer.

249. Peu d'États et territoires ont légiféré en matière d'enregistrement multiple. La Belgique est un des rares systèmes juridiques à avoir expressément adopté une règle, qui dispose qu'une relation de cohabitation légale est gouvernée par la loi du lieu du premier enregistrement[526]. L'Allemagne a également prévu une loi dans ce domaine, aux termes de laquelle seule la loi de l'État du dernier enregistrement s'applique aux effets du partenariat[527]. Voilà donc deux États voisins qui ont adopté des règles expresses non homogènes. Prenons par exemple l'hypothèse d'un couple dont l'un est ressortissant belge et l'autre a la nationalité allemande, qui enregistre son partenariat en Belgique, où

[521] Art. 7 de la Convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés.
[522] Voir art. 7 de la Convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés.
[523] Voir *supra* cinquième partie, A.
[524] Art. 1 et 20 (1)a) de la Convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés.
[525] Voir Rapport explicatif, *supra* note 520, art. 2.
[526] Art. 60(1) du DIP belge.
[527] Art. 17b) (3) du DIP allemand.

les deux partenaires résident habituellement, puis en Allemagne, où ils sont en vacances. En droit belge, seule la loi du lieu du premier enregistrement gouverne la formation et les effets du partenariat, alors qu'en Allemagne, seule la loi du dernier partenariat enregistré gouverne les effets du partenariat. Cependant, la validité du partenariat enregistré en Allemagne reste toujours gouvernée par la *lex loci registrationis* de chaque partenariat.

250. La Convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés prévoit également une règle relative aux enregistrements multiples. L'article 6 de la Convention dispose en effet que lorsque les mêmes partenaires font enregistrer des partenariats dans plusieurs États, les effets en matière d'état civil visés aux articles 4 et 5[528] et prévus par la loi de l'un ou de plusieurs de ces États sont reconnus même si ces effets ne sont pas prévus par la loi de tous les États.

251. C'est une troisième approche, qui diffère de celles adoptées par l'Allemagne et la Belgique du point de vue de la couverture et de la solution. D'une part, la règle de la CIEC ne s'applique qu'aux effets du partenariat enregistré en matière d'état civil et d'autre part, les effets des partenariats enregistrés sur l'état civil prévus par la *lex loci registrationis* doivent être reconnus de façon cumulative.

252. Si cette question reste pour l'instant sans solution dans plusieurs États, on a avancé qu'outre la possibilité de prévoir une règle spécifique traitant du problème des enregistrements multiples d'un même partenariat, l'adoption de règles relatives à la reconnaissance des partenariats étrangers diminuerait la tentation de procéder à des enregistrements multiples[529].

[528] À savoir en ce qui concerne la mesure dans laquelle un partenariat enregistré peut être un empêchement à un partenariat ou à un mariage et les effets concernant le nom de famille.
[529] Voir sur cette question, Ian Curry-Sumner, *supra* note 22, p. 400 et s.

SIXIEME PARTIE – L'IMBROGLIO JURIDIQUE – QUELQUES EXEMPLES

253. Le développement tendanciel de la cohabitation hors mariage constaté dans de nombreux États et territoires et l'augmentation des naissances hors mariage ont créé un besoin de protection juridique pour ces relations. Cependant, accorder un statut juridique à une cohabitation non formalisée et attacher à la cohabitation de fait des conséquences juridiques de grande portée est une décision difficile, puisqu'elle peut interférer avec l'autonomie des cohabitants, qui peuvent avoir choisi de ne pas donner une base juridique à leur relation en décidant de ne pas se marier. Au vu des nombreuses relations fondées sur un lien de dépendance et de l'impératif de protection des enfants, de nombreux États ont néanmoins décidé de mettre en place au moins un cadre juridique minimal de protection pour ces relations. Ces dernières années, une trentaine d'États et de territoires ont introduit une forme de partenariat enregistré dans leur système juridique, qui est souvent venue s'ajouter à la législation en matière de cohabitation hors mariage.

254. Le bref aperçu des développements des différents droits internes dans le domaine de la cohabitation hors mariage et du partenariat enregistré (voir première et deuxième parties) a révélé d'importantes différences entre les systèmes juridiques concernés et une tendance à une accentuation des divergences. De plus, le traitement de quelques-uns de ces phénomènes en droit international privé est entouré d'incertitudes considérables. Comme on l'a vu dans la quatrième partie, aucun système juridique n'a promulgué de règles complètes de droit international privé relatives à la cohabitation hors mariage. Parmi les systèmes juridiques qui ont légiféré en matière de partenariat enregistré, quelques-uns seulement ont également institué des règles de droit international ou prévu une application *mutatis mutandis* des règles de conflit existantes (voir cinquième partie).

255. Dans l'ensemble, on peut affirmer qu'une tendance à l'utilisation de la *lex loci registrationis* ou de la *lex loci celebrationis* comme loi régissant la formation, les effets et la dissolution du partenariat se dessine.

256. Plusieurs États et territoires utilisent encore le lien de la nationalité, du domicile ou de la résidence pour déterminer la loi applicable en particulier aux conditions de fond de la formation d'un partenariat et à ses effets, et, plus rarement, à sa dissolution.

257. Une autre voie intéressante réside dans la solution de la *lex fori*, utilisée par certains États et territoires de *common law* en ce qui concerne les effets d'un partenariat enregistré. Cette approche considère qu'un partenariat enregistré étranger qui remplit les conditions pour être reconnu produit exactement les mêmes effets que le partenariat enregistré national. Cette solution conduit cependant à un résultat similaire à un nouvel enregistrement du partenariat et privilégie les concepts nationaux de partenariat enregistré. Les partenaires enregistrés peuvent être ainsi confrontés à une extension ou à une restriction des effets de leur partenariat lorsqu'ils déménagent d'un pays à l'autre.

258. Dans l'ensemble, il faut souligner que le développement divergent des droits internes et du droit international privé des États au regard du partenariat enregistré engendre une grande incertitude pour les partenaires concernés lorsqu'ils se déplacent d'un État ou territoire à un autre ou lorsqu'ils ont un lien avec plus d'un État ou territoire.

259. Quelques illustrations :

<u>Exemple 1</u>

260. Natalie, ressortissante belge, travaille et vit aux Pays-Bas lorsqu'elle rencontre Jan, ressortissant néerlandais, et conclut avec lui un partenariat enregistré. Au bout de six ans, Natalie quitte Jean et décide de se réinstaller en Belgique. Un an plus tard, elle se marie avec Tom, de nationalité belge. Quelques mois après, elle reçoit un courrier déplaisant de Jan, qui est au chômage et lui demande des aliments.

261. Cet exemple illustre les incohérences entre les différents systèmes juridiques au regard de la dissolution des partenariats enregistrés. En droit matrimonial belge, un partenariat enregistré n'est pas un empêchement au mariage[530]. Cette règle correspond à la disposition du droit belge aux termes de laquelle un partenariat enregistré prend automatiquement fin si l'un des partenaires épouse un tiers. Elle produit cependant des résultats insatisfaisants lorsque la loi d'un partenariat enregistré étranger dans laquelle le futur conjoint belge[531] est engagé n'applique pas cette règle, ce qui est le cas du droit néerlandais. Aux Pays-Bas en effet, un partenariat enregistré ne peut être dissous que par une décision de justice sur demande de l'une des parties ou par une déclaration conjointe signée des deux parties et au moins un avocat ou notaire avec inscription au registre[532]. Il en résulte qu'il existe un mariage valide en droit belge entre Natalie et Tom tandis qu'au même moment le partenariat enregistré entre Natalie et Jan subsiste théoriquement en droit néerlandais et belge[533].

262. Pour prévenir une telle situation, l'article 4 de la Convention de la CIEC sur la reconnaissance des partenariats enregistrés dispose que *« dans la mesure où la loi de l'État dans lequel il a été enregistré le prévoit, le partenariat constitue un empêchement à la conclusion par l'un ou l'autre des partenaires d'un mariage ou d'un nouveau partenariat avec une tierce personne »*[534]. La Convention de la CIEC, qui n'a pas encore été signée par les États, est le seul instrument international qui règle directement certains aspects des partenariats enregistrés. Elle ne peut toutefois couvrir qu'une infime partie des problèmes engendrés par l'hétérogénéité des différents systèmes juridiques au regard du partenariat enregistré, puisqu'elle se limite aux effets des partenariats en matière d'état civil. Les autres effets du partenariat, tels les effets relatifs aux droits des biens, n'entrent pas dans son champ d'application.

Exemple 2

263. L'exemple suivant illustre les problèmes qui découlent de l'enregistrement multiple de partenariats dans différents pays.

264. Andrew, ressortissant britannique, et Jacque, ressortissant belge, ont enregistré un partenariat de même sexe en Belgique où ils vivent depuis plusieurs années. Ne sachant pas si leur partenariat serait reconnu en Allemagne, où ils ont une résidence secondaire et certaines activités économiques, ils enregistrent également, pour plus de sûreté, leur partenariat à Bonn (Allemagne)[535] à l'occasion d'un de leurs voyages trimestriels. L'année suivante, Jacque est recruté en qualité de traducteur à Londres, où les partenaires se réinstallent. Au Royaume-Uni, ils sollicitent la reconnaissance de leur partenariat enregistré belge.

---

[530] Voir aussi Ian Curry-Sumner, *All's well that ends registered?*, *supra* note 22, p. 42.

[531] Selon le droit international privé belge, la capacité à se marier est gouvernée par la loi de l'État de la nationalité des partenaires ; voir art. 46 du DIP belge. Par conséquent, la capacité de Natalie à se marier est exclusivement gouvernée par le droit interne belge, où un partenariat enregistré n'est pas un empêchement au mariage.

[532] Livre premier, art. 80 c(c), 80d et 80e du Code civil néerlandais.

[533] En vertu des art. 60 et 15 du DIP belge, la dissolution d'un partenariat enregistré (au sens de cette loi) est gouvernée par la *lex loci registrationis*, qui mène à la Loi néerlandaise. En droit néerlandais, un partenariat enregistré n'est pas automatiquement dissous par un mariage de l'un des partenaires (ce qui correspond à la règle du droit néerlandais selon laquelle un partenariat enregistré est un empêchement au mariage). En droit belge, un mariage entre Natalie et Tom est possible alors que le partenariat enregistré entre Natalie et Jan subsiste en droit néerlandais. Cependant, un juge belge, qui devrait appliquer la Loi néerlandaise à la question de la validité du partenariat enregistré dans notre exemple, pourrait invoquer l'ordre public (art. 21 du DIP belge) pour éviter des résultats inappropriés. Néanmoins, la situation engendre en pratique une insécurité pour toutes les parties concernées.

[534] Voir traduction officieuse à l'adresse < www.ciec1.org >, consultée en mars 2008, en anglais seulement.

[535] L'enregistrement d'un deuxième partenariat est possible en Allemagne puisqu'un partenariat enregistré étranger entre les mêmes partenaires n'est pas un empêchement à l'enregistrement d'un partenariat enregistré allemand. Comme il a été dit plus haut, aucun lien particulier de nationalité ou de résidence n'est requis pour enregistrer un partenariat en Allemagne. La reconnaissance du partenariat enregistré belge au Royaume-Uni est possible. La « cohabitation légale » belge est un des partenariats expressément mentionnés à l'annexe 20 de la Loi britannique sur le partenariat civil comme étant une « relation étrangère » *(« overseas relationship »)* susceptible d'être reconnue.

265. Tous les États et territoires concernés ont une approche différente de l'enregistrement multiple. Si Jacque se sépare d'Andrew et retourne en Belgique, où un tribunal doit alors décider des effets de leur partenariat, le droit décisif pour le partenariat serait, en DIP belge[536], celui du premier enregistrement et donc le droit belge. Au contraire, un tribunal allemand déterminerait les effets du partenariat conformément à la loi de l'État du dernier enregistrement[537]. Étant donné que la reconnaissance du partenariat belge au Royaume-Uni ne serait très probablement pas considérée comme un « nouvel enregistrement » (bien qu'elle ait exactement les mêmes effets qu'un nouvel enregistrement), le tribunal allemand considérerait que le partenariat enregistré allemand est le plus récent. Un tribunal allemand appliquerait ainsi la loi allemande aux effets du partenariat. Au Royaume-Uni, un partenariat enregistré étranger qui est reconnu produit les mêmes effets qu'un partenariat civil britannique. Un tribunal anglais appliquerait donc la loi britannique sur le partenariat civil pour déterminer les effets du partenariat.

Exemple 3

266. Silvio, ressortissant espagnol, et Tim, ressortissant néerlandais, contractent un mariage entre personnes de même sexe aux Pays-Bas et s'installent par la suite à Hambourg, Allemagne. Au bout de deux ans, de sérieux problèmes relationnels se posent et Tim souhaite divorcer. Il se demande comment procéder puisque leur résidence habituelle est en Allemagne, où le mariage entre personnes de même sexe n'existe pas. Tim envisage de demander le divorce aux Pays-Bas.

267. Bien que les Pays-Bas aient institué une règle spéciale[538] de compétence au regard de la dissolution des partenariats enregistrés néerlandais, qui octroie aux tribunaux néerlandais la compétence internationale en matière de dissolution, aucune règle de ce type n'a été instaurée pour le mariage entre personnes de même sexe. Puisqu'un mariage entre personnes de même sexe doit être traité comme un mariage entre personnes de sexe différent, le Règlement européen Bruxelles II *bis* serait appliqué. L'article 3 du règlement n'offre aucune base de compétence internationale pour le divorce de Tim et Silvio aux Pays-Bas[539]. Tim est donc dans l'incertitude quant à la dissolution du mariage. L'Allemagne est susceptible de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe[540] comme un partenariat enregistré entre personnes de même sexe. Un juge allemand appliquerait alors la règle de droit international privé relative aux partenariats enregistrés (art. 17b du DIP allemand), qui désigne la *lex loci registrationis,* et donc la Loi néerlandaise, comme la loi applicable à la dissolution. La question qui se poserait alors est celle des règles que le juge appliquerait : les règles néerlandaises sur la dissolution d'un partenariat enregistré entre personnes de même sexe ou les règles relatives à la dissolution d'un mariage (entre personnes de même sexe). Mais même dans ce dernier cas, la décision ne serait pas appelée un « divorce » et risquerait donc de n'être pas reconnue comme telle aux Pays-Bas.

---

[536] L'art. 60 du DIP belge renvoie en ce qui concerne la validité, les effets et la dissolution d'une « relation de vie commune » à la loi de l'État du premier enregistrement. Cependant, selon l'article 58 du DIP belge une « relation de vie commune » est définie comme un partenariat enregistré qui ne constitue pas un équivalent au mariage. On peut se demander quel traitement le DIP belge réserverait à une situation telle que notre exemple. Les règles allemandes sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe suivent pour l'essentiel les règles du mariage. Il est donc possible qu'un juge belge n'applique pas l'article 60 du DIP belge. Cela engendrerait une plus grande incertitude. Le partenariat enregistré belge et le partenariat enregistré allemand seraient-ils considérés comme produisant des effets parallèles ? Si le partenariat enregistré allemand est considéré comme un équivalent au mariage, la règle selon laquelle un partenariat enregistré belge prend fin dès que l'un des partenaires conclut un mariage serait-elle appliquée par analogie et le partenariat allemand serait-il considéré comme le partenariat persistant ?

[537] Art. 17b (3) du DIP allemand.

[538] Voir art. 4(4) du Code de procédure néerlandais.

[539] Voir aussi l'étude de Michael Bogdan des mariages néerlandais entre personnes de même sexe en droit communautaire, voir supra note 414, p. 25, 30 et s.

[540] Voir Peter Mankowski, *supra* note 409, art. 13 de l'EGBGB, notes 176 et s. ; voir aussi Katharina Boele-Woelki, Ian Curry Sumner, Miranda Jansen et Wendy Schrama, « The Evaluation of Same-sex Marriages and Registered Partnerships in the Netherlands » dans *Yearbook of Private International Law,* volume 8 (2006), p. 27, 30, 31.

268. Pour obtenir le divorce et éviter l'incertitude qu'engendrerait une demande auprès d'un tribunal allemand, Tim devrait déménager aux Pays-Bas[541]. Lorsqu'il y résiderait habituellement depuis au moins 6 mois, il pourrait alors saisir un tribunal néerlandais d'une demande de divorce.

Exemple 4

269. Le dernier exemple illustre l'incertitude qui existe lorsque des partenaires enregistrés déménagent ou voyagent dans un État qui ne prévoit aucune disposition relative aux partenariats enregistrés.

270. Isabelle et Pierre, tous deux de nationalité belge, qui ont enregistré leur partenariat en Belgique, sont en train de réaliser leur rêve d'aller à Moscou en voiture lorsqu'ils ont un grave accident de voiture à Minsk (Bélarus). Pierre, grièvement blessé, est immédiatement transporté à l'hôpital local. Isabelle, qui n'est que légèrement blessée, reste avec la police pour les formalités. Lorsqu'elle arrive à l'hôpital, on lui refuse l'accès à Pierre et on ne lui donne aucune information sur son état car elle n'est ni son épouse ni une parente.

271. La loi du Bélarus ne contient aucune disposition relative au partenariat enregistré et ne prévoit aucune protection particulière de la cohabitation hors mariage[542]. Cet exemple illustre les problèmes auxquels des partenaires enregistrés peuvent être confrontés lorsqu'ils se déplacent dans un État qui n'accorde une protection juridique à une relation entre deux personnes que lorsqu'elles sont mariées.

[541] Si Tim obtient l'accord de Silvio pour la dissolution de leur partenariat, il y a bien sûr une autre possibilité. Si les deux partenaires d'un mariage entre personnes de même sexe sont d'accord, ils peuvent convertir leur mariage en partenariat enregistré néerlandais et avoir ainsi accès aux règles moins contraignantes pour la dissolution de leur relation et avoir également accès aux tribunaux néerlandais même s'ils ne résident pas habituellement aux Pays-Bas. Cependant, lorsque les deux partenaires résident habituellement à l'étranger, une telle transformation n'est possible que si l'un d'eux est un ressortissant néerlandais.

[542] Voir Lamara von Albertini, Bergmann / Ferid / Henrich, *Internationales Ehe-und Kindschaftsrecht*, Weißrussland, 157. Supplément, juillet 2004, p. 26, 27.