

# ÉQUIVALENCE ET RECONNAISSANCE DU STATUT CIVIL DES PERSONNES FAISANT MÉNAGE À DEUX

## EQUIVALENCE AND RECOGNITION ABROAD OF REGISTERED UNIONS BETWEEN TWO PERSONS

ILARIA PRETELLI

*Collaboratrice scientifique*

*à l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne*

ORCID ID 0000-0002-6231-8343

Recibido: 15.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4947>

**Resumé:** IL'équivalence de l'institution du mariage, en dépit des différences entre les réglementations nationales, rend très rares les cas de non-reconnaissance du statut de personne mariée. A cette homogénéité s'oppose l'hétérogénéité des partenariats enregistrés. Dans certains pays, leur incompatibilité avec les principes de base de la politique sociale et de la famille peut atteindre voire dépasser le seuil de l'ordre public. Pour éviter une amputation excessive des droits individuels acquis à l'étranger, des solutions de compromis, parfois proches du paradoxe, s'imposent. Cette harmonie partielle est réalisée par la reconnaissance de certains des effets rattachés au statut acquis à l'étranger. Le statut boiteux qui en résulte, loin de générer un "effet de surprise" susceptible de décevoir les attentes des individus concernés, est devenu un "effet recherché", dans le but de réaliser une pression croissante sur la politique législative, en vue de réaliser une uniformisation plus ample du droit de la famille de l'époque néolibérale. En attendant l'évolution future, les systèmes de droit international privé nationaux évaluent l'équivalence des institutions étrangères à leurs propres institutions, afin de les faire vivre à l'intérieur de leurs frontières.

**Mots clés:** unions civiles, partenariats enregistrés, régimes matrimoniaux, droit international privé, reconnaissance, équivalence.

**Abstract:** This paper analyses the current existing models of "civil unions" in comparative perspective with a view to identify the conditions for their exportability. Their exportability is also a ground for identifying the most suitable model for a possible future harmonisation of civil unions and, in this respect, to verify whether, following a Scandinavian trend, the traditional marriage, transmuted into a marriage between two neutral beings, could represent such model. Four main governmental attitudes towards homosexual couples offer at present a fertile ground for conflicts of laws, whose content is explored with special reference to Switzerland, Italy and to the European Area of Freedom, Justice and Security. Ensuring full international harmony of solutions implies renouncing to basic social policy principles on family law, when these are incompatible with the model whose import is demanded by the individuals concerned. Hence, compromise solutions are found to ensure at least a partial harmony through the recognition of some of the effects attached to the foreign status, if the latter cannot be considered equivalent to a correspondent domestic one. The limping unions that result are often far from unpredictable, and rather enshrine a political vision aimed at influencing legislative policies.

**Keywords:** homosexual couples, matrimonial property, civil unions, recognition of foreign acts, and equivalence.

**Sommaire:** Introduction. 1. Résistance et évolution de l’institution du mariage. 2. Caractère éphémère des nouvelles unions juridiquement reconnues. 3. Synthèse systématique des lois en conflit. 3.1. Systèmes traditionnels. 3.2 Systèmes dualistes reconnaissant l’union homosexuelle en tant qu’union ontologiquement distincte du mariage traditionnel. 3.3. Systèmes monistes qui considèrent la condition de la complémentarité des sexes une discrimination fondée sur l’orientation sexuelle. 3.4. Systèmes mixtes. 4. Le caractère boiteux des statuts civils hétérodoxes acquis à l’étranger. 4.1. Le caractère boiteux des mariages du polygame. 4.2. Le statut civil boiteux de la personne de religion juive ayant contracté un mariage homosexuel ou mixte. 5. Le caractère impératif et supplétif du droit du for. 5.1. La soumission des couples étrangers résidant en Suisse au régime matrimonial suisse applicable par défaut. 5.2. La soumission du mariage homosexuel formalisé à l’étranger aux règles prévues pour les unions typées suisses et italiennes. 6. Les unions typées entre reconnaissance et équivalence. 6.1. L’équivalence des unions étrangères au partenariat suisse. 6.2. Du conflit de civilisations au conflit de morales. 7. Le statut boiteux entre stupeur et tremblements.

## I. Introduction

1. Il y a une trentaine d’années, le déclin du mariage semblait irréversible. La mobilité sociale de l’après-guerre, la laïcisation progressive des piliers de la société, “l’irruption du féminin”<sup>1</sup>, semblaient avoir rendu l’institution obsolète, vouée à la désuétude, héritage d’une société patriarcale dépassée. Cette évolution a été démentie par l’histoire: la revendication du droit de former une famille non “encadrée” par l’ordre juridique de référence, corollaire des révolutions sexuelles des années ‘60 et ‘70, a été suivie par la revendication opposée, qui fait du mariage civil (mais aussi religieux) l’instrument nécessaire et indispensable à l’élimination de discriminations sociales des personnes homosexuelles. Ainsi, de plus en plus de sociétés, situées dans de différentes zones géographiques de la planète, évoluent vers l’élimination de la complémentarité des sexes en tant que condition *sine qua non* du mariage, sans pourtant remettre en discussion le rôle social de l’institution, considérée la plus fiable pour légitimer la fondation d’une famille. La divergence des solutions – qu’elle soit plus ou moins transitoire – rend le statut civil de personnes unies par des mariages homosexuels ou des partenariats enregistrés aussi boiteux que celui – bien connu par notre discipline – des femmes “cadettes” du polygame. A la lumière d’un synthétique état des lieux, qui ne se prétend nullement exhaustif<sup>2</sup>, cet article invite à s’interroger sur les objectifs actuellement sous-jacents à l’intervention de la loi dans l’espace intime des couples, notamment afin de vérifier les possibilités réelles d’une convergence des droits nationaux ou, en attendant que cette convergence se réalise, de considérer les voies d’un possible aménagement des lois en conflit par le droit international privé.

## II. Résistance et évolution de l’institution du mariage”

2. Dès que des pouvoirs publics ont été mis en place pour la gouvernance des sociétés humaines, le mariage et la famille ont été soumis à un contrôle normatif plus ou moins intrusif. Ce contrôle

<sup>1</sup> E. ROUDINESCU, *La famille en désordre*, Paris, 2002.

<sup>2</sup> L’auteur précise avoir été désignée comme responsable scientifique de l’étude comparative de l’Institut suisse de droit comparé de Lausanne “Avis sur la transcriptibilité des unions homosexuelles étrangères dans le registre de l’état civil suisse” mandaté par l’office suisse de l’état civil (dorénavant *Avis sur la transcriptibilité des unions homosexuelles*), disponible à l’adresse <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/zivilstand/dokumentation/avis14-018.pdf>. Il s’agit notamment d’une synopsis des règles en vigueur en 45 législations nationales et 19 législations régionales sur la transcription du mariage, des partenariats enregistrés et des unions typées entre deux personnes adultes de même sexe dans les fichiers de l’état civil. L’Institut suisse avait déjà créé deux tableaux comparatifs ayant pour but de présenter les réglementations en matière d’unions entre personnes de même sexe en 2006 et en 2010. Comme les précédentes, l’étude de 2016 concerne uniquement les modèles juridiques d’unions et présente les caractéristiques utiles à leur comparaison mutuelle. Les conséquences des partenariats étrangers en matière d’adoption, de droit successoral, de droit fiscal, de droit du travail ne sont pas prises en considération. L’étude fait référence aux mariages et unions de faits et est sans prétention d’exhaustivité.

est exercé par les autorités religieuses<sup>3</sup>, mais aussi par les autorités politiques dans les pays qui ont bénéficié de l'impulsion donnée au droit civil de la famille par le code Napoléon, ainsi que dans tout pays laïque.

3. Un des objectifs du contrôle de l'Église catholique sur le mariage, par le biais du droit canon, avait été celui d'arrêter la marchandisation des femmes<sup>4</sup>, qui ont été autrefois et sont toujours, dans certaines zones de la planète, l'objet des contrats de vente. En témoignent aujourd'hui certaines cérémonies de *traditio* de la jeune épouse – accompagnée ou non de sa dot – par la famille d'origine à la famille d'acquisition. Ces rites sont encore pratiqués, notamment en Inde. En plusieurs pays africains, les interdictions législatives de la dot restent souvent ineffectives en raison de leur contraste avec la coutume locale ou des normes religieuses. En Europe, même si le principe de la liberté du consentement et la conséquence désuétude de la dot sont désormais acquis, l'augmentation des mariages forcés des mineures appartenant à des cultures juridiques d'ailleurs a requis tout récemment des réformes législatives et la mise en œuvre de mécanismes de prévention et contrôle.

4. Une deuxième *ratio* du contrôle public sur le mariage, généré encore une fois par l'exigence de protéger la femme, consiste à faire respecter le pacte synallagmatique implicite sur lequel l'institution traditionnelle a reposé pendant plusieurs siècles et dans plusieurs sociétés du monde. À cet égard, la loi des pays occidentaux impose des obligations financières à la partie qui les a spontanément assumées pendant une certaine période – dans la plupart des traditions le mari – en présumant que celle-ci a bénéficié, en échange, d'une assistance constante dans ses besoins du quotidien, assistance qui lui a permis, notamment, de se focaliser sur la poursuite de sa carrière et le soutien économique de la famille. D'autre part, on octroie des droits économiques à la partie – traditionnellement la femme – qui a affecté sa vie et son travail quotidien aux besoins du ménage familial et en particulier à ceux de son conjoint, parce-que cette affectation a comporté qu'elle renonce à son indépendance économique et à sa carrière<sup>5</sup>.

5. La nécessité d'un rééquilibrage économique est encore d'actualité en dépit de l'émancipation de la femme, bien que, dans la culture juridique occidentale, elle ne soit plus cette "éternelle mineure", soumise au chef de la famille et à ses "pouvoirs de correction"<sup>6</sup>. Le droit de la majorité de pays présume encore – et malheureusement à juste titre – que le déséquilibre entre les deux parties du couple soit dû au fait que l'une a consacré son temps plus aux besoins matériels de l'autre qu'à ses exigences professionnelles, et que ce dernier en a tiré profit. Cette présomption explique la reconnaissance, au moment de la séparation et du divorce, du droit de la partie "faible" à garder le même train de vie qui lui était assuré par l'autre partie pendant le mariage (et peu importe la durée de celui-ci).

6. Malgré l'origine "générée" de l'inégalité économique des personnes mariées, témoignée par la persistance de politiques visant à promouvoir l'égalité des chances et à combattre les inégalités salariales entre femmes et hommes, l'exigence d'un rééquilibrage économique ne disparaît pas avec celle de la complémentarité des sexes dans le cadre du mariage, n'étant nullement une prérogative du couple

<sup>3</sup> J.-P. POLY, *Le chemin des amours barbares. La genèse médiévale de la sexualité européenne*, Paris, 2003, *passim* et p. 58 sur l'obsession du droit canonique à poursuivre "la triade des crimes sexuels": inceste, adultère, homosexualité. Voir *ibidem* les raisons du contrôle de la sexualité par l'église au Moyen Âge. V. les travaux de J. GAUDEMET, *Église et société en Occident au Moyen Âge*, London, 1984; ID., *Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit*, Paris, 1987; ID., *Droit de l'Église et vie sociale au Moyen Âge*, Northampton, 1989.

<sup>4</sup> G. DUBY, *Le chevalier, la femme et le prêtre. Le mariage dans la France féodale*, Paris, 1981, *passim* sur l'origine de la doctrine du principe de libre consentement au mariage dans le droit canonique; O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1950, *passim* qui identifie l'essence du mariage dans l'objet du consentement: le don réciproque, exclusif et perpétuel, du corps (*deditio iuris in corpus*).

<sup>5</sup> Bien évidemment, il en va différemment pour ce qui concerne les devoirs d'assistance réciproques et en faveur des enfants du couple. Voir A. DAVI, "Separazione personale dei coniugi (diritto internazionale privato)", *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 1431 ss., et plus récemment: ID., "Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria", *Riv. dir. int.*, 2002, p. 861; ID., A. ZANOBETTI, "Le obbligazioni alimentari tra parti di un'unione civile e tra conviventi nel diritto internazionale privato", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 196.

<sup>6</sup> G. DUBY, M. PERROT, *Histoire des femmes en Occident*, Paris, 2002.

hétérosexuel. Dans un ménage homosexuel, il arrive qu'un partenaire assume un rôle stéréotypiquement associé à celui de la femme et l'autre un rôle stéréotypiquement associé à celui du mari<sup>7</sup>.

7. Le persistant intérêt de la société pour le mariage est lié à cette double exigence de protection de la partie plus faible de deux personnes qui forment le ménage: principe de liberté de consentement et principe d'égalité entre époux. Ayant fait ses preuves à travers l'histoire et la sociologie, le mariage reste une institution prisée par les individus de l'époque contemporaine, au point que les nouvelles institutions, créées dans le but d'octroyer aux ménages homosexuels – et surtout aux “parties faibles” de ceux-ci – les mêmes droits reconnus aux personnes mariées, ont été jugées discriminatoires par les cours suprêmes de plusieurs pays<sup>8</sup>.

### III. Caractère éphémère des nouvelles unions juridiquement reconnues

8. Au-delà des considérations économiques, la reconnaissance sociale du couple homosexuel ne semble pouvoir être assurée que par la reconnaissance juridique d'un statut civil sinon égal du moins modelé sur celui du mariage traditionnel.

9. Ainsi, la majorité des pays qui ont préservé la complémentarité des sexes en tant que condition du mariage a introduit de nouveaux “types juridiques” d'unions qui permettent aux couples homosexuels faisant ménage commun de formaliser leur relation et de la rendre publique. Ces unions sont désignées comme “unions civiles” en Italie et en Angleterre (*unioni civili, civil unions*), ou comme partenariats enregistrés (*Lebenspartnerschaft, Eingetragene Partnerschaft* etc.) selon la terminologie plus en vogue dans les pays germanophones, les pays de l'Est, les États scandinaves, et aux Pays Bas. Parmi ces unions, il est possible de distinguer les unions à caractère purement contractuel des unions comportant une modification du statut personnel des partenaires. La différence principale entre les deux modèles est que les secondes semblent avoir une incidence sur la capacité matrimoniale des personnes qui forment l'union, ainsi devenue un “type juridique” nouveau.

10. La doctrine de droit international privé – dans un souci de simplification et pour assurer une certaine continuité à la dimension juridique de la vie des individus<sup>9</sup> – estompée cette distinction, pour faire tomber toutes les unions, même les unions de nature contractuelle, tel le PACS français<sup>10</sup> et la cohabitation légale belge<sup>11</sup>, dans la catégorie “statut personnel”<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Cf. *e multis* la série d'articles du vol. 8 du *Journal of Homosexuality* dont, en particulier: L. A. PEPLAU, “Research on Homosexual Couples: An Overview”, pp. 3-8; R. W. JONES, J. P. DE CECCO, “The Femininity and Masculinity of Partners in Heterosexual and Homosexual Relationships”, pp. 37-44; J. MARECEK, S. E. FINN, M. CARDELL, “Gender Roles in the Relationships of Lesbians and Gay Men”, 1982, pp. 45-49, etc.

<sup>8</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015) (US Supreme Court); Sentencia SU214/16 (Cour constitutionnelle de la République de Colombie); Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.) Semanario Judicial de la Federación Décima Época 2009407 (Mexique); Verfassungsgerichtshof, G 258-259/2017-9 4 décembre 2017 (Autriche), etc. Voir aussi l'Opinion consultative 24/17 du 9 janvier 2018 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

<sup>9</sup> Cette exigence est à la base de la référence, effectuée par plusieurs législations nationales, dont l'italienne, à des normes supranationales: A. DAVI, “Le questioni generali di diritto internazionale privato nel progetto di riforma”, *Riv. dir. int.*, 1990, p. 576 ss.

<sup>10</sup> Le Pacte civil de solidarité a été introduit par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 qui a créé l'article 515-1 du Code civil français.

<sup>11</sup> Cfr. les articles 1475 ss. du Code civil belge. L'article 1476, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3 du Code civil prévoit son inscription au registre de la population. L'inscription au registre d'état civil n'est pas admise. La cohabitation n'est pas limitée aux couples liés par une *affectio maritalis*.

<sup>12</sup> Ainsi A. BUCHER, *Commentaire romand – Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL)*, Bâle, 2011, p. 542, n° 3 *in fine*. Voir aussi la notion large de partenariat du projet de Convention de la Commission internationale de l'État Civil (Convention (n° 32) sur la reconnaissance des partenariats enregistrés, signée à Munich le 5 septembre 2007, jusqu'à présent ratifiée uniquement par l'État espagnol et pas en vigueur): “Au sens de la présente Convention, un “partenariat enregistré” est un engagement de vie commune entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent, donnant lieu à un enregistrement par une autorité publique, à l'exclusion d'un mariage”.

**11.** À ces unions typées s’ajoutent les unions de fait, qui naissent d’une cohabitation de longue date, non formalisée, ni enregistrée, à laquelle la plupart des pays attribue des conséquences juridiques importantes, sans pourtant que l’état civil des personnes qui cohabitent en soit affecté: la capacité matrimoniale de chacun demeurant intacte<sup>13</sup>.

**12.** La distinction entre ces unions de fait, également appelées unions libres, et les unions typées justifie une différence de traitement aux yeux, entre autres, du législateur européen:

“La façon dont les formes d’union autres que le mariage sont prévues dans la législation des États membres diffère d’un État membre à l’autre, et il y a lieu d’opérer une distinction entre les couples dont l’union est institutionnellement consacrée par l’enregistrement de leur partenariat auprès d’une autorité publique et les couples vivant en union de fait. Même si certains États membres réglementent ces unions de fait, il convient de les distinguer des partenariats enregistrés, dont le caractère officiel permet la prise en considération de leurs spécificités et la définition de règles qui leur sont applicables dans la législation de l’Union”<sup>14</sup>.

**13.** Comme on le verra, face à la résistance du mariage en tant qu’acte fondateur de la cellule-base de la société, ces unions apparaissent comme un phénomène éphémère, transitoire, destiné à protéger les ménages homosexuels en attendant que la société de référence soit prête à l’abolition de la complémentarité des sexes en tant que condition du mariage.

#### IV. Synthèse systématique des lois en conflit

**14.** La prolifération des réglementations nationales sur les différents types de ménage de personnes liées par une *affectio maritalis* ainsi que l’importance des réformes intervenues récemment paraît propice à une tentative de rationalisation, d’autant plus qu’un survol des législations actuellement en vigueur permet de distinguer les systèmes de réglementation du mariage en traditionnels (III.1.), dualistes (III.2.), monistes (III.3.) et mixtes (III.4.)<sup>15</sup>.

##### 1. Systèmes traditionnels

**15.** Les ordres juridiques qui gardent une conception traditionnelle du droit de la famille ne reconnaissent pas l’union homosexuelle et ne considèrent que des formes de mariage classiques, à caractère civil ou religieux.

**16.** Les États qui requièrent la complémentarité des sexes comme condition du mariage, à l’instar du mariage religieux, et qui ne connaissent pas un système d’enregistrement du partenariat homosexuel,

<sup>13</sup> Une “consécration” des unions de fait par le biais d’un contrat suppléant à l’absence d’une réglementation juridique du patrimoine de l’union est de plus en plus encouragée par les réformes législatives récentes du droit de la famille en Europe. Des règles de droit international privé spécifiques sont édictées pour ce genre de contrats. Ainsi, le nouvel art. 30-*bis* de la loi italienne de droit international privé (loi n° 218 de 1995), introduit par la loi 20 mai 2016, n° 76, prévoit que: “1. Ai contratti di convivenza si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. 2. Sono fatte salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima”. En synthèse, les membres d’une union de fait reconnue en tant que telle par le droit italien – *i.e.* deux personnes majeures réunies de manière stable par des liens d’affection, sans aucun autre lien de parenté, conjugalité, union civile, et qui s’entraident mutuellement et sur le plan moral et sur le plan matériel – ont la possibilité de conclure un “contrat de cohabitation” qui sera soumis à leur loi nationale commune ou, faute de nationalité commune, à la loi du lieu où “la cohabitation se déroule”. Comp. K. TRILHA SCHAPPO, M. WINKLER, “Le nouveau droit international privé italien des partenariats enregistrés”, *Revue critique de droit int. privé*, 2017, p. 319.

<sup>14</sup> Considérant 16 du règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l’exécution des décisions en matière d’effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

<sup>15</sup> Les paragraphes suivants (de III.1. à III.4.) de la présente étude utilisent, en particulier mais pas exclusivement, les données de l’*Avis sur la transcriptibilité des unions homosexuelles*, cit. *supra*, note 2.

se trouvent plutôt à l'est et au sud-est de l'Europe, et comprennent la Pologne, la Slovaquie, la Serbie, le Monténégro, la Macédoine, les pays baltes (Lettonie, Lituanie), la Roumanie, la Bulgarie et parmi d'autres pays, proches de l'Europe, la Turquie et Israël.

17. Parmi ces États, certains reconnaissent des effets juridiques aux unions stables de personnes homosexuelles, sans prévoir une procédure interne d'enregistrement de ces couples.

## 2. Systèmes dualistes reconnaissant l'union homosexuelle en tant qu'union ontologiquement distincte du mariage traditionnel

18. D'autres législations, tout en attachant une importance juridique à la complémentarité des sexes des personnes formant un couple, ont créé une institution spécifique pour les couples formés par deux hommes ou par deux femmes. Ces unions sont réservées aux couples non complémentaires, sans distinction de sexe, *i.e.* que ce soit un couple d'hommes ou bien un couple de femmes.

19. Parmi ces pays figurent: Andorre (*matrimoni/unio civil*), la Hongrie (*Házasság/Beyegyzett Élettársi Kapcsolat*), l'Italie (*matrimonio/ unione civile*), la Slovénie (*Registritana istospolna partnerska skupnost*) et la Suisse. La Croatie et la République de Saint-Marin ont récemment introduit une législation spécifique pour les couples homosexuels.

20. Le droit allemand, qui tombait dans ce modèle, a changé sa loi en 2017 pour autoriser le mariage homosexuel<sup>16</sup>. Il en va de même en Autriche, depuis que la Cour constitutionnelle a déclaré discriminatoire la distinction entre mariage et union civile, ce qui permet aux couples homosexuels d'avoir accès au mariage<sup>17</sup>.

21. Dans la plupart de ces pays, la majorité des effets juridiques de l'union sont identiques à ceux qui découlent de la conclusion du mariage avec des exceptions importantes telle celle de l'interdiction d'adopter des enfants. Le *ratio* de cette différence repose sur l'observation de la fertilité possible du couple traditionnel face à la stérilité certaine du couple homosexuel. Or, l'évolution des techniques de procréation médicalement assistée permet de surmonter, même si de manière artificielle, ladite stérilité. Le progrès technologique est donc un argument souvent porté par les groupes de pression qui prônent la négation de l'importance de l'identité sexuelle des personnes formant un couple, dans les débats sur la révision de l'interdiction d'adopter.

22. D'autre part, les rôles respectifs des hommes et des femmes dans la procréation médicalement assistée comportent des différences de réglementation. Si l'on considère la consécration juridique d'une relation affective stable en tant que *a priori* pour la création d'une famille, il est possible d'imaginer que les unions conclues entre deux femmes aient une réglementation différente des unions conclues entre deux hommes.

23. Une distinction de régime entre les unions féminines et les unions masculines est anecdotique en matière de mariage<sup>18</sup>, et paraît justifiée en matière d'établissement du lien de filiation<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017. L'article 2 de la loi dispose que les partenariats enregistrés existants sont convertis en mariages par déclaration faite devant l'officier d'état civil. En outre, l'article 3 stipule que "dès l'entrée en vigueur de la loi, il ne peut plus être formé de nouvelles cohabitations".

<sup>17</sup> Dans: [https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH\\_Entscheidung\\_G\\_258-2017\\_ua\\_Ehe\\_gleichgeschlechtl\\_Paare.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_G_258-2017_ua_Ehe_gleichgeschlechtl_Paare.pdf)

<sup>18</sup> Des "mariages" réservés aux femmes sont connus par certains droits coutumiers africains comme l'indiquent R. OP-  
PONG, S. AMOATENG, "Foreign Same-Sex Marriages Before Commonwealth African Courts", *Yearbook of Private Int. Law*, 2016/2017, pp. 39, auxquels on renvoie pour les références y contenues, spéc. note 25 et suiv.

<sup>19</sup> Selon une interprétation de la Dirección general de los registros y del notariado (Instrucción de 5 octubre 2010, BOE núm 243 de 7 octubre 2010) il est possible pour les conservateurs espagnols de certifier la "double maternité" et l'absence de paternité d'un enfant né et destiné à être élevé par un couple des deux femmes. À noter que ces certificats de naissance sont reconnus par des pays qui n'admettent pas la création de certificat de naissance certifiant une double filiation maternelle (*i.e.* en

24. A présent, l'interdiction de l'adoption édictée dans la plupart des pays de ce groupe pour les couples homosexuels ne comporte pas toujours l'exclusion de la *stepchild adoption*. Ainsi, en Suisse, il est permis à chaque partenaire d'adopter l'enfant de l'autre. Aussi, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, à l'occasion d'une opinion consultative<sup>20</sup>, considère que la circonstance que l'adoption ne soit pas ouverte aux couples homosexuels tombe dans l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle<sup>21</sup>.

25. À ce jour, la distinction entre mariage et union entre personnes de même sexe n'est pas réputée violer la Convention européenne des droits de l'homme<sup>22</sup>, pourvu que le droit à une vie familiale soit reconnu aux couples de même sexe et qu'il leur soit permis de vivre leur relation dans un "cadre juridique"<sup>23</sup>.

### 3. Systèmes monistes qui considèrent la condition de la complémentarité des sexes une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

26. Dans ces systèmes, l'on considère contraire aux droits humains la condition de la complémentarité des sexes pour la conclusion d'un mariage. Le mariage consacre une union entre deux personnes, sans égard à leur identité sexuelle. Dans ce modèle nous trouvons plusieurs États sud-américains tels que l'Argentine, la Colombie, l'Uruguay, plusieurs États de l'Union Européenne (le Portugal, l'Espagne, la France, l'Irlande, la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Danemark et l'Islande), ainsi que la Nouvelle-Zélande.

27. Les pays scandinaves, précurseurs du partenariat homosexuel, ont été également les premiers à ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Une fois complétée, l'égalisation des droits et devoirs découlant du partenariat avec ceux du mariage rend redondant le maintien de deux noms différents pour la même réglementation. Ainsi, le Danemark, qui avait créé un partenariat enregistré pour les homosexuels en 1989, l'a aboli en 2012 à la suite de l'introduction du mariage neutre. La Suède et la Norvège ont suivi avec quelques années de retard. La même évolution a eu lieu en Finlande (partenariat enregistré introduit en 2001 et aboli en 2017), en Islande (partenariat introduit en 1996 et aboli en 2010), en Norvège (introduit en 1993 et aboli en 2009) et en Suède (introduit en 1994 et aboli en 2009).

28. La même voie a été suivie aux États-Unis, où certains états fédérés ont introduit puis aboli les partenariats au moment de l'admission du "mariage pour tous" (Connecticut, qui a transformé les partenariats en mariages dès 2010; Vermont, qui a transformé les civil unions en mariages dès 2009). Au niveau fédéral, la Cour suprême a décidé que le quatorzième amendement de la Constitution des

---

Italie selon l'orientation de la Cour de cassation: Cass., 30 septembre 2016 n° 19599, confirmé le 15 juin 2017 n° 14878). En revanche, la même instruction excluait l'établissement d'un certificat attestant une "double paternité" et l'absence de maternité. Voir les observations critiques par A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, 1, p. 247-262.

<sup>20</sup> Il s'agit de l'opinion consultative 24/17 du 9 janvier 2018 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

<sup>21</sup> I. SCHWENZER, "Convergence and Divergence in the Law of Same-Sex Partnerships", *Convergence and Divergence of Family Law in Europe* (dir. Antokolskaia), Cambridge, 2007, p. 148 ss.

<sup>22</sup> La Cour européenne de droits de l'homme par une série d'arrêts (voir notamment l'arrêt du 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*), a affirmé que "les États demeurent libres au regard de l'article 14 combiné avec l'article 8 de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels" (textuellement: *Chapin et Charpentier c. France*, requête n° 40183/07, par. 48).

<sup>23</sup> Par l'arrêt 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n°s 18766/11 et 36030/11, la Cour européenne de droits de l'homme a affirmé que les personnes qui se trouvent dans une relation stable et sérieuse (*stable and committed relationship*) sont "in need of legal recognition and protection of their relationship" par tout État dans lequel ladite relation se déroule. Voir aussi *Orlandi et autres c. Italie*, 14 décembre 2017 (n°s 26431/12; 26742/12; 44057/12 et 60088/12), ainsi que l'arrêt de la Cour de Justice de l'UE, *Coman et al. c. Inspectoratul General pentru Imigrări et al.*, 5 juin 2018 (ECLI:EU:C:2018:385), par lequel la Cour a dit pour droit que le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres impose d'accorder un droit de séjour au conjoint du même sexe aux mêmes conditions qui seraient accordées au conjoint tout court, y compris dans les pays qui ne reconnaissent pas le mariage homosexuel. Sur les deux derniers arrêts, voir le commentaire par P. KINSCH, *European Courts and the Obligation (Partially) to Recognise Foreign Same-Sex Marriages - On Orlandi and Coman*, *Yearbook of Private Int. Law*, vol. XX, 2018/2019, pp. 47-59, à paraître.

États-Unis<sup>24</sup> impose aux états d'autoriser le mariage à tout couple formé par deux personnes, sans égard à leur sexe (*Obergefell v. Hodges* 576 U.S. (2015)). Cette décision impose aussi la reconnaissance des mariages homosexuels conclus dans un autre état.

29. Les cours suprêmes du Mexique, de Colombie et d'Autriche ont jugé contraire à leurs constitutions respectives la condition du mariage prescrivant la diversité des sexes<sup>25</sup>.

#### 4. Systèmes mixtes

30. A côté des systèmes qui interdisent toute formalisation des couples homosexuels, de ceux qui n'interdisent que les mariages homosexuels et de ceux qui interdisent ces deux interdictions, nous trouvons des systèmes mixtes. En premier lieu, les systèmes qui interdisent le partenariat aux couples hétérosexuels mais ouvrent le mariage à tous et, en second lieu, les systèmes qui interdisent le mariage aux homosexuels mais ouvrent le partenariat à tous.

31. Certains États opèrent une sorte de “discrimination à rebours”, ouvrant aux couples homosexuels le choix entre deux régimes de communauté de vie – mariage ou bien partenariat enregistré – alors que les couples hétérosexuels n'ont accès qu'au régime traditionnel du mariage. La discrimination s'explique par la circonstance que ce genre des systèmes n'existe que dans une phase transitoire, comme l'expérience scandinave le démontre. Ce système est présent en Grande Bretagne, où le *civil partnership* n'est disponible qu'aux personnes de même sexe ; en République Tchèque ; dans l'état mexicain de Colima ; en Californie (*domestic partnership*) ; au New Jersey (*civil unions* qui sont cependant équivalents au mariage et n'offrent donc pas un véritable choix) ; en Oregon (l'*Oregon registered domestic partnership*) et à Washington (*State Registered domestic Partnership*)<sup>26</sup>.

32. L'ouverture des partenariats enregistrés aux couples homosexuels a rarement rencontré de résistance dans l'opinion publique, du moins quand lesdits partenariats sont conçus pour être une alternative au mariage au bénéfice des couples de fait. Ainsi, dans plusieurs pays nous trouvons, à côté du mariage traditionnel, des partenariats enregistrés ouverts à tout couple de deux personnes, sans égard à leur sexe. Nous mentionnerons le Chili (*Matrimonio/Acuerdo de unión civil*), l'Équateur (*Unión estable y monogámica*), Chypre (*Gámos/ Politikís Simviosis*), la Grèce (*Gámos/Simfonou symviosis*) et l'Estonie (*Abielu/ Kooselupeingu*).

33. D'autres pays permettent le choix entre mariage et partenariat, les deux ouverts à tout couple de deux personnes (parmi ceux-ci, par exemple, les Pays-Bas). L'Afrique du Sud distingue un *marriage* et un *customary marriage*, des *civil unions* et des *marriage partnerships* qui peuvent être conclus par des couples de même sexe ou des couples de sexe différent.

<sup>24</sup> Il s'agit notamment du principe d'égalité entre citoyens consacré par la première section du quatorzième amendement: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”, <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>.

<sup>25</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.) Semanario Judicial de la Federación Décima Época 2009407, Primera Sala Publicación: viernes 19 de junio de 2015 09:30 h, Jurisprudencia (Constitucional, Civil). Sentencia SU214/16 (Cour constitutionnelle de la République de Colombie); Verfassungsgerichtshof, G 258-259/2017-9 4 décembre 2017 (Autriche).

<sup>26</sup> La fin de cette discrimination est à l'étude en Grande Bretagne, voir M. N. SHÚILLEABHÁIN, “Private International Law Implications of ‘Equal Civil Partnerships’”, *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2019, pp. 161-173.



## V. Le caractère boiteux des statuts civils hétérodoxes acquis à l'étranger

34. Le statut civil acquis par l'individu à l'étranger peut être considéré hétérodoxe par la société de référence de l'individu concerné. Si le statut civil a été acquis par l'individu à l'étranger uniquement dans le but de contourner les règles en vigueur dans la société où il vit et où il souhaite vivre, il arrive que la situation créée par lui reste irrémédiablement "boiteuse".

35. La tension entre orthodoxie et hétérodoxie est mise en lumière aujourd'hui par les conflits générés par la multiplication des statuts et quasi-statuts civils (civilement uni, marié, pacsé etc.) (IV.2.). Les conflits de lois naissant de la difficulté de reconnaître des unions ne correspondant pas au modèle de famille consacré par la loi du for, donc hétérodoxes par rapport à celles du for, ne sont résolus que par de compromis imparfaits, comportant la reconnaissance de certains effets de l'union, mais pas d'autres (IV.1.).

36. Ces conséquences malencontreuses affectent un principe général du droit international privé qui exige de garantir la continuité de la vie juridique des individus et éviter que celle-ci soit interrompue par la simple fixation du domicile d'un couple dans un autre pays. Cependant, en va différemment si le statut civil de l'individu n'est pas rendu boiteux à la suite de l'exercice de son droit de circuler librement dans les pays de l'Union ou, plus en général, à la suite de la fixation de son domicile dans un pays où il souhaite s'établir. Le droit international privé bénéficie, en ce cas, de l'expérience mûrie avec les mariages du polygame. Depuis quelques années, cependant, le droit international privé est confronté à un phénomène nouveau: le statut civil boiteux n'est pas la conséquence imprévue d'une émigration "stable" mais le résultat recherché d'un law shopping à l'étranger. L'émigration n'est que contingente et limitée au temps nécessaire à obtenir le statut octroyé par la loi étrangère. Le couple n'a aucune intention de s'intégrer à la société étrangère dont elle recherche une des institutions qui la forment. Ainsi, le statut boiteux devient une conséquence prévue et voulue et non pas le résultat imprévisible de l'intervention d'une loi dont l'application dans le pays du nouvel établissement était "inattendue". Les exemples qui suivent illustrent les deux situations et les solutions adoptées en perspective comparative<sup>27</sup>.

### 1. Le caractère boiteux des mariages du polygame

37. La reconnaissance d'un statut civil n'implique pas toujours une alternative entre un oui et un non: son objet peut être limité aux effets que le for accepte de faire produire à l'institution étrangère dans le for. Ainsi il arrive qu'un État fasse produire à l'institution étrangère des effets typiques de celle-ci mais pas d'autres. L'exemple classique est celui de la reconnaissance des effets du mariage polygamique, admis par certains courants religieux musulmans, israélites etc., mais "contraire à l'égalité des sexes" pour les "graves conséquences affectives et financières [que ce type de mariage peut avoir] pour la femme et les personnes à sa charge"<sup>28</sup>. Pour cette raison, les instances supranationales recommandent de "décourager et même interdire cette forme de mariage" gouvernée par des normes religieuses et coutumières qui résistent à la sécularisation du droit de la famille<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1955 (sur la théorie des attentes psychologiques des parties: *teoria psicologica dell'aspettativa*); SPERDUTI, "Théorie de droit international privé", *Recueil des cours*, t. 122, 1967, p. 191, définit la continuité de la vie juridique des individus "base de l'équilibre moral des particuliers". Sur notre thème, R. BARATTA, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des cours*, t. 348, 2011, p. 272. En Israël, ces exigences sont exprimées par M. SHAVA, *The Personal Law in Israel*, 4e éd., vol. 1, 2001, p. 80, même dans le cadre d'un changement de nationalité: "From the time that the parties acquired the status of being married under their national law, every change in their personal rights that will afterwards take place due to a change in their citizenship, will not deprive them of their status of married people". Sur l'évolution actuelle voir A. CHEN, "Secularisation of Family Law in Israel via Remarkable Judgments of the Supreme Court", *Yearbook of Private Int. Law*, vol. XX, 2018/2019, à paraître.

<sup>28</sup> Recommandation générale n° 21 (treizième session, 1994) *Egalité dans le mariage et les rapports familiaux*, du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

<sup>29</sup> *Ibidem*. Le comité s'inquiète de "constater que certains États parties, dont la Constitution garantit pourtant l'égalité des droits des deux sexes, autorisent la polygamie, soit par conviction, soit pour respecter la tradition, portant ainsi atteinte aux droits constitutionnels des femmes".

38. La transcription des mariages conclus lors de l'union en cours est interdite mais certains effets sont reconnus<sup>30</sup>. Ainsi, en dépit de la contrariété à l'ordre public français du mariage polygamique, la Cour de cassation n'a pas eu de difficultés à reconnaître le droit à une créance alimentaire à la seconde épouse de M. Chemouni<sup>31</sup>. De même, en Belgique, les deux femmes d'un bigame se sont vues reconnaître le droit d'être indemnisées par le responsable du décès de leur mari<sup>32</sup>.

39. Plus récemment, une pension de veuve a été accordée à la seconde épouse d'un bigame en vertu d'un accord bilatéral entre le Maroc et l'Espagne. A la suite de la mort d'un citoyen marocain, sa deuxième femme réclamait, au même titre que la première, une pension de réversion dans sa qualité de conjointe survivante. La question fut posée au Tribunal superior de justicia de Andalucia, qui a reconnu cet effet au mariage du bigame valablement célébré selon le rite musulman au Maroc. Il est vrai que le système juridique espagnol considère comme nul tout mariage contracté par des personnes déjà liées par un mariage précédent, non dissous ni déclaré nul. Toutefois, en vertu de l'accord bilatéral entre le Maroc et l'Espagne il est possible de reconnaître le deuxième mariage uniquement pour lui faire produire des effets dans le domaine de la sécurité sociale: ainsi la rente de veuve par un travailleur marocain doit être répartie en partie égales entre celles qui ont le statut de "conjoint" et, par conséquent, ont le titre pour en bénéficier<sup>33</sup>.

40. Un accord bilatéral du même genre régit les relations franco-algériennes avec la même finalité : celle de garantir une protection égale aux femmes du polygame<sup>34</sup>:

"En cas d'accident de travail suivi de mort, et si conformément à son statut civil la victime avait plusieurs épouses, la rente due au conjoint survivant est répartie également et définitivement entre les épouses"<sup>35</sup>.

41. Afin que le deuxième mariage puisse produire des effets en France<sup>36</sup>, il faut cependant que le statut civil du bigame soit admis par la loi compétente pour celui-ci. La jurisprudence française interprète extensivement cette règle en clarifiant qu'il faut encore que la seule société de référence de la famille du polygame soit la société qui admet la polygamie. Si une de deux épouses est intégrée à la société française, qui interdit la polygamie, la règle ne peut pas opérer, comme cela était le cas dans l'affaire *Baaziz*<sup>37</sup>.

M. Baaziz était un ressortissant français de religion musulmane qui était marié à une femme française et vivait en France. Il avait par la suite transféré son domicile en Algérie, acquis la nationalité algérienne et épousé une femme algérienne, sans que le précédent mariage n'ait été dissout. À son décès, la première épouse a demandé et obtenu d'être reconnue la seule conjointe survivante sur le territoire français. Après des vicissitudes judiciaires tortueuses, la Cour de cassation l'a admis, le 6 juillet 1988, en édictant que le deuxième mariage du polygame, contracté à l'étranger, ne pouvait produire aucun effet en France et que l'art. 29 de la Convention franco-algérienne ne s'appliquait pas en l'espèce.

<sup>30</sup> Il en va de même pour certaines institutions qui permettent la dissolution unilatérale du mariage: cf. dernièrement Appello Venezia, 9 avril 2015, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, p. 1029 ss., et la note par VANIN, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*.

<sup>31</sup> Cass. civ. (1<sup>e</sup> sect.), 28 janvier 1958 et 19 février 1963, aff. *Chemouni*, in B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, 2006, n° 30-31.

<sup>32</sup> Cour d'appel de Liège, 23 avril 1970, 4<sup>e</sup> ch., *Revue critique de droit int. privé*, 1975, p. 54, note P. GRAULICH.

<sup>33</sup> Cf. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, n° 1036/2015, 18 juin 2015, Rec. 591/2015, Diario La Ley, N° 8643, Sección La Sentencia del día, 11 novembre 2015, La Ley 136309/2015.

<sup>34</sup> Comp. l'art. 29 de la Convention bilatérale du 19 janvier 1965 sur la sécurité sociale, [https://basedoc.diplomatique.gouv.fr/exl-php/util/documents/accede\\_document.php?1549551455745](https://basedoc.diplomatique.gouv.fr/exl-php/util/documents/accede_document.php?1549551455745).

<sup>35</sup> *Ibidem*, italiques ajoutés.

<sup>36</sup> Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 3 janvier 1980, aff. *Beneddouche*, *Grands arrêts*, n° 61. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 avril 1986, *Revue critique de droit int. privé*, 1987, p. 374, note P. COURBE; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 14 février 2007 pourvoi n° 05-21.816.

<sup>37</sup> Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 6 juillet 1988, *Revue critique de droit int. privé*, 1989 p. 70, note Y. LEQUETTE.

42. La différence des solutions, dont la justification d'un point de vue théorique n'allait pas de soi, a été expliquée par la relativité du concept d'ordre public, qui conduit au développement des théories de l'effet atténué de l'ordre public, de l'ordre public de proximité ou, selon la nomenclature allemande, *Inlandsbeziehung*<sup>38</sup>.

43. Basées sur la localisation de l'espèce et de l'intensité de son rattachement aux ordres juridiques concernés, ces théories expliquent *a posteriori* des solutions imposées par la nécessité de protéger "les parties faibles" de la relation maritale. Ainsi, dans des contextes semblables de conflits générés par les mariages polygamiques, on a pu évoquer des arguments substantiels en faisant référence à un "ordre public international alimentaire"<sup>39</sup> ou encore à la primauté des droits sociaux sur le conflit des systèmes<sup>40</sup>.

## 2. Le statut civil boiteux de la personne de religion juive ayant contracté un mariage homosexuel ou mixte

44. En Israël, des effets juridiques sont reconnus aux couples de fait, y compris les couples homosexuels (*Zugot had miniim*), mais l'État n'admet aucune formalisation des ménages entre personnes homosexuelles puisque le droit de la famille relève exclusivement du droit religieux. Il en va de même en ce qui concerne les mariages entre une personne de religion juive et une personne de religion différente puisque plusieurs droits religieux interdisent des mariages "mixtes"<sup>41</sup>.

45. Cependant, Israël procède régulièrement à l'enregistrement dans ses fichiers de l'état civil des mariages homosexuels et partenariats enregistrés à l'étranger, par un raisonnement qui a été développé, à l'origine, en matière de reconnaissance de mariages mixtes, contraires aux principes fondamentaux de la religion "compétente". Le *leading case* porte sur la demande de transcription d'un mariage entre un homme juif israélien et une femme chrétienne belge dans le registre israélien de la population (*Schlesinger*)<sup>42</sup>. S'agissant d'un mariage interreligieux prohibé par la religion juive, l'officier de l'état civil

<sup>38</sup> *Amplius* sur la question de la reconnaissance des situations familiales incompatibles avec l'ordre public dans de l'État de référence v. *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux* (dir. Aldeeb Abu-Sahlieh et Bonomi), Zurich, 1999; B. ANCEL, "Le statut de la femme du polygame", *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Paris, 1993, p. 105 ss.; ID., "El derecho internacional privado francés actual ante las situaciones conyugales exorbitantes", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2008, p. 9 ss.; P. KINSCH, "Droits de l'homme et reconnaissance internationale des situations personnelles et familiales", in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale* (dir. Di Stefano et Sapienza), Napoli, 2012, p. 221, 232 s.; P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation: l'expérience française", *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 263 ss., et, sur l'ordre public de proximité: D. BODEN, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance – Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002; P. COURBE, "L'ordre public de proximité", *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Paris, 2005, pp. 227-239, spéc. 230; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, 2008; L. GANNAGÉ, "L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs", *Travaux du Comité français de droit international privé 2006-2008*, Paris, 2009, p. 204. Sur cette approche, voir les observations critiques de D. BODEN, "Requiem pour l'*Inlandsbeziehung*", *Revue critique de droit int. privé*, 2018, p. 882 s.; ainsi que P.-Y. GAUTIER, "Contre la 'balance des intérêts': hiérarchie des droits fondamentaux", *Dalloz*, 2015. 2189 mais, en Italie, pour la défense d'un approche flexible, voir G. DORIA, "La 'dissolvenza' del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa", *Rivista di diritto civile*, 2019, qui à p. 74, souligne que "il diritto può fare a meno della certezza ma non può fare a meno della giustizia".

<sup>39</sup> P. WAUTELET, "La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire", note sous Cass., 18 juin 2007, *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2008/19, p. 827.10.

<sup>40</sup> C. HENRICOT, "Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux", *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008, p. 825 ss.

<sup>41</sup> Voir A. CHEN, cit. note 27 et Y. COHEN, "Recognition or Non-Recognition of Foreign Civil Marriages in Israel", *Yearbook of Private Int. Law*, 2016/2017, pp. 321-340 at 339: "In Israel, where there is a separation of religion and state, marriage is governed exclusively by religion [...] The conflict is between religious law on the one hand, which is not limited by the borders of a country and does not recognize the rules of private international law, and civil law on the other hand, which desires to become part of the family of nations". Voir dans ce sens la décision CA 191/51 *Skornik v. Skornik*, 8 PD 141, 179 (1951) (Isr.), 158 et le commentaire par Y. COHEN à p. 327 *et suiv.* et A. CHEN, *ibidem*.

<sup>42</sup> HCJ 143/62 *Schlesinger v. The Minister of the Interior*, 17 PD 225 (1963) (Isr.). Le greffier du Registre de la population n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'examiner la validité d'un mariage et ne peut refuser l'enregistrement qu'en raison d'erreur manifeste, notamment si les documents sont faux et la cérémonie du mariage ne semble pas avoir eu lieu. Voir encore A. CHEN et Y. COHEN, note préc.

israélien avait refusé la transcription dans un premier temps mais fut contraint d'attester son existence par la suite. La transcription fut ainsi conçue comme attestation d'un fait plutôt que comme acte officiel de reconnaissance. La transcription a conduit à l'absurde conclusion que le mariage, attesté dans le registre, pouvait être reconnu et déterminer le changement de l'état civil de la femme – dont la “religion compétente” ne connaît pas l'empêchement de la différence de religion – mais ne pouvait pas entraîner le changement de l'état civil de l'homme en raison de sa contrariété aux préceptes religieux qui lui sont “applicables”.

**46.** Cette jurisprudence ouvre la voie à de situations boiteuses: le couple sera reconnu comme couple marié dans certains États, alors qu'en Israël seule la femme aura le statut personnel de femme mariée et elle sera mariée à un homme célibataire. En dépit des problèmes logiques et pratiques qui découlent de l'application de cette théorie, elle a servi de base au traitement administratif des mariages homosexuels conclus à l'étranger par des personnes vivant en Israël.

**47.** La jurisprudence en matière de mariages homosexuels conclus à l'étranger a, en effet, confirmé la théorie selon laquelle la transcription d'un mariage étranger ne comporte aucune reconnaissance du mariage en tant qu'acte juridique et que, en procédant à la transcription, l'officier de l'état civil se limite à constater qu'un fait nommé “mariage” dans un certain pays a eu lieu dans ce même pays.

**48.** En partant de ces prémisses, la Cour suprême d'Israël a tranché la question de la transcription des mariages homosexuels célébrés à l'étranger en autorisant la transcription de cinq mariages célébrés au Canada à la demande d'autant de couples homosexuels de sexe masculin<sup>43</sup>. Ces mariages ont pu être transcrits dans les fichiers de l'état civil israélien et donner lieu à la production de certains effets, notamment en matière fiscale, sans avoir aucune influence sur le statut civil des personnes mariées à l'étranger.

**49.** Le caractère boiteux de la situation juridique étrangère importé dans le for se manifeste, en outre, au moment de la crise conjugale. Les tribunaux rabbiniques s'estiment compétents pour prononcer le divorce des couples qui se marient civilement à l'étranger et, de plus, revendiquent une compétence exclusive pour la dissolution des mariages civils des juifs résidant en Israël<sup>44</sup>.

**50.** La dissolution du mariage des couples homosexuels dont le mariage est enregistré dans les fichiers de la population en Israël devient très problématique si l'état du lieu de célébration du mariage ne s'estime pas compétent pour sa dissolution. Ou bien le seul fait de la célébration d'un mariage est susceptible de créer un chef de juridiction pour une décision de divorce à l'étranger, autrement le couple ne pourra pas divorcer puisqu'en Israël le tribunal rabbinique tient le mariage pour nul.

**51.** Les exemples qui précèdent montrent que le respect des attentes de parties peut céder le pas aux exigences de cohésion sociale interne de l'état du for, surtout si la situation boiteuse peut être “imputée” à celle qui s'en prétend victime. En pareilles circonstances, l'application de la loi étrangère se trouve limitée par l'intervention, impérative ou supplétive, de la loi du for, si elle est capable d'imposer ses propres évaluations (*infra*, par. 61).

---

<sup>43</sup> Y. COHEN, p. 336 et A. CHEN, note préc. Il s'agissait de citoyens israéliens qui s'étaient rendus au Canada dans le but de célébrer un mariage civil pour ensuite retourner et vivre leur condition de couple marié en Israël. Dans cet État ils avaient demandé l'enregistrement de leur mariage dans le registre de la population. L'enregistrement est autorisé par la HCJ 3045/05 *Ben Ari v. Director of the Population Administration* (Nov. 21, 2006), Nevo Legal Database (by subscription) (Isr.).

<sup>44</sup> Z. TRIGER, “Freedom from Religion in Israel - Civil Marriages and Cohabitation of Jews Enter the Rabbinical Courts”, *Israel Studies Review*, 2012, pp. 1-17.

## VI. Le caractère impératif et supplétif du droit du for

### 1. La soumission des couples étrangers résidant en Suisse au régime matrimonial suisse applicable par défaut

52. Le droit international privé suisse permet un choix du régime matrimonial pourvu que les conditions requises par les articles 52 et 53 de la loi de droit international privé soient respectées. Le choix n'est pas libre mais suppose l'existence d'un rattachement significatif entre le droit élu et le régime matrimonial: il peut s'agir du droit de l'État du domicile conjugal, présent ou bien futur, ou encore celui de l'État dont l'un des conjoints a la nationalité<sup>45</sup>. Dans le cas du partenariat, la loi de l'État de l'enregistrement du partenariat peut aussi être choisie<sup>46</sup>.

53. En absence d'une *electio iuris* par les parties, une série – ou cascade – de critères désignent le droit applicable et visent, en premier lieu, le droit du milieu social dans lequel baigne la vie du couple : le droit du domicile conjugal actuel (art. 54.1 a) ou, si le couple ne cohabite plus ensemble au moment où la question se pose, le droit du lieu où le couple a eu le dernier domicile commun (art. 54.1 b). À défaut de domicile conjugal, vient en ligne de compte le droit de la nationalité commune, censé exprimer la culture juridique originaire du couple (art. 54.2).

54. A défaut d'un quelconque domicile commun, de nationalité commune, et de choix en faveur de la loi nationale de l'un de partenaires, le couple est soumis au régime suisse de la séparation des biens (art. 54.3).

55. En revanche, si les époux ont ou ont eu leur dernier domicile conjugal en Suisse, le droit suisse sera applicable, faute de choix d'une loi étrangère ou de contrat de mariage. Partant, tout couple qui fixe son domicile en Suisse, se soumet – qu'il en soit conscient ou pas – au régime matrimonial suisse applicable par défaut, qui est celui de la participation aux acquêts (articles 9 ss. du code civil suisse).

56. De plus, le régime de la participation aux acquêts rétroagit au jour du mariage. Ainsi, la règle est renforcée par la prévision d'une règle qui permet de gérer les conflits inter-temporels et qui veut, en même temps, prévenir le morcellement des lois applicables aux régimes matrimoniaux:

Art. 55 II. – 1. En cas de transfert du domicile des époux d'un État dans un autre, le droit du nouveau domicile est applicable et *rétroagit* au jour du mariage. Les époux peuvent convenir par écrit d'exclure la rétroactivité. 2. Le changement de domicile n'a pas d'effet sur le droit applicable lorsque les époux sont convenus par écrit de maintenir le droit antérieur ou lorsqu'ils sont liés par un contrat de mariage.

57. Cette solution a plusieurs avantages. D'une part, les autorités publiques confrontées au régime matrimonial de couples d'origine étrangère résidant en Suisse (juge du divorce, autorités fiscales, autorités préposées à la prévoyance professionnelle etc.) auront moins fréquemment besoin de résoudre le problème de la loi applicable au régime matrimonial si le couple est résident en Suisse et n'oppose pas le choix d'un régime matrimonial particulier. D'autre part, il n'y a pas besoin de connaître le contenu du droit étranger, ni d'en mesurer la conformité au droit suisse. Troisièmement, les situations et relations interpersonnelles des étrangers qui vivent en Suisse sont assimilées aux autres. Le nombre de couples

<sup>45</sup> *Amplius* M. JAMETTI GREINER, Th. GEISER, "Die güterrechtlichen Regeln des OPR-Gesetzes", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 1991, p. 1-43; B. DUTOIT, "Le nouveau droit international privé suisse des régimes matrimoniaux", *Fiches juridiques suisses*, n° 947, Genève, 1992, art. 53.

<sup>46</sup> Art. 65c, al. 2, loi de droit international privé: "En sus des droits désignés par l'art. 52, al. 2, les partenaires peuvent choisir le droit de l'Etat dans lequel le partenariat a été enregistré". Ainsi, l'art. 65c, al. 2, offre la possibilité aux partenaires de choisir, en tant que loi applicable à leur partenariat, en plus du droit du pays où "sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après la célébration du mariage" ou du "droit d'un Etat dont l'un d'eux a la nationalité" (cf. l'art. 52 de la loi de droit international privé applicable par analogie) mais aussi "le droit de l'Etat dans lequel le partenariat a été enregistré".

ayant des liens avec un ou plusieurs pays étrangers étant assez important<sup>47</sup>, les répercussions de ce choix se présument favorables et pour l'administration publique et pour les particuliers qui sont intégrés à la société suisse.

**58.** Cependant, la solution comporte des désavantages pour les couples qui méconnaissent les conséquences juridiques que comporte la fixation d'un domicile commun en Suisse. Ces conséquences peuvent paraître assez lourdes chez les couples qui gèrent leur vie de couple en obéissant à des règles qui ne correspondent pas à celles auxquelles il est possible de donner effet en Suisse.

**59.** Le choc de l'effet de surprise qui en découle concerne en particulier les couples qui obéissent à la *Sharia*. La *Sharia* contient une réglementation des rapports patrimoniaux impérative, prévoyant la séparation des biens, à laquelle les époux ne peuvent pas déroger par contrat<sup>48</sup>. La femme n'est propriétaire que de la dot payée par le mari lors du mariage et qui peut aller d'une somme symbolique à une somme capable d'assurer les besoins matériels de la femme, par exemple en cas de divorce<sup>49</sup>. Lors du transfert de leur résidence conjugale en Suisse, ces couples se trouvent dans une impasse: d'un côté, leur loi nationale ne leur permet pas d'effectuer un choix quant à la réglementation de leur régime matrimonial, qui reste soumis aux règles de la *Sharia*; de l'autre côté, le pays de leur domicile considère que la fixation du domicile conjugal en Suisse vaut acceptation implicite du régime matrimonial suisse applicable à défaut de choix.

**60.** Le conflit des lois entre le pays de leur nationalité et celui de leur domicile habituel devient dès lors irréductible et ne peut être résolu que par la loi capable d'imposer ses propres évaluations: celle qui peut ordonner des mesures d'exécution sur le patrimoine du couple.

**61.** En droit international privé, le principe d'effectivité exprime le lien entre compétence législative et pouvoir de coercition. Déjà mis en évidence par Bartolo da Sassoferrato et Bertrand d'Argentré, le principe exige de donner la primauté au système juridique le "plus fort", c'est-à-dire le système plus en mesure de faire prévaloir son point de vue sur la loi applicable. Le principe a été théorisé par Franz Kahn qui utilise l'expression *Näherberechtigung*, la compétence la plus proche, et fut repris par Wengler et Wolff, qui parle à cet égard de la recherche de la plus grande proximité (*der größeren Nähe*)<sup>50</sup>.

## **2. La soumission du mariage homosexuel formalisé à l'étranger aux règles prévues pour les unions typées suisses et italiennes**

**62.** Les systèmes de droit civil qui opèrent une distinction entre mariage et partenariat enregistré, reproduisent la distinction en droit international privé, afin de respecter la cohésion de leur ordre juridique.

**63.** L'auteur classique le plus convaincu de la nécessité de refléter, en droit international privé, les conceptions du droit interne fut Étienne Bartin, actif à une époque caractérisée par une certaine tendance des ordres juridiques à se replier sur eux-mêmes. En raison de cette vision, Bartin est considéré à

<sup>47</sup> En 2017, le 14% des couples résidentes en Suisse étaient formés par des personnes qui n'avaient pas la nationalité suisse à la naissance, le 32% étaient mixtes et le 54% seulement étaient formés par deux personnes qui avaient, les deux, la nationalité suisse à la naissance. Voir Y. CSONKA, A. MOSIMANN, *Les familles en Suisse*, Annexe statistique du rapport du Conseil fédéral du 26 avril 2017 en réponse aux postulats 12.3144 Meier-Schatz du 14 mars 2012 et 01.3733 Fehr du 12 décembre 2001.

<sup>48</sup> Cf. S. ALDEEB, "Le régime matrimonial. Institutions de droit musulman", in *Le droit musulman de la famille*, cit., p. 138 ss. et Id., *Mariages entre partenaires suisses et musulmans*, brochure de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 2003, p. 21 ss., où l'auteur suggère aux personnes soumises à la *Sharia* qui entendent s'établir en Suisse la conclusion d'un contrat réglant les questions économiques. Une réglementation économique peut, le cas échéant, être établie dans le cadre du paiement du douaire (*Mahr*): P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts, Lost in Transplantation*, Farnham, 2010.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> F. KAHN, *Gesetzeskollisionen*, 1928 (1891), pp. 31-46. Voir T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 249.

l'origine d'une redoutable conception "nationaliste" du droit international privé<sup>51</sup>. En effet, l'harmonie systématique entre le droit civil et le droit international privé a souvent paru incohérente avec les prémisses universalistes de notre discipline, du moment que le respect des attentes légitimes des parties peut requérir de renoncer à son propre point de vue pour adopter celui d'un autre système<sup>52</sup>.

**64.** Cependant, au-delà des avantages théoriques et pratiques évoqués (*supra* n° 56), le principe de cohésion de l'ordre interne guide plusieurs solutions normatives au conflit des lois<sup>53</sup>. Ainsi, la loi de droit international privé suisse édicte dans son article 45, al. 3, qu'un mariage étranger sera considéré un partenariat enregistré si les époux sont du même sexe:

Art. 45 III. – 1 Un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse. 2 Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'é luder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse. 3 *Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré.*

**65.** Une règle semblable<sup>54</sup> est en vigueur en Italie mais limite la "transformation" du mariage étranger, de par la limitation de ses effets, au cas où un citoyen italien serait concerné:

Art. 32-bis. – 1. Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana<sup>55</sup>.

**66.** L'écart entre règles de droit international privé suisses et italiennes augmente quand il s'agit de reconnaître des partenariats enregistrés à l'étranger. La loi de droit international privé suisse considère une série de partenariats étrangers équivalents au partenariat suisse et utilise une règle bilatérale pour déterminer la loi applicable, alors que le droit italien importe la loi du pays qui a permis le perfectionnement de l'union.

**67.** Tout comme les personnes mariées à l'étranger, les partenaires enregistrés à l'étranger ont la possibilité de continuer à vivre selon des règles étrangères en Suisse, avec les mêmes limites ou des limites semblables<sup>56</sup>:

Art. 65 a1, I. Les dispositions du chap. 3 s'appliquent par analogie au partenariat enregistré, à l'exception de l'art. 43, al. 2.

**68.** Le partenariat enregistré est considérée par la loi de droit international privé suisse comme une institution "fongible", susceptible d'être importée en Suisse par une règle de conflit bilatérale classique<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Sur cette catégorisation, voir N. HATZIMIHAIL, "On mapping the conceptual battlefield of private international law", *Hague Yearbook of Int. Law*, 13, 2000, p. 57 ss.

<sup>52</sup> *Supra* (note 27).

<sup>53</sup> M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Paris, 2005, p. 75 ss.

<sup>54</sup> Cf. le *Decreto legislativo* 19 janvier 2017, n° 7, qui a modifié la loi n° 218 de 1995.

<sup>55</sup> La règle italienne a pu être critiquée pour des difficultés applicatives déjà pressenties, notamment en cas des citoyennetés multiples: O. LOPEZ PEGNA, "Effetti dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato", *Riv. dir. int.*, 2017, p. 527, qui suggère une interprétation restrictive ayant en vue la limitation de l'opérativité de la règle pour les cas où l'italienne ne serait pas la nationalité "la plus effective". En outre, on a pu y voir la création d'un régime capable de produire une discrimination entre personnes domiciliés en Italie, fondée, de surcroît, sur la nationalité italienne, en lien avec la décision de la *Corte di cassazione*, 9 janvier 2001 n° 1, *Famiglia e diritto*, 2001, p. 282. *Contra* D. DAMASCELLI, "La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europeo", *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1103.

<sup>56</sup> Comp. *supra*, par. 5.1. sur l'application du droit suisse au régime matrimonial des époux résidents en Suisse qui n'ont pas choisi un régime matrimonial spécifique. D'autres cas d'application impérative du droit suisse concernent les obligations alimentaires.

<sup>57</sup> L'idée que l'équivalence est à la base des règles "bilatérales" de droit international privé a été explorée en Italie par E. VITTA, "Il principio dell'uguaglianza tra "lex fori" e diritto straniero", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, p.

69. Le principe d'équivalence justifierait le désintéret du législateur du droit international privé à imposer ses propres paramètres de justice substantielle. Ainsi, il peut limiter la réglementation du cas transnational à des règles assurant la juste collocation spatiale de l'espèce. C'est l'équivalence substantielle entre les institutions juridiques qui prévoient des "partenariats étrangers", des "unions civiles" ou toute consécration d'un couple homosexuel, y compris le mariage, qui permet de prendre des ordres juridiques étrangers d'enregistrement de l'union seulement "la circonstance de leur perfectionnement". Les *nomina iuris* étrangers sont traduisibles par le *nomen iuris* suisse. Il devient ainsi possible d'attribuer à l'union conclue à l'étranger les effets juridiques prévus par la loi désignée par la règle de conflit bilatérale classique édictée par le législateur suisse<sup>58</sup>. Ce n'est que lorsque le droit étranger désigné ignore l'institution, que l'application du droit suisse intervient par défaut:

Art. 65c III, loi de droit international privé: 1 Lorsque le droit applicable en vertu du chap. 3 ne connaît pas de dispositions applicables au partenariat enregistré, le droit suisse est applicable, sous réserve de l'art. 49 [en matière d'obligation alimentaire].

70. Le but de garantir aux partenaires homosexuels une union typée inspire également la règle résiduelle italienne:

Art. 32-ter, loi n° 218 de 1995: 1. [...] Se la legge applicabile non ammette l'unione civile tra persone maggiorenne dello stesso sesso si applica la legge italiana.

71. Cependant, en Italie, l'application du droit italien au partenariat n'a pas une fonction uniquement résiduelle, qui ne se voudrait que fonctionnelle à assurer au "partenaire faible" les effets juridiques patrimoniaux prévus par le droit italien. La démarche italienne est, en effet, plutôt statutiste que savignienne<sup>59</sup>. D'une part, la transcription de l'acte étranger ayant créée l'union typée liant des citoyens italiens résidents en Italie a pour effet celui d'harmoniser les effets du partenariat enregistré étranger à ceux de l'union typée nationale<sup>60</sup>.

Art. 32-quinquies. 1. L'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana.

Si les deux partenaires ont la nationalité italienne, les effets que le droit étranger rattache au partenariat que son ordre juridique créé – notamment en matière de statut personnel, de présomption de paternité, de pension de veuve, de partage de la prévoyance professionnelle etc. – pourront se produire en Italie seulement si conformes aux effets qui découlent de la célébration d'une union civile de droit italien. Il s'agit d'une variante de la règle anti-élusive désignée en allemand par le nom de *Kappungsregel*<sup>61</sup>.

13 ss., qui retrouvait son fondement, d'une part sur l'égalité des personnes et, d'autre part, sur la conception "internationaliste" de Pasquale Stanislao Mancini. A la base de l'équivalence, il y a l'unité idéale de l'ordre médiéval sous la bannière de la puissance impériale et religieuse (la *res publica christiana*). L'unité du système juridique du Moyen Âge en dépit des différences spécifiques découlant des coutumes et des réglementations municipales justifie la reconnaissance automatique des situations juridiques créées à l'étranger comme l'expliquent plus récemment T. BALLARINO, L. MARI, "Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea", *Riv. dir. int.*, 2006, pp. 1 ss. pp. 24 ss., notamment par les observations sur le principe "*unum imperium, unum ius*" à la base de la règle médiévale sur la validité de la décision *extra territorium iudicantis*.

<sup>58</sup> Il s'agit de la même règle de droit international privé prévue pour le mariage, avec une autonomie de la volonté élargie.

<sup>59</sup> Sur les statutistes voir notamment B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, 2017, p. 439 ss. et sur Savigny, *ibidem*, p. 473 et suiv.

<sup>60</sup> Ces règles sont inspirées par l'art. 17b, par. 4, EGBGB (c.d. *Kappungsklausel*) qui limite la reconnaissance des effets à ceux que l'union étrangère peut produire dans l'ordre juridique du for. Ces règles visent essentiellement à empêcher le recours aux technologies de reproduction assistées et à la *stepchild adoption*: M. STAUDINGER, A. GEBAUER, "Registrierte Lebenspartnerschaften und die Kappungsregel des Art. 17b Abs. 4 EGBGB", *IPRax*, 2002, p. 275 ss.

<sup>61</sup> Note préc.



72. Comme l'art. 32-*bis*, l'art. 32-*quinquies* limite son propre champ d'application aux situations connexes avec l'Italie par un lien d'appartenance juridique: la nationalité des partenaires<sup>62</sup>.

73. Hormis le cas de partenaires italiens, le droit applicable à l'union constituée à l'étranger dont les effets sont susceptibles de se produire en Italie est la loi de l'État qui a permis la formation de l'union.

Art. 32-*ter* loi n° 218 de 1995: 4. I rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita. A richiesta di una delle parti il giudice può disporre l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata. Le parti possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede.

74. Il est cependant possible pour chacun de partenaires de demander l'application de la loi de l'État où le partenariat se déroule<sup>63</sup>. Cette règle est conforme à l'art. 26 du règlement européen 2016/1104, qui rend inopérante la partie de la disposition relative aux rapports patrimoniaux entre les parties, dès le 29 janvier 2019<sup>64</sup>:

1. [...] la loi applicable aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré est la loi de l'État selon la loi duquel le partenariat enregistré a été créé.
2. À titre exceptionnel et à la demande de l'un des partenaires, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1 régit les effets patrimoniaux du partenariat enregistré si la loi de cet autre État attache des effets patrimoniaux à l'institution du partenariat enregistré et si le partenaire qui a fait la demande démontre que:
  - a) les partenaires avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période d'une durée significative; et
  - b) les deux partenaires s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux.

La loi de cet autre État s'applique à partir de la date de création du partenariat enregistré, à moins que l'un des partenaires ne s'y oppose. Dans ce dernier cas, la loi de cet autre État produit ses effets à partir de la date de l'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

75. Au cœur du règlement européen en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (et à la différence du règlement en matière de régimes matrimoniaux) nous trouvons la règle *auctor regit actum*<sup>65</sup>. Il est possible de voir dans l'adoption de la règle *auctor regit actum* des systèmes italiens et européen une attitude statutiste, focalisée sur la délimitation de la sphère d'efficacité des règles de

<sup>62</sup> Sur les normes qui limitent leur propre champ d'application, cf. Ph. FRANCESCakis, "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate", *Revue critique de droit int. privé*, 1966, p. 1; R. DE NOVA, "Norme autolimitate e autonomia delle parti", *Diritto int.*, 1971, vol. 25, p. 239 ss., et la version anglaise "Self-Limiting Rules and Party Autonomy", *Adelaide Law Review*, 1973, p. 1 ss.; A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich, 1998, p. 158 ss., et, récemment, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 46 ss.

<sup>63</sup> L'application de ces deux lois au régime matrimonial des partenaires peut être écartée seulement moyennant un accord de parties quant à la loi applicable. Ce choix connaît les mêmes limites que le choix de la loi applicable au régime matrimonial: s'agissant de la loi d'un État dont l'un d'eux a la nationalité ou où l'un d'eux est domicilié. Comp. la règle suisse sur l'autonomie de la volonté, *supra*, note 60. Comp. aussi la règle italienne prévue pour les relations patrimoniales entre époux: "Art. 30. (Rapporti patrimoniali tra coniugi) – 1. I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali. I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede. 2. L'accordo dei coniugi sul diritto applicabile è valido se è considerato tale dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato [...]".

<sup>64</sup> Considérant 11 et art. 70 du règlement (UE) 2016/1104.

<sup>65</sup> Règle forgée par M.-L. NIBOYET, "Le conflit des autorités: la règle *auctor regit actum*", *Revue critique de droit int. privé*, 1948, p. 397; ID., *Traité de droit international privé français*, t. VI, 1, Paris, 1949, n° 1571 et s.

l'ordre juridique compétent<sup>66</sup>. De plus, la caractéristique principale de la réglementation italienne concerne la distinction entre cas "italiens" – identifiés afin d'en harmoniser les effets à ceux des *unioni civili* – et cas "non-italiens" qui peuvent continuer à être réglés par l'ordre juridique compétent même si celui-ci prévoit des effets inconnus en Italie. Les règles italiennes concernant les effets de l'*unione civile* priment sur les règles de l'ordre juridique compétent si les citoyens italiens sont concernés, alors que les partenaires non-italiens sont soumis à la règle *auctor regit actum*.

76. La règle *auctor regit actum* présente l'avantage de garantir une grande stabilité à la situation des personnes qui, optant pour l'enregistrement d'une union particulière, ont des attentes également particulières quant aux droits et devoirs qui en découlent. Cependant, *auctor regit actum* vaut *locus regit actum*: un adage qui évoque le principe de la liberté de forme et celui du *favor validitatis*, originairement conçus pour alléger le poids de prescriptions solennelles et formelles dans les relations purement patrimoniales entre personnes<sup>67</sup>.

77. L'on constate ici que les techniques utilisées pour limiter l'autonomie de la volonté en matière familiale sont différentes. Pour ce qui concerne la Suisse, le maintien de l'*escape clause* de la fraude à la loi suisse est réputée capable de garantir que le partenariat n'a pas été enregistré à l'étranger pour éluder des dispositions suisses<sup>68</sup>.

78. Plus méfiant, le législateur italien – qui a d'ailleurs toujours réfuté le concept de fraude à la loi en raison des problèmes d'ordre logique qu'il pose – ne permet tout simplement pas que les partenariats qu'il considère italiens et pour lesquels il se considère l'ordre juridique compétent, puissent produire des effets juridiques différents des effets prévus par la loi italienne.

79. Normalement, deux personnes ont intérêt à formaliser leur relation si l'ordre juridique auquel elles demandent de lui faire produire des effets, leur garantit la production desdits effets. Les attentes des parties quant à la production des effets personnels et patrimoniaux de leur union se fondent sur l'ordre juridique de référence de l'union (normalement le lieu du domicile du couple). Une des fonctions traditionnellement attribuées au droit international privé est celle de prévenir ou offrir des remèdes à la situation boiteuse créée par l'intervention inopinée d'une loi étrangère, susceptible de générer un "effet de surprise", notamment par le biais de la reconnaissance de l'institution étrangère ou moyennant une adaptation de ses effets aux exigences administratives du for. Il y a lieu de se demander si ce genre de raisonnement et les techniques développées en droit international privé afin de garantir l'harmonie internationale de solutions peuvent être transposés aux mariages et unions boiteuses quand le caractère boiteux n'est pas l'effet de l'intervention – surprenante pour les parties – d'une loi imprévue, mais l'effet d'un *law shopping*. Il est en effet difficile de nier que le recours au *law shopping* par les couples homosexuels désireux d'obtenir des effets inconnus par l'ordre juridique de référence fausse la perspective du "respect des attentes légitimes des parties", théorisée par QUADRI. Le *law shopping*, utilisé pour remédier aux insuffisances ressenties dans l'ordre juridique de référence, devient plutôt un instrument de pression dans la poursuite d'objectifs de politique législative ayant pour but la réforme du droit civil de la famille de la société de référence du couple. Cette stratégie se heurte à la liberté de chaque ordre juridique de décider de manière démocratique les effets à faire produire aux unions qui se sont formalisées à l'étranger. Comme on vient de le voir, l'ordre juridique du for peut s'octroyer (et s'octroier) un droit de regard et de contrôle en sacrifiant les attentes de parties pour préserver la cohésion sociale interne du for. L'objet de ce contrôle est l'acte étranger dont il s'agit de faire produire ou bien les effets que l'ordre

<sup>66</sup> L'importance de l'ordre juridique où se situe l'*auctor* n'est pas ignorée par l'ordre juridique suisse comme le montre le nouveau texte de l'art. 65d IV loi de droit international privé: "Les décisions ou mesures étrangères sont reconnues en Suisse: a. lorsqu'elles ont été rendues dans l'État dans lequel le partenariat a été enregistré, et b. si l'action ne pouvait être intentée ou la requête déposée dans un État étranger dont la compétence est reconnue en Suisse selon les dispositions du chap. 3, ou si l'on ne pouvait raisonnablement exiger qu'elles le soient".

<sup>67</sup> T. BALLARINO, *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, Padova, 1970, spéc. p. 280 et suiv.

<sup>68</sup> Cf. sur cette disposition A. BUCHER, *Commentaire romand*, cit., p. 443 et p. 552.

juridique – *auctor* de la formalisation – fait découler de ladite union, ou bien d’autres effets, qui seraient plus orthodoxes du point de vue de l’Etat du for.

**80.** Parmi les effets des mariages et institutions assimilables au mariage, on distingue traditionnellement, les effets patrimoniaux – très divergents d’un ordre juridique à l’autre – et les effets personnels, qui consistent essentiellement à modifier le statut civil de deux partenaires. Évidemment, les effets personnels présentent moins de divergences d’un point de vue comparatif, puisqu’ils consistent à savoir si, *oui ou non*, la formalisation de la relation a fait perdre aux partenaires leur capacité matrimoniale. Si ladite formalisation n’a pas d’incidence sur le statut civil des partenaires, chacun demeurera libre de se marier avec un tiers sans besoin de dissoudre au préalable l’union auparavant formalisée.

## VII. Les unions typées entre reconnaissance et équivalence

**81.** Par la transcription de l’acte étranger dans ses propres registres administratifs, l’ordre juridique du for certifie qu’une personne a un statut juridique typique, auquel le droit du for rattache des effets juridiques typiques. Dans le cas de la transcription d’un mariage dans les registres de l’état civil, un effet qui se produit immédiatement est celui de créer un empêchement à tout autre mariage (cet effet se produit dans la plupart des pays, qui n’admettent pas la polygamie), partenariat ou union. Partant, une importance particulière revêt, en ce domaine, l’examen de l’incidence du mariage ou partenariat conclu à l’étranger sur le statut civil de l’intéressé, sur sa capacité matrimoniale. Il s’agit de vérifier, essentiellement, si la situation créée à l’étranger correspond à un statut soumis à transcription dans le fichier de l’état civil du for. Pour évaluer cette question, il est nécessaire de vérifier si l’acte a créé à l’étranger une situation juridique identique – ou du moins compatible – à la situation qui est soumise à transcription dans le for<sup>69</sup>.

**82.** L’office de l’état civil procède ainsi à une comparaison entre le partenariat enregistré provenant de l’étranger et le partenariat enregistré du for afin de vérifier si les deux unions typées sont équivalentes. Pour vérifier ladite équivalence, il procède à la qualification, du point de vue interne, de la situation créée par l’autorité étrangère.

**83.** La notion de qualification est amphibologique: dans un premier sens il s’agit de la subsumption d’une catégorie du droit étranger dans l’énoncé (*fattispecie, Tatbestand*) d’une règle de droit international privé du for (déjà sélectionnée); dans un deuxième sens il s’agit de la recherche de la nature “inhérente” à un phénomène social, avant même qu’il soit catégorisé par un droit national, pour choisir la règle de droit international privé applicable. Ici, on fait référence au premier des deux sens: s’agissant de vérifier si l’acte juridique étranger rentre ou non dans la catégorie du for<sup>70</sup>.

**84.** L’examen de l’équivalence n’est pas à confondre avec l’analyse préalable à la reconnaissance des effets d’une situation créée à l’étranger (par. 4). L’équivalence implique une identification préalable des éléments-clé de la notion de l’institution du for, à confronter avec les variantes étrangères qui paraissent homologues. En deuxième lieu, cet examen demande la vérification de la compatibilité entre – d’une part – l’acte étranger ayant créé le partenariat et – d’autre part – l’acte national soumis à transcription.

<sup>69</sup> Sur le principe d’équivalence substantielle voir notamment H. GAUDEMET-TALLON, “De nouvelles fonctions pour l’équivalence en droit international privé?”, in *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 303; B. ANCEL, “Corte costituzionale italiana, 26 février 1987 n. 71”, *Revue critique de droit int. privé*, 1987, p. 563; B. ANCEL, H. MUIR WATT, à propos de Cassation 13 avril 1999, Compagnie Royale belge c. Société Lilloise d’assurances, *ibidem*, 1999, p. 698 et les observations critiques de S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Paris, 2004, p. 452.

<sup>70</sup> Sur le problème de qualification voir B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l’épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1977 et ID., “L’objet de la qualification”, *Journal du droit int.*, 1980, pp. 227 ss.; P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 2007, pp. 365 ss.; P. NORTH, J. FAWCETT, J. CARRUTHERS, *Cheshire, North and Fawcett, Private International Law*, Oxford, 2008, pp. 42 ss., distinguent l’opération de *classification of the cause of action* (recherche de la nature juridique véritable d’une action) de la *classification of a rule of law* (interprétation d’une norme juridique). *Amplius* sur le caractère amphibologique de l’opération de qualification, I. PRETELLI, *Garanzie del credito e conflitti di leggi*, Napoli, 2010, p. 18 ss.

85. Afin de juger de l'équivalence de l'institution étrangère, il est important de vérifier lesquels, parmi les éléments typiques de l'institution du droit interne, sont des critères "identitaires" afin de les distinguer des éléments purement accessoires.

86. Le but d'un examen de l'équivalence n'est pas le même de celui de la reconnaissance. Une certification de l'équivalence permet de faire produire à l'institution étrangère, au-delà des effets prévus par l'ordre juridique étranger qui a créé l'institution, les effets typiques de son homologue du for. De plus, il s'agit d'un examen préalable et indépendant d'une exigence pratique et réelle. Il présuppose une analyse de droit comparé visant à décerner les similitudes et les différences entre institutions à première vue similaires créées par des ordres juridiques différents. Bien évidemment, un examen préalable de l'équivalence permet une évaluation plus rapide des effets susceptibles d'être reconnus à l'institution étrangère – dont l'équivalence avec l'institution comparable du for a été déjà mesurée – dans l'ordre juridique du for.

87. L'équivalence de l'institution étrangère à une institution façonnée par l'ordre juridique du for permet à ce dernier de faire produire à l'institution étrangère les mêmes effets que l'institution du for (VI.1). A l'aune d'une comparaison entre l'institution étrangère et l'institution interne, l'état du for décide quels actes formalisés à l'étranger correspondent à des actes connus par le for, au point qu'ils peuvent produire les mêmes effets des actes internes.

88. Dans un système fondé sur le multilatéralisme, tel que celui qui a été bâti après les guerres du XXe siècle, la liberté de l'état du for de nier la reconnaissance de l'institution étrangère hétérodoxe augmente proportionnellement à l'importance du conflit entre morales opposées, pour se réduire considérablement au moment de l'établissement d'une morale dominante (VI.2).

## 1. L'équivalence des unions étrangères au partenariat suisse

89. En Suisse, un examen de l'équivalence de l'acte étranger est régulièrement effectué pour identifier les partenariats étrangers qui peuvent être considérés équivalents au partenariat suisse et être transcrits dans le registre de l'état civil<sup>71</sup> suivant l'art. 7 de l'ordonnance sur l'état civil suisse<sup>72</sup>.

90. Il est possible d'extraire de la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart)<sup>73</sup> trois éléments susceptibles de mesurer l'équivalence des institutions étrangères: *i*) le consentement exprimé devant l'officier compétent de l'État *a quo* (et attestant l'existence d'une volonté réelle, cf. arts. 7 et 10 LPart)<sup>74</sup>; *ii*) l'exclusivité de la relation sentimentale : *i.e.* l'absence – pour chacun de partenaires – de liens de parenté, ainsi que de liens découlant d'un mariage ou d'un autre partenariat (art 4, 26 LPart)<sup>75</sup>; *iii*) la communauté de vie et de ressources en suite de l'enregistrement de la déclaration de volonté (art. 12 et suiv., 18 et suiv., 27 LPart).

91. D'autres éléments des réglementations du partenariat enregistré concernent, d'une part, la titularité – assurée ou pas – de droits successoraux réciproques de partenaires et, d'autre part, la possibilité – affirmée ou niée – d'avoir une filiation assimilable à la filiation biologique<sup>76</sup>. Ces éléments ne sont

<sup>71</sup> Voir la méthodologie de l'étude cité *supra* (note 8), p. 4 ss.

<sup>72</sup> L'ordonnance sur l'état civil suisse (RS. 211.112.2) prévoit l'enregistrement des données suivantes: a. naissance; b. enfant trouvé; c. décès; d. décès d'une personne non identifiée; e. déclaration concernant le nom; f. reconnaissance d'un enfant; g. droit de cité; h. préparation du mariage; i. mariage; j. dissolution du mariage; k. changement de nom; l. lien de filiation; m. adoption; n. déclaration d'absence; o. changement de sexe; p. préparation de l'enregistrement du partenariat; q. enregistrement du partenariat; r. dissolution du partenariat.

<sup>73</sup> RS. 211.231.

<sup>74</sup> Cf. M. MONTINI, "Premières expériences en rapport avec l'application de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe", *Revue de l'état civil*, 2008, 3, p. 96 ss.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> Pour des plus amples considérations sur le droit international privé suisse en matière de partenariat enregistrés voir notamment C. WIDMER, "Die eingetragene Partnerschaft im schweizerischen IPR-Gesetz", *IPRax*, p. 155 ss.; A. BUCHER, "Le

pas décisifs dans l'évaluation de l'équivalence en raison de leur caractère accessoire. En d'autres termes, la présence de ces éléments (ou de l'un des deux) n'est pas susceptible de discriminer les partenariats, en ouvrant la voie à une tripartition entre *mariages*, partenariats enregistrés identiques au mariage et partenariats homogènes au partenariat "suisse"<sup>77</sup>.

92. Ainsi, la présence ou l'absence de ces éléments dans le régime étranger du partenariat n'influence pas la transcripabilité de l'acte étranger d'enregistrement dans les fichiers de l'état civil suisse. En effet, les droits successoraux constituent un simple corollaire de la communauté de vie et du patrimoine entre les partenaires et peuvent constituer une preuve efficace de l'équivalence entre le partenariat étranger et le partenariat suisse, mais leur absence dans un régime étranger ne saurait pas affecter irrémédiablement l'existence d'un partenariat entre deux personnes. Il en va de même pour ce qui concerne la possibilité d'adopter des enfants: la *ratio* du partenariat enregistré suisse est celle de servir de cadre à l'organisation de la vie sentimentale d'un couple et la possibilité normative pour ledit couple d'élever les enfants de l'un, de l'une, de l'autre ou des deux partenaires, ou l'absence d'enfants, ne saurait affecter l'existence même d'un partenariat, ni en changer la nature<sup>78</sup>.

93. Une certaine influence pour l'établissement du statut personnel, en revanche, est reconnue aux modes de dissolution des partenariats étrangers. Évidemment, aucune des législations étrangères connues n'a créé des unions homosexuelles et/ou de partenariats à caractère irréversible<sup>79</sup>, cependant les conditions de ladite réversibilité et les prestations compensatoires à la suite de la dissolution sont très variables. Le régime de la dissolution est en lien étroit avec la nature du partenariat: les partenariats de type contractuel étant souvent dissouts *ope legis*<sup>80</sup>, alors que les partenariats qui affectent le statut personnel des intéressés nécessitent de l'intervention d'une autorité pour leur dissolution, notamment pour surveiller la liquidation du régime de la propriété du couple.

94. A la lumière des éléments identifiés par l'office de l'état civil suisse, ne sont pas considérés équivalents au partenariat suisse – et ne sont donc pas transcripables en Suisse – les unions typées suivantes: le PACS français; la cohabitation légale belge; le partenariat enregistré luxembourgeois; le partenariat croate; le partenariat non enregistré hongrois; l'union portugaise *de facto*; le partenariat dans les États américains du *District of Columbia*, d'Hawaii, du Maine, de Massachusetts, de New York et du Wisconsin; l'union *estable de parella* de Andorra; les unions des États latino-américains comme l'union *civil* et l'union *convivencial* de l'Argentine; l'union *marital de hecho* de Colombie; l'union *estable y monogámica* de l'Équateur; la *sociedad de convivencia* de Mexico DF; l'union *concubinaria* de l'Uruguay; les unions de fait israéliennes; la *common law relationship* canadienne; la *de facto relationship* de Nouvelle-Zélande. En définitive, l'office de l'état civil suisse considère équivalents au partenariat suisse les partenariats étrangers en présence des éléments suivants : *i*) l'inscription de l'union dans un registre de l'état civil, pour les pays qui gardent un registre des unions typées; *ii*) leur conclusion à la suite d'une procédure d'enregistrement; *iii*) la création par le partenariat d'un empêchement au mariage<sup>81</sup>.

95. Il est évident que le mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger réunit toutes les conditions requises: ce qui explique la prévision législative de sa transcription dans les registres suis-

---

regard du législateur suisse sur les conflits de lois en matière de partenariat enregistré", in *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Genève/Zürich/Basel, 2004, p. 137 ss.; A. MARKUS, "Le droit international privé suisse des partenariats enregistrés", *ibidem*, p. 149 ss.; F. STURM, "Das Schwulen- und Lesben-IPR im schweizerischen Entwurf eines Partnerschaftsgesetzes", *Gesetzgebungsbulletin*, 2004, 2, XVII ss.

<sup>77</sup> M. MONTINI, "Premières expériences", *cit.*, p. 96 ss.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Voir cependant *supra*, par. IV.2, à propos de l'indissolubilité *de facto* des mariages homosexuels célébrés à l'étranger par des juifs en Israël.

<sup>80</sup> Par exemple à la suite du mariage de l'un de partenaires. La loi italienne prévoit une conversion *ope legis* du mariage en *unione civile* dans le cas, peu fréquent dans la pratique, de changement de sexe de l'époux/épouse qui souhaite rester en ménage avec son épouse/époux.

<sup>81</sup> Étude de l'ISDC, *cit.* (note 2).

ses. Cependant, à l'instar de l'Italie, la Suisse considère le mariage étranger à l'instar d'un partenariat national<sup>82</sup>.

## 2. Du conflit de civilisations au conflit de morales

96. En droit civil comparé, on remarque l'existence de deux morales opposées: une qui nie que la diversité de sexe est une donnée insignifiante dans la formation d'un couple et d'une famille; une autre qui aplatit les différences entre hommes et femmes pour adopter une conception neutre de la personne qui s'investit dans une relation de couple et qui, de ce fait, mérite d'obtenir une protection juridique adéquate.

97. Un grand nombre d'ordre juridiques se trouvent, à l'heure actuelle, dans une phase de transition qui semble orientée vers l'élargissement de l'autonomie privée en droit de la famille. Le nombre des réformes législatives qui ont lieu depuis trois décennies témoignent et de la transition et de la libéralisation. Cependant, la conception neutre du mariage, d'origine scandinave, n'est pas encore parvenue à guider la convergence des systèmes de droit civil. A l'intérieur même de l'Europe, certains pays ont opté pour le maintien d'une approche traditionnelle, enrichie ou pas par l'introduction d'une institution spécifique pour l'officialisation des unions homosexuelles.

98. Le conflit de lois devient difficile à aménager sans choisir au préalable entre morales – celles qui dénoncent l'illibéralisme de la limitation du mariage aux couples formé d'un homme et d'une femme, d'une part, et celles qui dénoncent le libéralisme de l'ouverture du mariage aux unions homo-affectives, d'autre part. Il ne s'agit pas, d'ailleurs, d'antinomies qui affectent seulement les institutions de droit de la famille. Les différences constatées dépassent le cadre du droit civil pour atteindre le terrain des droits fondamentaux. C'est d'ailleurs sur ce dernier plan que les contradictions deviennent les plus saisissantes.

99. Les systèmes inspirés de la morale traditionnelle considèrent l'union homosexuelle contraire à leur ordre public<sup>83</sup>; à l'autre extrême, ceux qui s'inspirent des morales contemporaines considèrent contraire à l'ordre public la condition du mariage de la diversité de sexe<sup>84</sup>. Le droit international privé du for doit vivre la contradiction entre le conditionnement culturel qu'il subit en raison de son origine nationale et l'aspiration à l'universalité qui est son but ultime. Les solutions qu'il assure sont, de ce fait, assez révélatrices de la projection d'un instinct tout naturel de l'homme: le désir de rendre universel son propre point de vue.

100. En présence d'antinomies, la dialectique permanente entre spécificités culturelles et exigences universelles confronte la *lex fori* à la problématique de protéger simultanément les exigences sociales du for et les attentes individuelles de parties. En pareilles circonstances, le droit international privé a besoin d'une certaine relativité pour assurer des solutions justes aux cas concrets qui se présentent.

101. Ces antinomies confrontent le droit international privé à des problématiques semblables à celles issues de mariages polygamiques, en particulier quand il s'agit de reconnaître des situations juridiques créée en violation des droits fondamentaux. L'exemple classique concerne la validité du mariage contracté par une femme libre à la suite d'une répudiation islamique. La jurisprudence de nombreux pays européens, afin de respecter les attentes légitimes des parties, est encline à la reconnaissance des situations juridiques cristallisées dans la vie d'un individu (*supra* IV).

102. La relativité et la souplesse nécessaires au traitement de ce genre de situations expliquent également le pluralisme de méthodes du droit international privé, illustré dans le cas des unions typées par une divergence de choix entre des réglementations comme l'italienne, inspirée par le droit euro-

<sup>82</sup> Cf. art. 45-3 loi suisse de droit international privé et art. 32-*bis* loi italienne n° 218 de 1995.

<sup>83</sup> Cf. *supra* (par. III.1). Il s'agit, d'une part, d'États confessionnels mais aussi de pays institutionnellement athées comme la Russie.

<sup>84</sup> *Supra* (par. III.3).

péen, et la suisse. Le choix des méthodes plus orientées vers la reconnaissance des situations créées à l'étranger convient aux systèmes de droit qui font jouer un rôle fondamental et fondateur à l'état de création du partenariat parce qu'ils jugent "étranges" plus encore qu'étrangers les partenariats enregistrés.

**103.** En revanche, les pays – comme la Suisse – qui reconnaissent à la catégorie union homo-affective un caractère universel, en dépit de spécificités nationales et de différentes typisations juridiques existantes, peuvent attribuer un rôle résiduel au lieu de la célébration (ou de l'enregistrement) de l'union pour privilégier des lieux tels celui où la relation se déroule. C'est là, après tout, que les effets personnels et patrimoniaux de l'union se produisent spontanément et c'est donc à l'aune de ce *sein* que le *sollen* peut être reconstruit si besoin est.

## VII. Le statut boiteux entre stupeur et tremblements

**104.** La création de situations boiteuses devrait pouvoir être évitée par l'utilisation des techniques de droit international privé, comme les méthodes de la reconnaissance, décrites par Bertrand ANCEL et théorisées par Pierre MAYER<sup>85</sup>: "lorsque l'État [...] consacre à l'intérieur de l'espace qui lui est assigné l'existence d'une situation juridique déterminée, quel qu'en soit sa source (légale, administrative, judiciaire voire privée), cette situation juridique, parce que prise en charge par l'État compétent, s'impose universellement"<sup>86</sup>.

**105.** Cependant ces méthodes supposent que l'État qui a créé la situation juridique dont la reconnaissance est demandée, soit compétent. En d'autres termes, il est permis de faire abstraction du for pour faire référence à l'ordre juridique étranger seulement si la relation en cause est *de facto* liée à celui-ci, dans une mesure égale, sinon supérieure, à l'État du for. Si le mariage met en relation deux personnes rattachées à deux ordres juridiques différents et incompatibles, le choix de l'un ou de l'autre pour la prise en charge de la situation créée par le mariage devrait s'imposer universellement, y compris en Israël et sans égard à l'absence, dans cet État, d'un droit civil de la famille.

**106.** En revanche, si l'ordre juridique étranger n'est concerné que par le choix des parties d'utiliser sa législation pour lui faire produire des effets extraterritoriaux, la construction juridique fabriquée par les parties risque de s'écrouler face à l'irréparable incompetence de l'ordre juridique choisi, qui n'est pas celui qui donne un ordonnancement à la société de référence du couple. En ce cas, c'est la qualification même d'ordre juridique compétent qui devient problématique.

**107.** Quand un individu accède de manière temporaire et instrumentale à une société dans le seul but d'obtenir un statut civil inconnu de la société à laquelle il est intégré, il crée une situation instable. Ne souhaitant pas s'intégrer à la société qui a produit la règle qui lui accorde le statut civil désiré, il perd son *ubi consistam*, sa société de référence.

<sup>85</sup> Voir notamment: de P. MAYER, "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, 2005, p. 547 ss. La littérature en matière de méthode ou méthodes de reconnaissance est abondante: voir S. BOLLÉE, "L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale", *Revue critique de droit int. privé*, 2007, p. 309; Ch. PAMBOUKIS, "La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance", *Revue critique de droit int. privé*, 2008, p. 512 ss.; P. LAGARDE, "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und int. Privatrecht*, 2004, p. 225 ss. Critique sur la méthode R. MICHAELS, "EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory", *Duke Law School Working Paper Series*, 2006, p. 1 ss., qui y voit une révision de la théorie des droits acquis, compatible avec une ère libérale en économie et, par conséquent, hostile à la souveraineté de l'État.

<sup>86</sup> B. ANCEL, "Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, pp. 201 ss., p. 214. La constatation de l'existence de situations juridiques créées à l'étranger et automatiquement reconnues dans le for, bien que contraires au droit international privé du for, est un des arguments utilisés par G. BALLADORE PALLIERI, "I limiti di efficacia dell'ordinamento italiano", *Jus*, 1940, p. 25 ss., pour affirmer et identifier les limites d'efficacité de l'ordre juridique italien.

**108.** Sa société d'appartenance, dont il refuse une règle sociale de base, se trouve confrontée à un fait accompli dont la gestion juridique l'expose au choix entre deux contradictions: soit accepter la règle étrangère interdite qui contredit l'ordonnement sur lequel elle est bâtie, soit la refuser et rendre boiteux le statut civil de l'individu concerné. En ce cas, des formes d'ostracisme et des mécanismes dissuasifs – telles la *Kappungsregel* – sont mis en place avec la finalité de préserver la règle de base<sup>87</sup>.

**109.** Ces mesures ne sont pas susceptibles de créer un effet de surprise irrespectueux des attentes psychologiques des parties<sup>88</sup>. On a d'ailleurs constaté (*supra*, par. V.1.) que le respect des attentes légitimes des parties peut céder le pas à l'adoption de solutions nationales informées au principe de cohésion de l'ordre interne. Cependant, à la différence du statut boiteux des femmes cadettes du polygame, celui de l'homme ou de la femme vivant dans une union homo-affective peut receler une discrimination prohibée par la Convention européenne des droits de l'homme<sup>89</sup>.

**110.** Censée avoir une connotation péjorative, l'expression *law shopping* perd cette nuance chaque fois que la Cour européenne de droit de l'homme évalue la "loi achetée à l'étranger" à l'aune de l'*id quod plerumque accidit*. La Cour procède à la comparaison des droits internes des États sur lesquels elle exerce sa juridiction, afin de déterminer si ladite loi, " achetée " à l'étranger, afin de remédier à la lacune du droit du for, exprime un droit qui peut se dire acquis dans la culture juridique globale des États parties au Conseil de l'Europe. Il ne s'agit plus, ainsi, de respecter les attentes légitimes des parties mais d'évaluer si les faits juridiques accomplis dans un autre pays devraient ou non primer sur le droit civil interne, à l'aune d'une comparaison juridique ayant pour objet la culture juridique prépondérante et son évolution probable vers une uniformisation progressive<sup>90</sup>. En cas de réponse affirmative, le fait juridique accompli à l'étranger devra être transposé dans l'ordre juridique du for sans égard à son potentiel effet disruptif sur la cohésion sociale interne. Il faudra cependant vérifier si cette évolution ne sera pas encore une fois démentie par l'histoire: les replis nationalistes exprimés par les résultats électoraux des derniers temps invitent à la plus grande prudence<sup>91</sup>.

**111.** En attendant l'évolution future, on constate que, si l'équivalence permet la pleine reconnaissance d'un statut civil acquis à l'étranger, la non-équivalence ne signifie pas une méconnaissance absolue de celui-ci. Fruit d'un compromis imparfait et bien que génératrice d'un statut boiteux, la reconnaissance partielle des effets du statut civil acquis à l'étranger est susceptible d'assurer un certain équilibre entre la justice du cas concret et le respect de valeurs sur lesquelles la société de référence du couple est bâtie.

<sup>87</sup> I. PRETELLI, "Le droit international privé entre Chartes des droits et droits 'à la carte'", in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, 2018, p. 1320, *mutatis mutandis*, à propos de l'utilisation d'un droit étranger pour contourner l'interdiction de subrogation de maternité et, en général sur les problèmes générés par la perte d'une "société de référence".

<sup>88</sup> *Supra* (note 27).

<sup>89</sup> *E multis* Cour européenne des droits de l'homme, 21 juillet 2015, n° 18766/11 et n° 36030/11, *Oliari et autres c. Italie*. Il existe un droit fondamental qui appartient à tout couple stable et sérieux (par. 167) à disposer d'un "cadre juridique spécifique" prévoyant la reconnaissance d'un *statut civil*; Cour européenne des droits de l'homme, 14 décembre 2017, nos 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12, *Orlandi et autres c. Italie, supra*, par. III.2.

<sup>90</sup> Voir notamment, Cour européenne des droits de l'homme, 10 avril 2019, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française* (Demande n° P16-2018-001), n° 22-24 et 43.

<sup>91</sup> P. KINSCH, *European Courts And The Obligation (Partially) To Recognise Foreign Same-sex Marriages - On Orlandi And Coman, cit.* (à paraître), avance que le choix auquel se trouvent confrontés plusieurs pays européens est à présent entre une *illiberal democracy* et une *liberal non-democracy*.