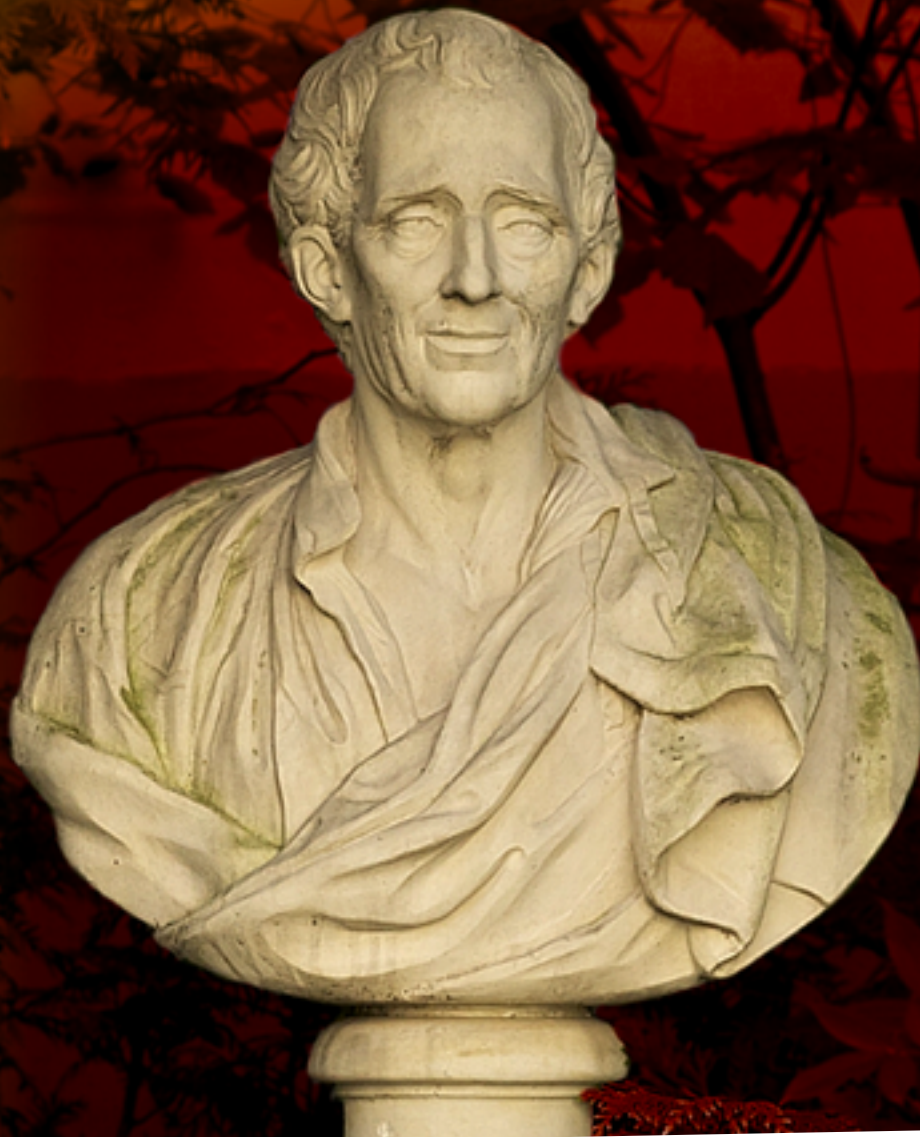


N°3 | Octobre
2015

Montesquieu Law Review

L'ouverture française du mariage aux couples de même sexe
et ses répercussions internationales

Gaëtan Escudey & Pr. Sandrine Sana Chaille de Néré, université de Bordeaux



Programme financé par l'ANR-
10-IDEX-03-02

FORUM
MONTESQUIEU
Faculté de droit et science politique

université
de **BORDEAUX**

Droit international privé

L'ouverture française du mariage aux couples de même sexe et ses répercussions internationales

Gaëtan Escudey et Pr. Sandrine Sana Chaille de Néré, Université de Bordeaux

Alors que Portalis définissait, dans les travaux préparatoires du Code civil, le mariage comme « *la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée* » (I), l'idéologie individualiste contemporaine a progressivement remis en cause la conception traditionnelle du couple et de la famille. C'est ainsi que sur les cent quatre-vingt-treize Etats composant la société internationale, une vingtaine ont à ce jour ouvert le mariage aux couples de même sexe. La France les a rejointe suite à la réforme aussi passionnée que médiatisée du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe. Or, face à la mobilité internationale croissante des individus, les réformes de droit interne ont nécessairement influé sur les règles de droit international privé. La connaissance des règles de droit international privé applicables aux couples de même sexe est donc indispensable pour résoudre les inévitables problèmes que pose la circulation juridique de leur union, problème auquel les juridictions sont d'ores et déjà confrontées. La mise en exergue des répercussions internationales de l'ouverture par la France du mariage aux couples de même sexe suppose d'étudier les règles de droit international privé prévues par la loi du 17 mai 2013 (I), avant d'analyser les apports de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 janvier 2015 relatif à la célébration d'un mariage homosexuel franco-marocain (II) et d'examiner les limites de la réglementation en vigueur (III).

Les règles de droit international privé issues de la loi du 17 mai 2013

La confirmation des règles de conflit classiques.

Par la loi du 17 mai 2013, le législateur français a ouvert le mariage aux couples de même sexe et inscrit à l'article 143 du Code civil que « *le mariage est contracté par deux personnes de sexes différents ou de même sexe* ». Mais, soucieux d'assurer un rayonnement international à sa réforme, le législateur a introduit, une fois n'est pas coutume, des dispositions de droit international privé. Ainsi, l'article 202-2 du Code prévoit-il que « *le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la célébration a eu lieu* » et, partant, confirme le rattachement des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration. De même, le premier alinéa de l'article 202-1 prévoit que « *les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle* », ce qui confirme le rattachement classique des conditions de fond du mariage à la loi applicable au statut personnel, soit la loi nationale en droit international privé français.

L'adoption d'une nouvelle règle de conflit.

La différence de sexe étant un empêchement bilatéral, celle-ci est soumise à une application cumulative des lois nationales en présence. Or, l'application cumulative des lois nationales en matière d'empêchements bilatéraux au mariage conduit à appliquer la loi nationale la plus sévère et a pour conséquence de priver un membre du couple d'avantages que lui conférait sa loi

nationale. Autrement dit, deux personnes de même sexe ne peuvent se marier que si les lois nationales des deux intéressés reconnaissent la validité substantielle du mariage en ne faisant pas de l'altérité sexuelle une condition de fond de celui-ci. Dès lors, face aux hypothèses de plus en plus fréquentes de plurinationalités des couples et au faible nombre d'Etats ayant accepté le mariage homosexuel, le deuxième alinéa de l'article 202-1 prévoit 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'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ». Si cette règle de conflit permet au mariage entre personnes de même sexe « *d'échapper aux foudres des lois personnelles prohibitives* » (2), on peut toutefois se demander s'il était réellement pertinent d'adopter une règle spécifique applicable à la formation des mariages entre personnes de même sexe. En effet, une telle démarche semble peu compatible avec l'objectif égalitaire du texte de loi et entraîne une certaine incohérence au sein des règles relatives à la formation du mariage en droit international privé. Comme le relève le Professeur Fulchiron, « *cette façon de mettre le vin nouveau dans de vieilles outres [...] fait du mariage entre personnes de même sexe une exception au jeu normal des règles de conflit alors que l'on prétend en faire un mariage comme les autres* » (3).

La fonction de la nouvelle règle de conflit.

Le législateur français s'est manifestement inspiré de l'article 46 du code de droit international privé belge selon lequel « *l'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1^{er} (4) est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou sa résidence habituelle sur le territoire dont le droit admet un tel mariage* ». Cette disposition permet ainsi d'écarter, de façon explicite en droit international privé belge et de façon implicite en droit international privé français(5), la loi ou les lois personnelle(s) prohibitive(s) dès lors que la loi nationale ou la loi du domicile ou de la résidence de l'un des futurs époux admet le mariage homosexuel. Ainsi, un couple constitué d'un allemand et d'un italien dont l'un d'eux possède une résidence – même secondaire (6) – au Portugal pourrait se marier en France (7) alors même que ni l'Allemagne, ni l'Italie n'ont ouvert le mariage aux personnes de même sexe.

Les limites de la nouvelle règle de conflit.

Alors que la version initiale du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe soumettait l'application de l'article 202-1 au respect des engagements internationaux de la France (8), cette référence a été considérée comme superfétatoire au regard de l'article 55 de la Constitution qui impose la supériorité des traités sur la loi (9). C'est donc par la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe (10) qu'une limite a été posée à cette disposition. Celle-ci prévoit que « *la règle introduite par l'article 202-1 alinéa 2 ne peut s'appliquer pour les ressortissants de pays avec lesquels la France est liée par une convention bilatérale qui prévoient que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle* ». La circulaire rappelle ainsi que la France a conclu de telles conventions avec la Pologne, le Maroc, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo, la Slovénie, le Cambodge, le Laos, la Tunisie et l'Algérie. Etait donc a priori interdite la célébration en France d'un mariage homosexuel lorsque l'un des futurs époux possède la nationalité d'un Etat ayant conclu une convention bilatérale avec la France prévoyant le rattachement des conditions de fond du mariage à la loi personnelle. Toutefois, eu égard aux réserves d'ordre public contenues dans les conventions internationales relatives au statut personnel, la réponse ministérielle du 13 août 2013 est venue préciser qu'il appartient « *aux juridictions judiciaires d'apprécier si la loi étrangère*

désignée par l'application desdites Conventions devrait être écartée en raison de sa contrariété à l'ordre public international français et d'autoriser la célébration du mariage en France » (11). C'est précisément sur ce point que l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 janvier 2015 est décisif.

Les apports de l'arrêt du 28 janvier 2015

La validité d'un mariage homosexuel franco-marocain.

Il n'a fallu que quelques mois pour qu'une demande de mariage entre un Français et un ressortissant de même sexe d'un pays avec lequel la France est liée par une telle convention, en l'espèce le Maroc, se présente devant une autorité française. Si leur demande a été acceptée par l'officier d'état civil français, le parquet de Chambéry leur a notifié une décision d'opposition en se fondant, comme le prévoit la circulaire du 29 mai 2013, sur la convention franco-marocaine relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire du 10 août 1981 dont l'article 5 prévoit que « *les conditions de fond du mariage [...] sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité* ». Le Tribunal de Grande Instance et la Cour d'Appel de Chambéry ont confirmé l'éviction de la convention franco-marocaine au nom du « *nouvel ordre public international français* » (12). Le ministère public s'est alors pourvu en cassation en arguant de la violation de l'article 55 de la Constitution et de l'absence de contrariété ou d'incompatibilité manifeste de l'article 5 de la convention franco-marocaine à la conception française de l'ordre public international français. Les Hauts magistrats ont rejeté le pourvoi en considérant, dans un arrêt largement commenté en date du 28 janvier 2015 (13), que « *la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe [...] est manifestement incompatible avec l'ordre public français dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ».

L'insertion du mariage homosexuel dans l'ordre public international français.

La subtile substitution de motifs réalisée par la Cour de cassation permet de rappeler qu'il ne s'agit pas d'appliquer la loi française en lieu et place de la loi marocaine désignée par la convention internationale par un renversement de la hiérarchie des normes que les juges du fond avaient semblé admettre, mais de faire jouer l'exception d'ordre public international, prévue par ladite convention, à l'encontre de la loi normalement applicable et ainsi d'appliquer subsidiairement la loi du for. N'était donc pas en cause la question d'une supposée violation de la convention bilatérale mais de la détermination du contenu même de l'ordre public international français. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013 n'aurait donc pas simplement fait disparaître l'altérité sexuelle comme condition de fond du mariage mais aurait également promu le mariage homosexuel au sein de l'ordre public international français. L'éviction de la loi normalement compétente en vertu de la convention bilatérale pour contrariété à l'ordre public international français semble justifiée par la volonté, dont était très certainement animé le législateur français lors de l'adoption de l'actuelle règle de conflit de lois, d'étendre l'accès au mariage homosexuel au plus grand nombre de personnes possibles. Son accession à l'ordre public international français aura ainsi pour conséquence d'écarter les lois étrangères prohibitives, même lorsque leur application est prévue par une convention internationale à laquelle la France est partie.

La volatilité de l'ordre public international.

La contrariété de la loi marocaine – ou, désormais, de toute autre loi qui ne reconnaît pas le mariage homosexuel – à l'ordre public international français constitue un changement de paradigme. En effet, avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, la contrariété à l'ordre public international français était invoquée aux fins de ne pas reconnaître en France un mariage homosexuel valablement célébré à l'étranger (14). Affirmer un jour que l'ordre public international français s'oppose à la reconnaissance d'un mariage homosexuel en France, et le lendemain que l'impossibilité de célébrer en France ce mariage s'oppose à ce même ordre public international est surprenant. S'il y a là une manifestation du principe d'actualité de l'ordre public international qui impose au juge de considérer celui-ci dans son état au moment où il statue, on peut se demander « *si la possibilité de nouer de telles unions [...] est devenue, par la seule force d'une consécration législative récente, un principe fondamental que l'ordre juridique [français] se devrait de protéger contre les atteintes que lui porteraient les droits étrangers* » (15). Cet arrêt s'inscrit ainsi dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation selon laquelle l'ordre public international, noyau dur de l'ordre public interne, ne comprend pas simplement, selon sa définition classique, « *l'ensemble des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* » (16) mais également des « *principes essentiels du droit français* » (17). Le mariage entre personnes de même sexe, défendu par le législateur français de manière certes non isolée mais qui ne s'impose pas largement hors de nos frontières, est donc devenu un principe essentiel du droit français qu'il convient de sauvegarder à l'international en l'intégrant à l'ordre public international français.

La nature précisée de la nouvelle règle de conflit.

Cet arrêt lève le doute sur la nature exacte du second alinéa de l'article 202-1 du Code civil : il s'agit d'une règle spéciale d'ordre public sous condition d'une certaine proximité. En effet, contrairement à ce que laisse entendre le communiqué de l'arrêt ici commenté (18), il ne s'agit pas d'une application classique de l'ordre public de proximité. En reprenant les termes même de l'article 202-1 du Code civil, la Cour de cassation n'analyse pas la proximité par un lien de rattachement avec l'ordre juridique du for mais avec les ordres juridiques de la nationalité, du domicile ou de la résidence de l'individu. Il s'agit là d'une application de ce qu'Antoine Pillet appelait « *l'effet réflexe* » (19) de l'ordre public international visant à protéger les valeurs d'un système juridique étranger similaires à celles du for, en l'espèce la promotion du mariage entre personnes de même sexe. Cette nouvelle règle ne met-elle toutefois pas en exergue un certain absolutisme du modèle conjugal du for « *au point que la bonne législation étrangère sera donc exclusivement celle qui se présentera comme substantiellement identique à la législation française [...] témoignant d'une conception assez particulière d'un droit international privé parfois décrit encore comme un instrument de gestion de la diversité des droits et qui deviendrait là un instrument de propagation du droit substantiel français* » (20) par une « *règle de conflit militante* » (21) ?

Les limites de la réglementation en vigueur

Les risques de tourisme matrimonial.

Si la réglementation en vigueur participe incontestablement à la création de mariages boiteux (22), certainement vaut-il mieux un mariage reconnu dans un seul pays qu'une absence totale de mariage, d'autant plus si les intéressés n'ont aucunement l'intention de retourner dans leur pays d'origine. Mais, cet arrêt ne participe pas seulement à la création de rapports bancals, dont

l'existence est certainement inhérente à la diversité, voire la radicalité, des législations nationales sur des questions sociétales aussi sensibles. Il met également en avant le problème du tourisme matrimonial et « *contribue à renforcer l'attractivité de la France en tant que lieu de célébration du mariage de couples de personnes de même sexe* » (23). Or ce risque de tourisme nuptial prend toute son ampleur au regard des libertés européennes de circulation et du droit européen des droits de l'Homme qui pourraient imposer la reconnaissance du statut conjugal acquis en France dans le futur Etat d'accueil du couple. Celui-ci avait déjà été abordé par les parlementaires lors des débats relatifs à l'adoption de ce projet de loi. En effet, dans sa version initiale, ce projet prévoyait l'éviction de la loi personnelle prohibitive dès lors que la loi de l'Etat sur le territoire duquel était célébré le mariage le permettait. Il alignait ainsi la compétence législative sur la compétence de l'autorité chargée de célébrer le mariage. Autrement dit, la compétence de l'autorité célébrante absorbait la question du conflit de lois et plaçait au premier plan la nécessité de déterminer convenablement la compétence des autorités françaises à célébrer un tel mariage.

La large compétence territoriale de l'officier d'état civil français.

Or, les règles relatives à la compétence territoriale de l'officier d'état civil français pour célébrer un mariage sont particulièrement généreuses (24). Il résulte en effet des articles 74 et 165 du Code civil qu'est compétent l'officier d'état civil français du lieu du domicile de l'un des futurs époux ou du lieu où l'un d'eux réside depuis au moins un mois. Si la résidence est entendue de façon particulièrement souple, le domicile renvoie au lieu où la personne a son principal établissement (25) mais n'exige aucune condition de durée ou d'habitation effective. Ces notions étant d'autant plus largement interprétées que l'instruction générale de l'état civil précise qu'il « *est souhaitable que l'officier de l'état civil adopte une attitude libérale en ce qui concerne le domicile ou la résidence* » (26). La loi du 17 mai 2013 a pourtant encore élargi cette compétence puisqu'un mariage homosexuel peut désormais être célébré dans la commune où l'un des parents des futurs époux a son domicile ou sa résidence, et l'officier d'état civil est compétent « *lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration* » (27).

Vers une détermination de la compétence internationale de l'officier d'état civil français ?

Afin de prendre en compte l'intensité des répercussions internationales de cette réforme, peut-être aurait-il été judicieux de déterminer la compétence internationale de l'officier d'état civil français par une « *extension des règles de compétence territoriale interne* » (28) au plan international. Celle-ci aurait ainsi pu être restreinte aux cas où l'un des futurs époux possède la nationalité française ou une résidence habituelle en France. En effet, le rattachement à la loi nationale permettrait de palier l'incompétence des autorités diplomatiques et consulaires françaises pour célébrer un mariage homosexuel dans un pays étranger. Quant à la notion de résidence habituelle, interprétée par la Cour de cassation, au sens du droit international privé et non plus du droit interne, comme « *le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent de ses intérêts* » (29), elle permettrait de s'assurer d'un lien effectif avec la France. Cette proposition fait écho aux rattachements retenus par la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (30) et, eu égard au parallélisme des formes, aux règles de compétence directe retenues par le règlement Bruxelles II bis en matière de dissolution du mariage (31). Une nouvelle détermination de la compétence internationale des autorités françaises habilitées à célébrer un mariage

participerait ainsi à lutter contre le tourisme matrimonial et la création de rapports boiteux et partant, à assurer une meilleure coordination des ordres juridiques nationaux.

Notes

- (1) Portalis (J.-E.-M.), « Présentation du projet de loi sur le mariage au Corps législatif, le 16 ventôse an XI.
- (2) Laborde (J.-P.), « Quelques brèves observations sur les dispositions de droit international privé de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe », *Bulletin du CERFAP* n°15, novembre 2013.
- (3) Fulchiron (H.), « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du ‘mariage pour tous’ », *JDI*, n°4, 2013, doct. 9.
- (4) Selon lequel « *les conditions de validité du mariages sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l’Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage* ».
- (5) En tout cas jusqu’à l’arrêt du 28 janvier 2015 intégrant le mariage entre personnes de même sexe à l’ordre public international français.
- (6) En l’absence de précision, la résidence, notion de fait, peut renvoyer à une simple résidence secondaire.
- (7) A condition toutefois que l’officier d’état civil français soit compétent.
- (8) Dans son avis du 31 octobre 2012 sur le projet de loi, le Conseil d’Etat avait en effet considéré que l’article 202-1 serait privé d’effet en présence d’une convention bilatérale comportant des dispositions contraires et qu’il convenait d’introduire explicitement cette réserve.
- (9) Le Conseil constitutionnel a ainsi validé, dans sa décision du 17 mai 2013 (n°2013-669 DC) l’article 202-1 au motif qu’il n’a « *ni pour objet ni pour effet de déroger au principe selon lequel tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* ».
- (10) Circ. 29 mai 2013, JUSC 1312445C ; Bidaud-Garon (C.), « Mariage pour tous : la circulaire ! », *JCPG* 2013, p. 729s ; Fulchiron (H.), « Le mariage pour tous ou presque », *D.* 2013, p. 1969.
- (11) JO déb. Ass. Nat., Questions, 13 aout 2013, n° 28 287.
- (12) CA Chambéry, 3^{ème} chambre 22-10-201 » (rejet), n°13/02258 ; note Fulchiron (H.), *D.* 2013, p. 2576 ; note Boiche (A.), *AJ Famille* 2013, p. 720 ; note Hauser (J.), *RTD Civ.* 2014, p. 89.
- (13) Cass, civ, 1^{ère}, n° 13-50.059/96 ; note Gallmeister (I.), *D.* 2015, p. 464 ; note Legrand (V.), *LPA*, 27 février 2015, n°42, p. 6 ; note Gannage (L.), *JCPG*, n°12, 23 mars 2015, p. 318 ; note Haftel (B.), *AJ Famille* 2015, p. 71s. ; note Devers (A.) et Farge (M.), *Dr. Famille*, n°3, mars 2015, comm. 63 ; note Sarcelet (J.-D.), *Gaz. Pal.*, 5 février 2015, n°36, p.11.
- (14) Fulchiron (H.), « Le mariage homosexuel et le droit français », *D.* 2001, p. 1629 : « *une loi qui permet le mariage entre deux personnes de même sexe est contraire au principe de la différence de sexe dans le mariage et doit donc être écartée au nom de l’ordre public français en matière internationale* »
- (15) P. Wautelet, « Les couples de personnes de même sexe en droit belge en particulier sous l’angle du droit international privé » in *The Belgium reports at the Congress of utrecht of the international academy of comparative law*, 2006, p. 301.
- (16) Cass, civ, 25 mai 1948, *Lautour* ; Aancel (B.) et Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, n°19.
- (17) Selon les termes de l’arrêt Cass, civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740. V. GUILLAUME (J.), « L’ordre public international selon le rapport annuel 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2121s.
- (18) Selon ce communiqué, « la loi du pays étranger ne peut être écartée que s’il existe un rattachement du futur époux étranger à la France ».

- (19) Pillet (A.), *De l'ordre public en droit international privé*, Grenoble, 1890, p. 82s.
- (20) Bureau (D.), « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *Les relations privées internationales, Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 177.
- (21) Khairallah (G.), « Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage de couples de même sexe », in *Les relations privées internationales, Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 493.
- (22) La circulaire du 29 mai 2013 invite d'ailleurs l'officier d'état civil à informer les futurs conjoints de l'absence probable de reconnaissance de leur union dans leur pays d'origine et des possibles peines pénales encourues.
- (23) Gallmeister (I.), « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public international », *D.* 2015, p. 464s.
- (24) V. Fulchiron (H.), « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du mariage pour tous », *JDI* 2013, doct. 9, p. 1055s. spéc. n°36-41.
- (25) Selon l'article 102 du Code civil.
- (26) IGEC, §392.
- (27) Selon les termes de l'article 171-9 du Code civil.
- (28) Selon la méthode dégagée par la jurisprudence pour la détermination des règles de compétence directe des juridictions françaises (Cass. civ. 1^{ère}, *Pelassa*, 19 octobre 1959 et Cass. civ. 1^{ère}, *Scheffel*, 30 octobre 1962).
- (29) Cass., civ. 1^{ère}, 14 déc. 2005 ; Gallmeister (I), *D.* 2006, p. 12 ; Courbe (P) et Jault-Seseke (F.), *D.* 2006, p. 1502.
- (30) Selon l'article 3, « *le mariage doit être célébré lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'Etat de la célébration, et que l'un d'eux a la nationalité de cet Etat ou y réside habituellement* ». V. Batiffol (H.), « La treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *RCDIP*, 1977, p. 467s et NYGH (P.), « The Hague marriage convention : a sleeping beauty ? », in *E pluribus unum : liber amicorum Georges Droz : on the progressive unification of private international law*, 1996, p. 267s.
- (31) Selon l'article 3 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003.