LE MARIAGE HOMOSEXUEL ET L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL FRANÇAIS : LA COUR DE CASSATION DONNE QUELQUES PRÉCISIONS

Richard Ouedraogo

Revue libre de Droit

ISSN 2276-5328

Article disponible en ligne à l'adresse suivante :

http://www.revue-libre-de-droit.fr

Comment citer cet article - How to quote this article:

R.OUEDRAOGO: « Le mariage homosexuel et l'ordre public international français : la Cour de cassation donne quelques précisions », *Revue libre de Droit*, 2015, p.1-11.

© Revue libre de Droit

LE MARIAGE HOMOSEXUEL ET L'ORDRE PUBLIC FRANÇAIS : LA COUR DE CASSATION DONNE QUELQUES PRÉCISIONS

Richard Ouedraogo[1]

Résumé : *Le mariage entre personnes de même sexe est une liberté fondamentale à laquelle une convention passée entre la France et le Maroc ne peut faire obstacle si le futur époux marocain a un lien de rattachement avec la France, tel que son domicile.*

Cass. 1ère civ., 28 janvier 2015, n° 13-50059.

Mots-clés : *Liberté matrimoniale – Mariage homosexuel – Ordre public international – Convention franco-marocaine du 10 août 1981*

[1] M. Richard Ouedraogo est docteur en droit de l'Université Paris VIII et assistant de recherche à l'Université de Sherbrooke (Canada). Email : Rabaconmanegba.Ouedraogo@usherbrooke.ca

Cass. 1ère civ., 28 janvier 2015, n° 13-50059.

(…)

Sur le second moyen :

Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt de donner mainlevée de l'opposition au mariage de MM. X... et Y..., alors, selon le moyen :

1°/ que, selon l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » ; que la Convention bilatérale franco marocaine du 10 août 1981 a été régulièrement ratifiée par la France, traduite en droit français par le décret n° 83 435 du 27 mai 1983 et publiée au Journal Officiel du 1er juin 1983, et a fait l'objet de réciprocité ; que dès lors, cette Convention a une valeur supra légale ; qu'ainsi, en écartant l'application de l'article 5 de la Convention prévoyant que « les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité », pour faire prévaloir les dispositions prévues à l'article 202-1, alinéa 2, du code civil, instauré par la loi du 17 mai 2013 selon lesquelles « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence, le permet », la cour d'appel a violé l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

2°/ que, selon l'article 3 du code civil, « ...les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résident en pays étrangers » ; que selon l'article 5 de la Convention franco marocaine du 10 août 1981, « les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régis pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité » ; que selon l'article 4 de ladite Convention, « la loi de l'un des deux États désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre État que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public » ; que l'article 5 précité n'est pas contraire ni manifestement incompatible à

la conception française de l'ordre public international tel qu'envisagé par la loi française du 17 mai 2013, en ce qu'il ne heurte aucun principe essentiel du droit français ni un ordre public international en matière d'état des personnes ; qu'en écartant l'application de la Convention franco marocaine au profit de principes supérieurs d'un nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil ainsi que les principes du droit international privé ;

Mais attendu que si, selon l'article 5 de la Convention franco marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux États désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ; que, par ce motif de pur droit, suggéré par la défense et substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi.

(…)

La décision était très attendue ; on peut d'ores et déjà prédire qu'elle connaîtra un retentissement doctrinal exceptionnel bien au-delà des frontières françaises…

Ceux qui avaient critiqué le choix du législateur d'ouvrir un peu trop vite le mariage aux couples de personnes de même sexe sans avoir pris le soin de régler, au préalable, certains aspects relevant du droit international privé[2] avaient sans doute sous-estimé la capacité de la Cour de cassation à contribuer, comme elle sait parfois le faire, à la construction d'un régime juridique cohérent d'une institution sociale aussi importante qu'est le mariage. La présente solution de la juridiction suprême vient en tout cas clarifier, de manière fort utile, la question

[2] V. Hugues Fulchiron, « Le «mariage pour tous» en droit international privé : le législateur français à la peine…», *Dr. fam.*, n° 1, janv. 2013, dossier 9, p. 31-36.

épineuse de la conformité de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe[3] à certains engagements internationaux de la France.

En l'espèce, un couple de personnes de même sexe, l'un français et l'autre marocain, avaient décidé de se marier malgré l'opposition formulée par le procureur de la République de Chambéry. On rappellera au passage qu'ils sont pacsés depuis le 11 mars 2013. La célébration du mariage intervient le 9 novembre 2013 à la mairie de Jacob-Bellecombette, en Savoie.

Le 11 octobre 2013, le Tribunal de grande instance de Chambéry avait jugé que deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile le permet[4].

L'appel interjeté par le ministère public n'entraînera guère une remise en cause de cette solution. Dans un arrêt très commenté du 22 octobre 2013, la Cour d'appel de Chambéry a en effet ordonné une mainlevée de l'opposition au mariage, et confirmé le jugement de première instance[5]. Un pourvoi fut alors formé par le procureur général, se fondant sur deux moyens. Le premier, sur lequel la Cour de cassation a estimé que le motif de droit énoncé par l'arrêt d'appel ne constituait pas un des termes d'une contradiction donnant ouverture à cassation, portait sur la méconnaissance supposée du principe de hiérarchie des normes en droit français. Effectivement, l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 intègre les normes conventionnelles, après leur ratification, au droit positif français en leur conférant, sous réserve de leur application par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois dans la hiérarchie des normes. De ce fait, la Cour de cassation veille constamment, depuis déjà une quarantaine d'année, au strict respect du principe de la primauté d'un traité international sur les lois internes[6]. Ici, il ne fait guère de doute que la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 trouve matière à s'appliquer ; il n'est d'ailleurs pas contesté qu'elle prime sur la loi française. Le seul argument de droit consistant à soutenir que les juges du fond ont méconnu ce principe de la hiérarchie des normes ne peut toutefois, selon la juridiction suprême, justifier une cassation de l'arrêt.

[3] Sur cette loi, v. par ex., Ferdinand Mélin-Soucramanien, « La loi et le principe d'égalité », *RFDA*, 2013, n° 5, p. 952-956.
[4] TGI de Chambéry, 11 octobre 2013, n° 13/0163 : *Juris-Data* n° 2013-022324.
[5] CA Chambéry, 3e ch., 22 octobre 2013, n° 13/02258 : *Juris-Data* n° 2013-022910, *Dr. fam.* 2013, n° 12, comm. 158, note J.-R. Binet.
[6] Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975 : arrêt «Jacques Vabre», *JCP* 1975.II.18180 *bis* ; *Gaz. pal.* 1975.II.470, concl. A. Touffait.

C'est donc sur le second moyen que la Cour de cassation va s'attarder davantage. Le pourvoi relevait en effet, d'une part, une violation de l'article 55 de la Constitution, en ce que les juges du fond ont évincé l'article 5 de la Convention bilatérale franco-marocaine, lequel prévoit que « les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité », pour faire une application de l'article 202-1, alinéa 2, du Code civil qui dispose, depuis la loi du 17 mai 2013, que « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». D'autre part, le pourvoi se fondait sur une violation du troisième alinéa de l'article 3 du Code civil, ainsi rédigé : « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étrangers ». Or, la Convention franco-marocaine n'autorise l'éviction de la loi étrangère que dans l'hypothèse où elle serait manifestement incompatible avec l'ordre public. Et pour le ministère public, il va de soi que le droit marocain – ici applicable – qui interdit le mariage homosexuel, n'est nullement contraire aux principes essentiels du droit français ni à l'ordre public international en matière d'état des personnes.

Tout l'enjeu est donc, pour la Cour de cassation, de dire si l'application *in concreto* du droit marocain contrevient ou non à l'ordre public international français. Sa réponse est sans ambiguïté : on ne peut priver une personne de la liberté fondamentale de se marier, mariage qui, depuis la loi du 17 mai 2013, est ouvert en France aux couples de personnes de même sexe. Toutefois, la Cour prend le soin de préciser que le mariage homosexuel n'est autorisé que dans un certain nombre de pays. De ce fait, les juges ne peuvent écarter systématiquement l'application de la loi étrangère sans vérifier s'il existe un rattachement du futur époux à la France, ou si le pays avec lequel la France a conclu la Convention ne rejette pas le mariage homosexuel de façon absolue ou universelle.

Il convient alors d'analyser, d'une part, le raisonnement ayant conduit à l'éviction de la règle de droit étrangère (I), et, d'autre part, les conditions d'intervention de l'exception d'ordre public à l'encontre des lois étrangères interdisant le mariage des personnes de même sexe (II).

I. La mise à l'écart de la loi marocaine contraire à l'ordre public français

Pour écarter l'application du droit marocain, comme le prévoit l'article 4 de la Convention du 10 août 1981, la Cour se réfère implicitement à ces grands principes de justice universels considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue[7]. La nécessité de faire prévaloir l'ordre public international sur le respect du droit conventionnel se justifie ainsi par le fait que la liberté de se marier pour tout individu – quel que soit son orientation sexuelle – est désormais inscrite dans la loi française (A). Et cela impose désormais d'adapter la conception même de l'ordre public en France aux valeurs de notre époque (B).

A. Le respect des engagements internationaux face à la liberté fondamentale de se marier

L'histoire récente du mariage en France est marquée notamment par le triomphe de la liberté : liberté de se marier ou de ne pas se marier, liberté de choisir son conjoint, liberté de se défaire de l'union…

Le présent arrêt de la première chambre nous ferait presqu'oublier qu'il y a seulement quelques années, la même Cour de cassation soutenait contre vents et marées que l'interdiction faite par la loi française aux couples de personnes de même sexe de se marier ne contredisait nullement les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme[8]. Il faut dire que les mœurs ont bien évolué depuis. La liberté s'est imposée, non sans mal, dans les esprits ; le mariage n'est plus la chose privée des « hétéros » : tout le monde y a droit désormais !

Le législateur a compris que la liberté n'était pas seulement une valeur fondamentale censée permettre aux individus de choisir leur conjoint ; elle doit aussi leur permettre de choisir comme conjoint une personne du même sexe. La loi du 17 mai 2013 a marqué en ce sens une véritable révolution du droit français. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de

[7] Suivant la méthode utilisée dans l'arrêt « Lautour », Cass. civ., 25 mai 1948 : *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note H. Battifol.
[8] Cass. 1ère civ., 13 mars 2007, n° 05-16627.

même sexe était toutefois appelée à entrer en conflit avec d'autres normes juridiques acquises de longue date, mais qui ne sont pas nécessairement conformes à l'esprit de liberté qui règne dans le droit nouveau du mariage. C'est précisément ce qu'on observe en l'espèce.

Le droit marocain, désigné par la règle de conflit contenue dans la Convention franco-marocaine, ne reconnaît guère une validité au mariage homosexuel. D'ailleurs, le Code de la famille marocain, d'essence islamique, est assez souvent difficilement applicable par les juges français dans bon nombre de litiges[9]. On voit par exemple ici qu'il est ouvertement en contradiction avec la liberté matrimoniale renforcée par le législateur français en 2013. Ce dernier croyait pourtant avoir définitivement réglé ce conflit potentiel, lorsqu'il a autorisé le mariage des couples de personnes de même sexe dès lors que l'union est permise soit par la loi de l'État dont est ressortissant l'un des deux partenaires, soit par la loi du territoire sur lequel il a son domicile[10]. Mais il ne pouvait non plus ignorer que de nombreux États – dont le Maroc – avec lesquels la France a signé des accords bilatéraux, n'admettent pas ce type d'union. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe ne pouvait alors que déboucher sur une dénonciation de certaines dispositions contenues dans ces accords. La Cour de cassation est, ici, parfaitement dans son rôle de censeur des normes conventionnelles incompatibles avec les valeurs actuelles : elle ne saurait tolérer une remise en cause de la liberté fondamentale du mariage en France, désormais encrée dans les principes essentiels de toute société démocratique, même si cette remise en cause émane d'une norme supérieure à celle des lois internes.

Et reprocher au juge judiciaire de méconnaître le principe de la hiérarchie des normes c'est oublier que, sous l'impulsion des droits fondamentaux, il se livre déjà depuis quelques temps à une sorte de contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, contrôle d'autant plus surprenant qu'il peut s'appliquer à des lois dont la constitutionnalité aura été vérifiée par a priori par le Conseil constitutionnel[11].

On ne saurait non plus soutenir que la solution consacre une quelconque violation des engagements internationaux de la France. Ici, c'est bien la méconnaissance par le droit marocain du mariage homosexuel que la juridiction suprême sanctionne, et non la Convention bilatérale du 10 août 1981 elle-même. La loi étrangère, désignée par la règle de conflit, est

[9] Sur ce point, v. par ex. Abla Koudadji, « La difficile réception du droit marocain par le juge français », *Dr. fam.* 2013, n° 6, étude 9.
[10] Article 202-1, alinéa 2, du Code civil.
[11] Philippe Rémy, « La part fait au juge », *in* Le Code civil, *Pouvoirs*, n° 107, 2003, p. 22-36, spéc. p. 34.

toutefois appelée à ne point produire d'effets juridiques en France dès lors qu'elle contrevient à l'ordre public international français. C'est ce qu'a bien apprécié la Cour en l'espèce, en procédant à une sorte de contextualisation d'un ordre public au contenu très évolutif.

B. La contextualisation d'un « nouvel » ordre public international

L'ordre public est une notion discutée depuis bien longtemps[12]. On peut juste noter qu'elle renvoie à un ensemble de valeurs protégées par un système de droit donné. Il s'agit, en fait, d'un « correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente, lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le tribunal saisi »[13].

Projeté dans la relation matrimoniale, l'ordre public est loin d'être un concept désuet ; bien au contraire, on le présente dorénavant comme une valeur garante de l'égalité conjugale, devenue un impératif national et international[14].

Dans la présente décision, la Cour livre un raisonnement riche en enseignement. Elle rappelle, d'une part, que l'ordre public international est un concept mouvant qui se construit et s'affine au fil de l'évolution de la société, et, d'autre part, que le rôle du législateur s'avère déterminant dans la légitimation des valeurs protégées par cet ordre public. En effet, on peut difficilement contester que la loi du 17 mai 2013 a renforcé l'égalité des citoyens français devant l'institution du mariage, en érigeant la liberté fondamentale de se marier en principe essentiel de notre système de droit. Cette liberté fondamentale devient une valeur protégée de l'ordre public international français ; tout principe de droit étranger qui lui est contraire a donc vocation à être écarté.

On note également que la Cour de cassation assume ouvertement sa participation à la détermination du contenu mouvant de l'ordre public international. Interprétant les mœurs familiales actuelles comme s'ouvrant désormais à un certain pluralisme en matière conjugale, la juridiction suprême entend affirmer, implicitement, que le « mariage pour tous » doit à l'avenir, en tout cas sur le sol français, être accepté par tous.

[12] V. par ex., Philippe Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse, Paris, 1951, éd. Matot-Braine, p. 3. Dans l'annexe de sa thèse, M. Malaurie évoquait déjà plus d'une vingtaine de tentatives de définition du concept d'ordre public par la doctrine.
[13] Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 3e éd. 1988, n° 252.
[14] Frédérique Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, 2008.

Le contexte de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a ainsi profondément modifié le contenu de cet ordre public international français. Il marque de ce fait une sorte de « rupture » avec les systèmes de droit – comme celui du Maroc – qui ne reconnaissent pas la même liberté de se marier aux homosexuels.

Le caractère « manifeste » de l'incompatibilité entre le droit marocain, qui affiche un refus absolu du mariage des personnes de même sexe, et le nouvel ordre public français hérité de la loi du 17 mai 2013, est parfaitement établi ici. C'est d'ailleurs ce qui confère à cet arrêt une portée considérable. On peut même supposer que la circulaire de la Chancellerie datée du 29 mai 2013[15], qui était venue préciser que la France a conclu avec certains États des conventions prévoyant que les ressortissants de chaque pays obéiraient à leur loi nationale pour se marier, n'aura plus vraisemblablement d'effectivité juridique.

Dans le même temps, la Cour de cassation est consciente que ces pays avec lesquels la France a passé des accords de coopération maintiendront leur interdiction du mariage homosexuel. Tel est le cas, par exemple, du Maroc. Plutôt que de suggérer une remise en cause des conventions bilatérales déjà en vigueur ou une renégociation des termes de ces accords – ce qui ne relève pas de sa compétence – la juridiction suprême prend donc le soin d'indiquer, fort utilement, que la loi étrangère normalement applicable ne peut être écartée que dans une certaine mesure.

II. Une éviction de la loi étrangère soumise à des conditions

L'éviction de la loi étrangère contraire à l'ordre public français n'est possible que si le futur époux présente un lien étroit avec la France – par exemple s'il y est établi et y a son domicile, comme c'est le cas, en l'espèce, pour ce ressortissant marocain.

Le critère de rattachement territorial à la France permet traditionnellement, dans des situations de conflit entre la loi française et une loi étrangère normalement compétente, de ne pas faire produire, sur le territoire français, des effets juridiques à cette dernière[16]. Concrètement, ce mécanisme dit de l'exception d'ordre public remplit une triple fonction[17] : il sert d'abord à éliminer les lois étrangères qui commanderaient une solution injuste, contraire au « droit naturel », il assure également la défense des principes qui, sans prétendre à l'universalité,

[15] Circ. JUSC1312445C, 29 mai 2013 : BO Justice, 31 mai 2013, n° 2013-05.
[16] Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 10e éd. 2010, n° 199 à 213.
[17] *Ibid.*, n° 200.

constituent les « fondements politiques, sociaux de la civilisation française », et permet enfin la « sauvegarde de certaines politiques législatives ».

Dans le cas présent, on rappellera que l'époux marocain est domicilié en France depuis de nombreuses années. Il a des intérêts familiaux en France – ne serait-ce parce qu'il a conclu un PACS avec un citoyen français – et sans doute, aussi, des intérêts professionnels. On peut même supposer qu'il s'identifie aux valeurs de la société française, et qu'il entend jouir, comme tout Français, des privilèges que lui octroie la loi française. Il peut certes avoir des liens forts avec le Maroc, mais cela ne saurait signifier qu'il a vocation à respecter les lois d'un pays dans lequel il ne vit plus. Le domicile n'est-il pas déterminé, en effet, lorsqu'il est retenu comme élément de rattachement, par le principal établissement d'un individu ?[18] Et la réalité de l'intention de l'époux marocain d'avoir son principal établissement en France semble ici certaine.

A contrario, la contrariété à l'ordre public international français n'aurait pas pu être invoquée pour écarter le droit étranger si l'intéressé n'avait pas son domicile en France. À première vue, ce raisonnement de la Cour peut paraître curieux tant on imagine mal, sauf évidemment dans certaines hypothèses de fraude à la loi, un étranger entamer une démarche pour se marier en France sans y avoir établi sa résidence principale. Ce que la Cour a voulu signifier ici c'est que l'égalité de traitement devant la loi française doit être assurée entre les ressortissants marocains et les autres ressortissants étrangers : le mariage avec un citoyen français du même sexe est désormais possible en France quel que soit le pays d'origine de l'autre futur époux, à condition, bien entendu, que ce dernier ait son domicile en France : l'exception d'ordre public jouera donc chaque fois qu'on demandera au juge français de se prononcer sur la validité d'un mariage homosexuel contracté par un ressortissant étranger domicilié en France.

En outre, la Cour de cassation a fait référence à une autre condition qui, seule, aurait aussi suffi à écarter l'application du droit étranger désigné par la règle de conflit. Pour elle, le droit étranger ne peut être écarté que si l'État avec lequel la France a conclu la convention n'autorise pas le mariage de personnes de même sexe, mais ne le rejette pas de façon universelle ou absolue. On rappellera ici que la France a signé un certain nombre d'accords bilatéraux prévoyant que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle[19] ; et si un ressortissant de ces États contractait mariage avec un citoyen français,

[18] V. art. 102 et suivants du Code civil.
[19] Cas des conventions bilatérales liant la France à la Pologne, à la Bosnie-Herzégovine, au Monténégro, à la Serbie, au Kosovo, au Cambodge, au Laos, à la Tunisie et à l'Algérie.

il est évident que ce droit étranger serait également déclaré incompatible avec l'ordre public international français. La portée de cet arrêt va donc bien au-delà des seuls cas de mariages franco-marocains.

Techniquement, ces conditions ne sont pas cumulatives : l'une ou l'autre suffit pour écarter le droit étranger, mais il faut impérativement qu'au moins l'une de ces conditions soit effectivement réunie pour que le droit étranger puisse être évincé.

En définitive, cette exacte application de la nouvelle règle de conflit posée à l'article 202-1, alinéa 2, du Code civil – qui lui confère, semble-t-il, une portée « plus grande que celle que le législateur souhaitait »[20], vient en quelque sorte parachever l'œuvre de construction d'un régime plus cohérent de la loi du 17 mai 2013.

[20] Jean-René Binet, note préc., *supra* n° 4.