



Droit de la famille n° 1, Janvier 2013, dossier 9

## Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur français à la peine...

Etude par Hugues FULCHIRON  
professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3, directeur du Centre de droit de la famille

### Sommaire

L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe pose d'innombrables difficultés en droit international privé, ne serait-ce que parce que le « mariage pour tous » est une option rejetée par la plupart des États. Pour résoudre le problème, tout en assurant un rayonnement international maximum à ses choix, le législateur français envisage une nouvelle règle de conflit, écartant la loi nationale des époux ou de l'un d'eux en tant qu'elle prohibe une telle union et soumettant la question de la validité du mariage entre personnes de même sexe à la loi de l'État sur le territoire duquel il est ou a été célébré. Cette règle, qui serait applicable aussi bien à la célébration en France d'un mariage entre personnes de même sexe qu'à la reconnaissance en France des unions célébrées à l'étranger, pose autant de problèmes qu'elle en résout. Elle risque surtout de multiplier les mariages boiteux. D'autres pistes mériteraient d'être explorées. Mais quelle que soit la solution retenue, on ne peut que souligner l'extrême incertitude qui pèse sur les époux de même sexe dès qu'ils franchissent les frontières de l'État où leur union a été célébrée.

1. - Le mariage entre personnes de même sexe est un objet juridique dont le maniement est infiniment délicat. En droit interne, ses répercussions sur le nom, la filiation, le droit social ou, tout simplement, la cohérence de notre droit matrimonial, ne sont plus à démontrer même si le législateur semble parfois opter pour la politique de l'autruche<sup>Note 1</sup>. Mais les réactions en chaîne que provoque son introduction dans tel ou tel système juridique ne s'arrêtent pas aux frontières du droit interne<sup>Note 2</sup>. Depuis sa consécration aux Pays-Bas en décembre 2000, le « mariage homosexuel » a profondément renouvelé la réflexion relative à la qualification, aux règles de rattachement, à l'ordre public, à la reconnaissance des situations créées à l'étranger ou à l'influence des droits fondamentaux sur les règles et les méthodes du droit international privé<sup>Note 3</sup>.

Conscient, peut-être, des bouleversements que la nouvelle loi allait entraîner en droit international privé<sup>Note 4</sup>, soucieux, surtout, d'assurer le rayonnement maximum de ses choix, le législateur français s'est lancé dans la construction de nouvelles règles de conflit. Il a bien vite, semble-t-il, mesuré la difficulté de la tâche.

2. - En ce qui concerne les conditions de forme du mariage, la consécration législative de la règle *locus regit actum* s'impose. Le futur article 202-2 du Code civil disposerait : « *Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu* »<sup>Note 5</sup>. De même, pour les conditions de fond, il n'était pas question de remettre en cause la compétence de principe de la loi personnelle, *i.e.* selon la tradition française, la loi nationale. Le premier alinéa de l'article 202-1 affirmerait en ce sens : « *Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle* ». Reste le problème de fond : *quid* lorsque la loi nationale d'un époux ou la loi nationale de chacun des époux, exige la différence de sexe ? S'agissant d'une condition qui touche au lien matrimonial lui-même, il faudrait, en principe, vérifier l'absence d'empêchement dans l'une et l'autre lois. Une stricte application des règles irait, à l'évidence, à l'encontre des choix dont le Gouvernement français entend assurer la promotion internationale : elle interdirait par exemple le mariage entre un Français et un Allemand résidant en France.

3. - Pour résoudre le problème, le législateur français s'était, dans un premier temps, inspiré de la règle belge de conflit<sup>Note 6</sup>. L'avant-projet de loi proposait de créer un article 202-1, alinéa 2, aux termes duquel : « *Toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque pour l'une d'entre elles soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence, le permet* ». Cette règle joue comme une exception d'ordre public, qui permet d'écarter la loi prohibitive dès lors que l'un des époux a un lien « personnel » avec un système juridique qui admet le mariage entre personnes de même sexe. Elle est loin de résoudre tous les problèmes, ne serait-ce que parce qu'elle pousse très loin la volonté d'imposer, et donc, indirectement, d'exporter les choix belges, mais elle a le mérite de rester fidèle aux rattachements classiques en matière de statut personnel (fût-ce en les étirant au maximum).

4. - La rédaction qui figure dans le projet de loi déposé par le Gouvernement en novembre dernier, opère au contraire une rupture radicale. Selon le futur (?) article 202-1, alinéa 2, « *La loi personnelle d'un époux est écartée, sous réserve des engagements internationaux de la France, en tant qu'elle fait obstacle au mariage de deux personnes de même sexe, lorsque la loi de l'État sur le territoire duquel est célébré le mariage le permet* ». L'idée d'ordre public et le mécanisme, classique, de l'exception sont clairement mis en avant. Mais la loi de référence, celle qui assure la validité du mariage, serait désormais la loi du lieu de célébration. La méthode est originale : les rattachements liés à la personne, sont abandonnés au profit de la loi de l'autorité appelée à célébrer l'union : la compétence de l'autorité célébrante absorbe en quelque sorte le conflit de lois<sup>Note 7</sup>. Certes, la compétence de cette autorité sera en général déterminée par des attaches personnelles ; mais celles-ci seront le plus souvent liées au domicile et à la résidence et non à la nationalité, qui jusque-là gouvernait le statut personnel en droit français.

5. - Comme la règle « à la belge », le texte envisagé permet d'imposer les choix internes du législateur français<sup>Note 8</sup>, mais, par là-même, elle ne peut que multiplier les mariages boiteux. De plus son examen révèle de graves défauts de construction, qu'il s'agisse de la célébration en France d'un mariage entre personnes de même sexe (1) ou de la reconnaissance en France d'un « mariage homosexuel » célébré à l'étranger (2). En toute hypothèse, il met en évidence l'incertitude qui règne sur la situation des époux de même sexe dès lors qu'ils sortent des frontières du pays de célébration.

## 1. Célébration en France d'un mariage entre personnes de même sexe

6. - L'article 202-1, alinéa 2, se compose d'une règle (A) et d'un tempérament (B), la question des mariages consulaires ajoutant une difficulté supplémentaire (C).

### A. - La règle : mise à l'écart de la loi personnelle prohibitive

7. - Au nom du principe d'égalité entre les couples et du refus des discriminations, deux idées qui sous-tendent le projet de loi, le « mariage pour tous » est élevé au rang des « principes essentiels » constitutifs de l'ordre public français en matière internationale. Logique, le renversement n'en est pas moins radical.

8. - En pratique, et sous réserve du respect des engagements internationaux de la France (V. *infra*), la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public permettra la célébration en France de tous les mariages pour lesquels l'officier français de l'état civil se voit reconnaître compétence. Dès lors en effet que celui-ci est compétent, la condition de l'article 202-1, selon laquelle le mariage est valablement célébré lorsque la loi de l'État sur le territoire duquel il est contracté le permet, est respectée.

9. - Le rayonnement assuré au choix du législateur français est donc considérable. Les règles qui régissent cette compétence sont en effet particulièrement larges. Selon l'article 74 du Code civil, le mariage est célébré dans la commune où l'un des futurs époux a son domicile ou sa résidence. Les deux termes s'entendent au sens du droit interne et non au sens du droit international privé. Le domicile est donc celui que l'article 102 du Code civil définit comme le lieu où la personne a son principal établissement. Dans ce cas, précise le paragraphe 392 de l'IGREC, aucune condition de durée ou d'habitation effective n'est exigée. La notion de résidence en droit interne est beaucoup plus floue. En principe, la résidence exigée par l'article 74 du Code civil doit être établie en ce lieu depuis un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication des bans ; il doit s'agir d'une résidence non interrompue et non intermittente. Aucune dispense ne peut être accordée. Toutefois, l'IGREC (§ 392), invite les autorités compétentes à la plus grande mansuétude : « Il est cependant souhaitable que l'officier de l'état civil adopte une attitude libérale en ce qui concerne la détermination du domicile ou de la résidence, notamment lorsque les intérêts professionnels, financiers ou affectifs d'une personne sont répartis entre plusieurs lieux. Il se bornera alors à s'assurer que la personne qui lui demande de célébrer son mariage a

des liens durables avec la commune et peut justifier d'une adresse dans le ressort de sa circonscription qui figurera dans l'acte de mariage ». Une résidence secondaire suffit donc.

**10.** - Peu importe par conséquent que la loi nationale de l'un ou de l'autre des futur(e)s époux(es), ou leurs deux lois nationales, prohibent une telle union, peu importe que la loi du pays dans lequel ils ont leur domicile ou leur résidence habituelle l'interdise également : dès qu'un lien minimum permet la célébration du mariage sur le territoire français, le mariage pourra y être valablement contracté *more gallico*.

**11.** - Ainsi, le mariage entre un Italien et un Français résidant en France y sera valablement célébré, tout comme le mariage entre deux Anglaises résidant en France, le mariage entre un Turc résidant en France et un Autrichien résidant en Autriche, ou le mariage entre deux Allemands résidant en Allemagne mais qui auraient une résidence secondaire en France.

La volonté d'imposer « internationalement » le mariage entre personnes de même sexe, ne cède que devant le souci de respecter les engagements internationaux de la France.

## **B. - Le tempérament : le respect des engagements internationaux de la France**

**12.** - La limite inscrite dans la deuxième version du futur article 202-1 ne figurait pas dans la première. Sans doute ses promoteurs ont-ils pris conscience des difficultés internationales que risquaient de causer leurs choix. Selon l'étude d'impact qui accompagne le texte (4.4. *Impacts diplomatiques*), sont visées les conventions bilatérales « *portant, directement ou indirectement, sur la loi applicable aux conditions de fond du mariage et qui rattacherait la question du mariage à la loi nationale des intéressés* ». Sont cités au titre des conventions soumettant expressément les conditions de fond du mariage à la loi nationale, sept États qui tous interdisent d'ailleurs le mariage entre personnes de même sexe : la Pologne, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie et la Slovaquie (au titre de l'ancienne Convention franco-yougoslave), ainsi que le Vietnam. D'autres conventions passées avec d'anciens territoires sous souveraineté ou autorité française « *rattachent de façon générale le statut personnel à la loi applicable, voire ne traitent que de la situation du Français rattaché à sa loi personnelle* » : tel est le cas de Madagascar, du Cambodge, du Laos, de la Tunisie et de l'Algérie.

**13.** - Si la réserve peut, à première vue, paraître sage, elle est en réalité source d'innombrables difficultés.

Qu'elle puisse jouer pour les accords qui placent les ressortissants des pays signataires sous l'empire de leur loi nationale respective pourrait se comprendre. Encore faut-il observer que le rattachement à la loi nationale n'empêcherait sans doute pas d'opposer l'ordre public français à l'encontre de la loi étrangère compétente, surtout si la règle invoquée se fonde sur le principe d'égalité et le refus des discriminations. À l'inverse, faire jouer l'exception d'ordre public sur une question aussi sensible lorsqu'elle est expressément prévue par l'accord (tel est notamment le cas de la Convention franco-marocaine), conduit à vider la convention de sa substance et ne résout en rien le problème diplomatique qui risque de se poser. Surtout la réserve montre ses limites dans le cas d'un mariage mixte. Ainsi la Convention franco-polonaise dispose-t-elle (art. 4, al. 3) que « *si l'un des époux a la nationalité de l'une des parties contractantes et le second celle de l'autre, les conditions prévues à l'alinéa 2 (application aux conditions de fond du mariage de la loi nationale des époux), obéissent pour chacun à la loi de l'État dont il a la nationalité* ». Est-ce à dire que le mariage entre un Français et un Polonais résidant tous deux en France sera interdit... par respect pour la loi polonaise compétente en vertu de la Convention de 1967 ? On observera enfin qu'en pratique, la réserve devrait essentiellement jouer à l'égard de pays membres du Conseil de l'Europe et, pour deux d'entre eux, de l'Union européenne, ce qui ne manquera pas de susciter l'intérêt de la Cour EDH et de la CJUE...

**14.** - Le jeu de l'article 202-1 est encore plus douteux dans le cas de conventions bilatérales qui se contentent de rappeler le principe selon lequel les ressortissants des pays signataires sont régis en matière de statut personnel par leur loi nationale ou de fixer le sort des Français après l'accession des pays concernés à l'indépendance. La stipulation ne fait en effet que rappeler la règle générale de droit international privé français (ce qui permet de la bilatéraliser lorsque le texte ne vise que le sort des ressortissants français). Mais, là non plus, elle n'a jamais été analysée comme s'opposant à l'intervention de l'ordre public français en matière internationale : la jurisprudence sur la répudiation ou les prestations et pensions après divorce en témoigne.

**15.** - Inscrire la « réserve diplomatique » dans le Code civil pourrait donc aller bien au-delà des engagements contractés par la France. Les résultats en seraient au demeurant assez contestables. Soit par exemple un Français qui veut épouser un Algérien, ou deux Tunisiennes résidant en France qui souhaitent s'y marier : leur opposera-t-on un refus en invoquant les engagements internationaux de la France, alors que deux Égyptiennes résidant en France (en l'absence de convention) ou un couple franco-marocain (en vertu de l'exception d'ordre public prévu par la convention) pourront convoler en justes noces ? Ne risque-t-on pas de créer un ordre public à deux vitesses, opposable ou non selon qu'un accord antérieur a été conclu ou non avec le pays d'origine, dans un contexte d'ailleurs radicalement différent ? Quand on se souvient que le fondement retenu pour ouvrir le mariage aux personnes de même sexe est l'égalité entre les couples et le refus des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, l'exception formulée à l'article 202-1 sera bien difficile à justifier.

**16.** - Aussi louables que soient les scrupules du législateur, la réserve envisagée laisse donc perplexe. En fait, de deux choses l'une : ou bien l'on assure le respect de tous les droits étrangers qui restent fidèles à la conception « traditionnelle » du mariage (quitte à le moduler selon l'intensité des liens qui rattachent la situation au pays en question), ou bien on impose à tous les valeurs que l'on a jugé nécessaire de traduire dans les textes internes.

### C. - La question des mariages consulaires

**17.** - La question<sup>Note 9</sup> se situe au croisement des problématiques évoquées *supra* : *quid* lorsque les autorités consulaires françaises en poste dans un pays qui refuse le mariage entre personnes de même sexe (voire, qui condamne toute relation homosexuelle), sont invitées à célébrer une telle union ?

**18.** - S'agissant du mariage entre deux Français(es), le mariage devrait, à première vue, pouvoir être célébré, puisque la loi française, applicable pour l'un(e) et l'autre époux(ses) aux conditions de fond de leur union, ouvre le mariage aux personnes de même sexe. De même, dans les pays où les autorités consulaires sont habilitées à célébrer le mariage entre un(e) Français(e) et un(e) étranger(e)<sup>Note 10</sup>, le certificat de coutume fera certes apparaître la prohibition de la loi nationale, mais l'article 202-1 du Code civil n'est-il pas là pour écarter la loi étrangère contraire sur ce point à l'ordre public français en matière internationale ?

**19.** - Il faut cependant compter avec l'article 5 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires. Selon ce texte, les fonctions consulaires consistent (*art. 5. f*) à « *agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et d'exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'État de résidence ne s'y opposent pas* ». Les rédacteurs de l'étude d'impact en déduisent que la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe « *nécessitera probablement l'interrogation des autorités étrangères afin de savoir si un motif d'ordre public local serait de nature à s'opposer à une telle célébration dans l'État de résidence. Dans cette hypothèse, les autorités françaises seront amenées à renoncer à célébrer des mariages entre Français de même sexe* » (4.3. *Impact sur les postes consulaires et le service central de l'état civil, renvoyant au 4.4. Impact diplomatique*). Cette interprétation rejoint celle, prudente, que le ministère français des Affaires étrangères avait naguère retenue à propos du PACS : un PACS entre personnes de même sexe (plus précisément, entre un Français et une personne de nationalité étrangère), ne pouvait, selon le ministère, être enregistré dans un poste diplomatique français s'il apparaissait comme contraire à l'ordre public local. Transposée au mariage et élargie, si l'on comprend bien, aux unions entre Français, elle ne convainc pas plus qu'elle n'avait convaincu, à l'époque, pour le PACS.

**20.** - On se souvient en effet qu'une première circulaire posant cette règle avait été annulée par le Conseil d'État<sup>Note 11</sup> : « *Considérant que s'il appartient au ministre des Affaires étrangères et européennes de prévoir que, dans le cadre de la protection que les agents diplomatiques et consulaires doivent aux ressortissants français, ces agents doivent mettre en garde les demandeurs se présentant à eux à fin d'enregistrement d'un pacte civil de solidarité, dans les pays où ils encourent un risque tiré des lois en vigueur ou des usages sociaux de l'État où cette demande est présentée, risque d'ailleurs, à la vie commune qu'à la procédure d'enregistrement elle-même, il n'a pu toutefois, sans méconnaître le principe d'égalité, soumettre à un régime de transcription différent les pactes civils de solidarité dont les deux partenaires sont ressortissants français et ceux associant une personne de nationalité française et une personne de nationalité étrangère ; qu'ainsi, en prévoyant que les autorités diplomatiques et consulaires peuvent refuser d'examiner, à titre définitif, la demande d'enregistrement d'un pacte civil de solidarité dont l'un des partenaires est de nationalité étrangère, la circulaire est entachée d'illégalité* ». Dans une nouvelle circulaire du 19 janvier 2008<sup>Note 12</sup>, le ministère des Affaires étrangères retient une simple information, telle que prescrite par le Conseil d'État.

21. - La même mésaventure risque d'arriver à une règle qui prétendrait interdire aux agents diplomatiques et consulaires de célébrer un mariage entre personnes de même sexe, qu'il s'agisse de l'union entre deux Français(es) ou de l'union entre un(e) Français(e) et un(e) étranger(e). Les deux époux, dira-t-on, n'ont qu'à se marier en France. Mais le conjoint français peut ne plus avoir d'attache territoriale avec son pays, ce qui posera le problème de la compétence de l'officier de l'état civil, et par conséquent de la liberté du mariage, telle que garantie par l'article 12 de la Convention EDH et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Peut-on prétendre que le refus opposé par les autorités consulaires est justifié par des raisons « impérieuses » d'ordre public, liées aux exigences de la courtoisie internationale ? Le débat risque d'être difficile. Interdirait-on, par exemple, le mariage entre personnes de religion différente, au motif que la loi locale le prohibe ?

22. - Les doutes suscités par la règle de conflit proposée sont aggravés lorsque l'on examine son application « en miroir » à la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger.

## 2. Reconnaissance en France d'un mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger

23. - On pourrait croire que l'ouverture en France du mariage aux personnes de même sexe règle toutes les difficultés. La situation est cependant plus complexe qu'il n'y paraît (A). Et reste le problème des mariages célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi (B).

### A. - Mariages célébrés à l'étranger après l'entrée en vigueur de la loi

24. - Traditionnellement, la validité d'un mariage célébré à l'étranger qui serait soumise au juge français (à l'occasion d'un conflit relatif à une succession par exemple, ou à la suite d'une demande de transcription sur les registres français de l'état civil), doit être appréciée au regard des lois compétentes quant à la forme et quant au fond en vertu des règles françaises de conflit, *i.e.* s'il est voté en l'état, de l'article 202-1.

25. - La règle proposée devrait permettre d'accueillir tous les mariages célébrés à l'étranger entre personnes de même sexe, quelle que soit leur loi nationale, quelle que soit la loi de leur domicile ou de leur résidence habituelle. Il suffit en effet que le mariage ait été célébré sur le territoire d'un État qui admet une telle union et dont, *in concreto*, les autorités seront compétentes pour le faire. Ainsi le mariage néerlandais de deux Allemands résidant aux Pays-Bas sera reconnu en France<sup>Note 13</sup>, tout comme le mariage belge d'une Israélienne ayant son domicile à Londres avec une Italienne résidant habituellement en Belgique<sup>Note 14</sup>.

26. - Reste le cas d'un pays qui admettrait que soit célébré sur son territoire un mariage entre personnes de même sexe car les lois applicables aux conditions de fond du mariage le permettent, mais qui n'aurait pas ouvert dans son droit interne une telle possibilité : le mariage sera-t-il reconnu en France ? La rédaction de l'article 202-1 est pour le moins ambiguë... Certes, la célébration de l'union était autorisée en vertu des règles de droit international privé étrangères, mais les règles substantielles du pays considéré ne le « permettaient » pas. L'hypothèse devrait être très rare. Se posera surtout le problème d'un pays qui, non seulement, ouvre le mariage aux personnes de même sexe, mais n'exige aucune condition de domicile ou de résidence pour qu'il soit célébré sur son territoire. Doit-on reconnaître le mariage de deux personnes qui s'y rendraient spécialement pour échapper aux prohibitions de leur loi nationale et de la loi de leur domicile ou de leur résidence habituelle ? Ne risque-t-on pas de favoriser une sorte de tourisme du mariage gay et lesbien, avec, dans la corbeille de noces, la reconnaissance de l'union en France ? Et lorsque l'on comprend que ledit mariage sera radicalement nul dans la plupart des autres pays, on saisit combien ces règles « extraordinaires » de conflit peuvent être source de discontinuité dans l'état des personnes.

27. - Il convient également de se demander si la « réserve diplomatique » prévue à l'article 202-1, alinéa 2, jouerait dans cette hypothèse. Soit le mariage en Belgique de deux Polonais ou de deux Tunisiens qui ont leur résidence habituelle dans ce pays : cette union sera-t-elle reconnue en France ? Faire jouer la « réserve diplomatique » dans une telle hypothèse serait créer un peu plus d'instabilité dans l'état des personnes, et risquer d'entrer en conflit avec les normes européennes : la jurisprudence de la Cour EDH<sup>Note 15</sup> comme celle de la CJUE<sup>Note 16</sup> tendent en effet à la reconnaissance

des situations valablement créées à l'étranger, au nom du droit au respect de la vie privée et familiale pour la première, de la libre circulation des personnes pour la seconde.

## **B. - Mariages célébrés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi**

**28. -** Un certain nombre de mariages ont été célébrés à l'étranger alors que le droit français refusait le mariage entre personnes de même sexe. L'article 22 du projet de loi prévoit à leur intention une règle de droit transitoire : « *Le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu, dans ses effets à l'égard des époux et des enfants, en France, sous réserve du respect des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 161, 162, 163, 180, 191 du Code civil. Il peut faire l'objet d'une transcription dans les conditions prévues aux articles 171-5 et 171-7 du Code civil. À compter de la date de transcription, il produit effet à l'égard des tiers* ». La règle proposée suscite de nombreuses interrogations.

**29. -** Quels sont, tout d'abord, les mariages concernés ? À lire le texte (qui fait de la transcription sur les registres français de l'état civil, la condition des effets du mariage à l'égard des tiers) et l'étude d'impact qui l'accompagne (6.3. *Application dans le temps*), les rédacteurs du projet n'ont pensé qu'aux mariages entre Français(es) (par exemple deux Françaises mariées en Belgique, pays de leur résidence) ou au mariage entre un(e) Français(e) et un(e) étranger(e) (par exemple une Française et une Marocaine résidant aux Pays-Bas). Mais les mariages entre étrangers méritent tout autant de bénéficier des bienfaits de la règle transitoire, et refuser de les valider pourrait appeler la censure de la Cour EDH (art. 8 et 14 combinés), comme de la CJUE<sup>Note 17</sup>. Dans le cas d'un mariage mixte (et plus encore évidemment si la règle était étendue aux mariages entre étranger(s)), on se trouve toutefois dans une situation curieuse. En effet, il n'est plus du tout tenu compte de la loi nationale étrangère alors que celle-ci est en principe applicable à l'époux étranger (sous réserve de la condition relative à la différence de sexe) : la reconnaissance intervient au regard d'un ensemble de règles purement françaises, qui constituent une sorte de *minimum minimorum*. Une clarification de la règle semblerait nécessaire.

**30. -** Quant au moment auquel la reconnaissance produit ses effets, le texte distingue entre les époux et les enfants, d'une part, les tiers, d'autre part. Pour les premiers, on suppose que le mariage produit ses effets à compter de sa célébration. Pour les derniers, il prend effet à compter de sa transcription, celle-ci n'étant cependant qu'une faculté laissée à l'initiative des époux. La règle assure la protection des tiers puisqu'au moment où l'acte litigieux a été passé, ils ne pouvaient prendre en compte un mariage qui à l'époque était nul. Encore faudrait-il distinguer les tiers qui dans l'ordre juridique français ne pouvaient que le considérer comme tel, et les tiers qui dans l'ordre juridique d'origine notamment ne pouvaient pas douter de sa validité. Et les difficultés ne manqueront pas pour déterminer précisément les effets de l'union en fonction de cette double date.

**31. - Conclusion. -** Une des principales critiques que l'on peut faire à l'article 202-1 tel que proposé est de vouloir traiter par une seule règle deux questions différentes : celle de la célébration du mariage par une autorité française et celle de la reconnaissance en France des mariages célébrés à l'étranger. La méthode a fait ses preuves par le passé. Mais elle est aujourd'hui de plus en plus contestée en raison de l'évolution des méthodes et des finalités du droit international privé<sup>Note 18</sup>. De plus, on ne peut prétendre la maintenir alors qu'on la dénature en la combinant avec des règles qui tendent à assurer la validité des mariages entre personnes de même sexe<sup>Note 19</sup>. Il serait assurément plus clair de distinguer les deux problèmes, comme le proposait la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (non ratifiée par la France). Par ailleurs, on peut s'interroger sur l'opportunité d'édicter une règle spécifique pour le mariage entre personnes de même sexe<sup>Note 20</sup> et, surtout, de faire intervenir directement ou indirectement l'ordre public pour en assurer la validité.

**32. -** En ce qui concerne la célébration du mariage en France, deux options seraient alors ouvertes. Ou bien l'on reste attaché (au moins en apparence) à la compétence de la loi nationale pour régir les conditions de fond du mariage. Dans cette hypothèse, un premier article pourrait rappeler, dans un alinéa 1, le principe selon lequel les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle ; un alinéa 2 préciserait (si l'on s'en tient à l'idée, ô combien discutable, de vouloir imposer à tous les choix opérés en interne), que la loi personnelle d'un époux est cependant écartée lorsqu'elle fait obstacle au mariage de deux personnes de même sexe. Ou bien l'on décide d'édicter une règle qui dépasse le problème particulier du mariage entre personnes de même sexe. Dans ce cas, pourrait être retenue une solution reprenant celle qui figure à l'article 3 de la Convention de La Haye<sup>Note 21</sup> : le mariage est valablement célébré lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi française

et que l'un d'eux a la nationalité française ou réside habituellement en France ; il l'est également lorsque la loi nationale de chacun des époux le permet<sup>Note 22</sup>.

**33.** - En ce qui concerne la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger, un second texte, s'inspirant également de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 (*art. 9*), disposerait que le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'État de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel en France, à condition qu'il ne heurte pas un principe essentiel du droit français.

**34.** - Cette seconde règle dépasserait largement la question des mariages entre personnes de même sexe puisqu'elle poserait un principe général de reconnaissance, sous réserve de l'ordre public (rapp. les articles 11<sup>Note 23</sup> et 14<sup>Note 24</sup> de la Convention de La Haye). Elle mettrait donc fin à la traditionnelle unité des règles régissant la validité du mariage, que celle-ci soit appréciée lors de sa célébration ou à l'occasion de sa reconnaissance. Mais, en posant ce principe général de reconnaissance, elle assurerait plus de stabilité et de continuité dans l'état des personnes. En cela elle s'inscrirait dans le mouvement suivi au niveau international en général et au niveau européen en particulier<sup>Note 25</sup>.

**35.** - Ce principe de reconnaissance permettrait également de régler de façon plus satisfaisante les questions de droit transitoire, dès lors qu'on l'appliquerait aux mariages célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi<sup>Note 26</sup>.

Finalement, la solution la plus sage serait peut-être... de ne rien faire dans une loi sur le mariage pour tous, et de ratifier la convention de 1978 !

**36.** - Resterait le problème des États qui admettent très largement la compétence de leurs autorités pour célébrer un mariage. On a vu que la France est assez libérale en la matière, mais d'autres pays le sont plus encore : voyage et mariage ne sont-ils pas vendus dans un même « package » par certaines agences de tourisme ? Toutefois, c'est moins cette version très largement ouverte du « mariage pour tous » qui est critiquable, que les risques d'abus qu'elle emporte dans l'ordre international. Peut-être serait-il temps de réhabiliter la fraude ou d'inventer un mécanisme idoine afin de tempérer la liberté de plus en plus grande laissée aux individus en matière de conflit de lois et de conflit de juridictions, et pour garantir, grâce à cet encadrement minimum, la libre circulation et la reconnaissance internationale du statut personnel et familial de chacun.

**37.** - Quelle que soit la règle finalement retenue par le législateur français, elle ne viendra cependant pas à bout des difficultés posées par l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe. Ne serait-ce que parce que seul un petit nombre de pays l'autorisent. *Quid* par exemple de la loi applicable aux effets du mariage ? Dans bien des cas, il s'agira d'une loi étrangère. Que faire si cette loi prohibe une telle union ? L'appliquera-t-on « à contresens » ou y substituera-t-on la loi française ? Et, par définition, la règle française ne permet pas de garantir que le mariage célébré en France sera reconnu à l'étranger : tout dépend du jeu des règles de conflit étrangères<sup>Note 27</sup>, de l'intervention de son ordre public et, dans l'espace européen, de l'impact de la jurisprudence de la Cour EDH, favorable à la protection de la vie familiale, et de la CJUE garante de la libre circulation des personnes et de leur statut familial. Se posera également la question de l'application aux couples de même sexe des règlements européens relatifs au divorce, aux obligations alimentaires, à la responsabilité parentale, et, demain, aux régimes matrimoniaux et aux successions. La situation des époux de même sexe restera donc des plus incertaines, et la seule mesure vraiment utile que puisse prendre le législateur français est de prévoir une obligation d'information.

**38.** - La solution passe-t-elle par une harmonisation (au niveau européen ?) des règles de compétence législative et, surtout, de reconnaissance ? Encore faudrait-il que les États s'abstiennent d'ici là de tout *dumping législatif* tendant à imposer aux autres États leurs choix législatifs en matière familiale. Ne peut en résulter qu'incertitude pour les couples et insécurité pour les tiers. Quant aux enfants... [squf]

**Egalement dans ce dossier :** articles 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11

---

Note 1 V. J. Hauser, *Le projet de loi sur le mariage entre personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille* : JCP G 2012, doctr. 1185.

Note 2 Il ne sera question dans cette chronique que du mariage. Un autre monde d'incertitudes s'ouvre en matière d'homoparenté et d'homoparentalité (V. F. Monéger (ss dir.), *Homoparentalité ? Approche comparative, ouvrage publié par la Société de législation comparée, 2012*).

Note 3 V. sur l'ensemble de la question, *Legal recognition of same-sex relationship in Europe : national, cross-border and European perspectives*, K. Boele-Woelki et A. Fuchs (ss dir.) : Intersentia 2012, spéc. pour une étude de droit international privé comparé, P. Wautelet, *Private international law aspects of same-sex partnerships in Europe. Divided we stand ?*, p. 143 et s.

Note 4 Sur la situation en l'état actuel de notre droit, V. H. Fulchiron, *Le mariage entre personnes de même sexe en droit français : refus et/ou reconnaissance* : RID comp. 2010, p. 245 et s.

Note 5 Peut-être serait-il plus exact d'utiliser le terme de *formes* plutôt que celui de *formalités*, les articles 171-1 et suivants du Code civil distinguant depuis la loi du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, les *formes* du mariage, que l'article 171-1 soumet à la *lex loci celebrationis*, et les *formalités* préalables dont le respect est exigé de tout Français se mariant à l'étranger et qui sont régies par les articles 171-1 et suivants.

Note 6 À l'origine, le législateur belge, fidèle à la compétence de la loi nationale en matière de statut personnel, n'avait rien prévu, ce qui posa bien vite la question de la célébration en Belgique d'un mariage entre personnes dont la loi nationale prohibait une telle union. Après de vifs débats, la loi belge portant Code de droit internationale privé posa comme principe que les conditions de fond du mariage sont régies par la loi nationale de chacun des époux (art. 46, al. 1), mais que (art. 46, al. 2) « l'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa précédent est écartée si cette disposition prohibe le mariage entre personnes de même sexe lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage » (sur cette question, V. P. Wautelet, *Les couples de personnes de même sexe en droit belge in Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Utrecht, 2006, J.-H. Leleu et E. Dirix (ss dir.) : Bruylant 2006, p. 307 et s.*

Note 7 Le législateur français a déjà retenu la *lex loci celebrationis* (ou plus exactement la loi du lieu d'enregistrement) pour le PACS. Mais selon l'article 515-7-1 du Code civil, cette loi régit le PACS dans ses conditions de formation et ses effets, ainsi que dans les causes et les effets de sa dissolution. Ici, la *lex loci celebrationis* intervient seulement pour valider le mariage sur la seule question de la différence de sexe. Pour le reste, l'union reste régie par la loi « normalement » applicable : *lex loci celebrationis* quant à la forme, loi nationale quant aux conditions de fond, et différentes lois quant à tel ou tel de ses effets. L'intervention ponctuelle de la loi du lieu de célébration quant au fond ne peut que perturber la cohérence de l'ensemble et multiplier les situations boiteuses.

Note 8 Plus respectueux des choix nationaux, le droit néerlandais (cf. *Livre 10 du Code civil réd. L. 19 mai 2011*) valide le mariage de tout Néerlandais avec une personne du même sexe ou celui de deux personnes de nationalité étrangère dès lors que l'une d'elles a sa résidence habituelle aux Pays-Bas, quand bien même les lois nationales des intéressés ou, conformément au rattachement néerlandais du statut personnel, la loi de la résidence habituelle de l'un des futurs époux, serait dans un pays qui prohibe le mariage homosexuel. En ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, le législateur canadien n'avait pas prévu de règle particulière de droit international privé et le législateur québécois n'est pas intervenu à titre subsidiaire. Les auteurs s'interrogent sur l'intervention de l'ordre public pour évincer la loi personnelle (loi du domicile selon le droit international privé québécois) qui l'interdirait (V. S. Guillemard et A. Prujiner, *Les couples de même sexe : aspects de droit international privé canadien, Rapport canadien pour le Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Utrecht, 2006, inédit. - comp. J. Talpis, Same-sex Canadian marriages are not necessarily recognized abroad : Lawyers Weekly, sept. 2006*). En février 2012, le Gouvernement canadien a déposé un projet de loi modifiant la loi sur le mariage civil, qui prévoit que les mariages entre personnes de même sexe célébrés au Canada, alors que l'une des parties n'avait pas, au moment du mariage, la capacité de contracter le mariage, sont tout de même valides.

Note 9 S'agissant de mariages célébrés à l'étranger, ce ne sont certes pas des mariages célébrés en France. Mais ils le sont par une autorité française appliquant les règles françaises.

Note 10 D. 26 oct. 1939 mod. par D. 15 déc. 1958, visant l'Afghanistan, l'Arabie saoudienne, le Cambodge, la Chine, l'Égypte, l'Irak, l'Iran, le Japon, le Laos, le Maroc (zone de Tanger), le sultanat d'Oman (Mascate), la Thaïlande et le Yémen.

Note 11 CE, ord., n° 310837, 18 déc. 2007, *Gisti et alii* : JurisData n° 2007-072930 ; JCP G 2008, II, 10013, note A. Devers.

Note 12 Circ. min. Aff. étrangères et européennes, 19 janv. 2008, MAEF0801234C, relative au pacte civil de solidarité, pt 7.

Note 13 V. la règle néerlandaise mentionnée *supra*.

Note 14 V. la règle belge de conflit mentionnée *supra*.

Note 15 V. notamment CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, *Wagner c/ Luxembourg* : JCP G 2007, I, 182, n° 9, obs. F. Sudre ; D. 2007, p. 2700, note F. Marchadier ; Rev. crit. DIP 2008, p. 830, note P. Kinsh ; JDI 2008, comm. 5, p. 183, obs. L. d'Avout. - CEDH, 3 mai 2001, n° 56759/08, *Négroponitis-Giannisis c/ Grèce* : Dr. famille 2012, étude 6, n° 4 ; Rev. crit. DIP 2012, p. 817, note P. Kinsh.



Note 16 V. notamment *CJCE*, 2 oct. 2003, *aff. C-148/02, Garcia-Avello* : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 11613 ; *D.* 2004, p. 1476, note M. Audit ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 184, note P. Lagarde. - *CJUE*, 22 déc. 2010, *aff. C-208/209, Sayn-Wittgenstein* : *RTDE* 2011, p. 571, note E. Pataut.

Note 17 V. *supra*.

Note 18 V. notamment *C. Pamboukis, La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance* : *Rev. crit. DIP* 2008, p. 513.

Note 19 D'où une rédaction confuse où il est question de la loi du pays sur le territoire duquel le mariage est célébré, lorsque l'on s'interroge sur la validité de la célébration en France d'un mariage entre personnes de même sexe, et où l'on fait intervenir de façon pour le moins ambiguë, le « respect des engagements internationaux de la France » en matière de reconnaissance en France des unions célébrées à l'étranger.

Note 20 Ce qui n'est guère cohérent avec la volonté du législateur d'en faire un mariage « comme les autres ».

Note 21 *Conv. 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages*, art. 3 : « Le mariage doit être célébré : 1. Lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'État de la célébration, et que l'un d'eux a la nationalité de cet État ou y réside habituellement ; ou 2. Lorsque chacun des futurs époux répond aux conditions de fond prévues par la loi interne désignée par les règles de conflit de lois de l'État de la célébration ». Selon l'article 5 de la Convention, « L'application d'une loi étrangère déclarée compétente par ce chapitre ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État de la célébration » : une telle précision ne serait pas nécessaire car elle correspond au jeu de l'ordre public tel que l'entend la jurisprudence française (comp., en faveur de la *lex loci celebrationis* pour régir la validité du mariage, A. Quinones-Escanez, *Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple* : *Rev. crit. DIP* 2007, p. 357).

Note 22 Serait donc valablement célébré le mariage entre deux Français(es), le mariage entre un(e) Français(e) et un(e) étranger(e), le mariage entre deux étranger(e)s lorsque l'un(e) d'eux (d'elles) a sa résidence habituelle en France, le mariage entre deux étranger(e)s n'ayant pas leur résidence habituelle en France lorsque la loi nationale de chacun d'eux le permet. Resterait le problème de deux étranger(e)s qui n'ont en France qu'une simple résidence au sens du droit interne et dont au moins une des lois nationales interdit le mariage entre personnes de même sexe ; l'officier d'état civil français est compétent pour célébrer le mariage (V. *supra*), mais l'union ne pourrait être valablement contractée. Mais après tout, la loi française doit-elle prêter la main à une célébration qui va à l'encontre de toutes les lois ayant vocation à régir la situation (lois nationales, lois du domicile ou de la résidence habituelle au sens du DIP), alors même que les liens avec la France sont des plus minces et que l'union risque fort de ne pas être reconnue à l'étranger ?

Note 23 *Conv. La Haye*, art. 11 : « Un État contractant ne peut refuser de reconnaître la validité d'un mariage que si, selon le droit de cet État, un des époux, au moment de ce mariage : 1. était déjà marié ; ou 2. était à un degré de parenté en ligne directe avec l'autre époux ou était son frère ou sa soeur, par le sang ou par adoption ; ou 3. n'avait pas atteint l'âge minimum requis pour se marier et n'avait pas obtenu la dispense nécessaire ; ou 4. n'était pas mentalement capable de donner son consentement ou ; 5. n'avait pas librement consenti au mariage. Toutefois, la reconnaissance ne peut être refusée dans le cas prévu au chiffre 1 de l'alinéa précédent si le mariage est devenu ultérieurement valable par suite de la dissolution ou de l'annulation du mariage précédent ».

Note 24 *Conv. La Haye*, art. 14 : « Un État contractant peut refuser la reconnaissance de la validité d'un mariage si cette reconnaissance est manifestement incompatible avec son ordre public ».

Note 25 V. notamment sur l'ensemble de la question *R. Baratta, La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales* : *RCADI* 2010, t. 348, p. 253 et s.

Note 26 rapp. *Conv. La Haye*, art. 15 : « Ce chapitre est applicable quelle que soit la date à laquelle le mariage a été célébré. Toutefois, un État contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer ce chapitre à un mariage célébré avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet État ».

Note 27 Voire, en amont, de la qualification retenue pour cette union. V. en droit international privé suisse, la requalification en partenariat enregistré prévue par l'article 45 de la loi de droit international privé.