



Paris, le

09 AVR. 2014

Décision du Défenseur des droits n° MLD-2014-072

Le Défenseur des droits,

Vu l'article la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et notamment les articles 8, 12 et 14 ;

Vu la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 ;

Vu le code civil et notamment les articles 143 et 202-1;

Saisi par Messieurs Dominique et Mohammed d'une réclamation relative à la décision d'opposition à la célébration de leur mariage que leur a opposée le Procureur de la République ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour de cassation.

Le Défenseur des droits

Pour le Défenseur des droits et par délégation,
Le Secrétaire général
Richard SENGHOR

Dominique Baudis

Observations devant la Cour de cassation

- **Rappel des faits**

Par courriel du 20 novembre 2013, Messieurs Dominique [REDACTED] et Mohammed [REDACTED], ont saisi le Défenseur des droits, par l'intermédiaire de l'association ADHEOS, d'une réclamation relative à la décision d'opposition à la célébration de leur mariage que le Procureur de la République leur a opposée le 12 septembre 2013.

Le Tribunal de grande instance puis la Cour d'appel de Chambéry, par décisions des 11 et 22 octobre 2013, ont fait droit à la demande de mainlevée de l'opposition que le Procureur avait formé contre le mariage en décidant d'écarter la convention franco-marocaine et en permettant au couple de se marier en France, contrairement aux indications de la circulaire de la Garde des Sceaux du 29 mai 2013.

Pour ce faire, les juges ont considéré que loi du 13 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe avait fait naître un nouvel ordre public international, lequel s'oppose à ce que l'on puisse refuser à des personnes le droit de se marier du fait de leur nationalité et de leur orientation sexuelle.

Les réclamants sollicitent du Défenseur des droits qu'il présente des observations devant la Cour de cassation, conformément à l'article 33 de loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

- **Problème de droit**

L'article 202-1 alinéa 2 du code civil issu de la loi du 17 mai 2013 a introduit une exception à la règle de conflit des lois en permettant que le mariage de personnes de même sexe puisse être régi, non par la loi personnelle de chacun des époux comme l'impose l'alinéa 1^{er} de cet article, mais par la loi qui autorise un tel mariage (au choix, la loi personnelle de l'un d'entre eux ou la loi de l'Etat sur lequel ils résident).

Ainsi que le rappelle la Garde des Sceaux dans son courrier adressé au Défenseur des droits le 24 mars 2014 (pièce n°1), cette dérogation permet d'écarter la loi personnelle de l'un des époux - loi qui interdirait le mariage des personnes de même sexe notamment - si son conjoint est français ou si l'un des deux membres du couple réside en France.

Toutefois, la circulaire de la Garde des Sceaux du 29 mai 2013 sur laquelle se fonde la décision litigieuse du Procureur de la République précise que cette exception ne peut bénéficier aux ressortissants de pays avec lesquels la France est liée par des conventions bilatérales aux termes desquelles la loi applicable aux conditions de fond du mariage demeure la loi personnelle.

Il est à noter que, par instruction du 1^{er} août 2013, la Ministre a assoupli ces interdictions : les conventions qui n'évoquent pas de renvoi exprès à la loi personnelle du ressortissant étranger peuvent ne pas faire obstacle au mariage entre personnes de même sexe (Laos, Cambodge, Algérie et Tunisie). En revanche, le mariage homosexuel reste proscrit quand la convention spécifie que chaque partie est soumise aux dispositions de sa loi nationale. Tel est le cas des ressortissants marocains, en vertu de l'article 5 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981.

Dans ce cas, la circulaire demande aux maires de ne pas célébrer le mariage de personnes de même sexe lorsque l'une des deux personnes possède l'une de ces nationalités et justifie cette

position en expliquant que, conformément à la hiérarchie des normes, les conventions bilatérales ont une force supérieure à la loi qui doit alors s'incliner.

Dans la mesure où le mariage va pouvoir être refusé à certaines personnes en raison de leur nationalité mais seulement si elles souhaitent s'unir à une personne de même sexe, les dispositions de la circulaire sur lesquelles se fonde la décision du Procureur créent deux différences de traitement, l'une à raison de la nationalité, l'autre à raison de l'orientation sexuelle.

Si la loi prévoyait de telles distinctions, elle serait sans nul doute inconstitutionnelle, contraire notamment aux stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Le problème juridique posé ici est plus délicat puisque, d'une part, les dispositions de la circulaire sur lesquelles se fonde la décision litigieuse découlent de conventions bilatérales, supérieures à la loi et, d'autre part, la Convention européenne et conventions bilatérales ont la même force. C'est pourquoi selon le Procureur Général près la cour d'appel de Chambéry, le respect de la hiérarchie des normes empêcherait ainsi l'application de l'article L.202-1 alinéa 2 du code civil.

Le Défenseur des droits estime toutefois que cet obstacle semble pouvoir être levé à deux titres : tout d'abord, la convention bilatérale imposant le respect de la loi personnelle du candidat au mariage contient une clause d'ordre public, en son article 4, permettant de faire échec à toute entorse au principe d'égalité ; ensuite, la pertinence de l'article 5 de cette convention (renvoyant à la loi personnelle et donc à l'interdiction de contracter un mariage homosexuel) doit être étudiée au regard des stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme proscrivant toute discrimination fondée sur la nationalité et l'orientation sexuelle.

1. Les clauses d'ordre public des conventions bilatérales

L'exception d'ordre public permet au juge d'écarter, d'office ou à la demande des parties, l'application d'une loi étrangère heurtant certaines valeurs et principes fondamentaux de l'ordre juridique du for¹.

Cette exception d'ordre public est largement consacrée par les instruments internationaux², et plus particulièrement par l'article 14 de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux qui dispose que : « *l'application de la loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.* » Elle existe donc implicitement dans toute convention faisant prévaloir la loi personnelle. Dans le cas d'espèce, elle trouve *a fortiori* à s'appliquer qu'elle est explicitement prévue par l'article 4 de la convention franco-marocaine, qui dispose que « *la loi de l'un des Etats désignés par la présente convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.* ».

La Cour de cassation admet, de façon générale, cette exception d'ordre public, considérant que les dispositions d'une loi étrangère contraires à la conception française de l'ordre public ne sauraient avoir d'efficacité en France³.

¹ Communiqué de la Cour de cassation sur l'arrêt Soc. n° 1184 du 10 mai 2006

² Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 21 ; Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), article 26

³ Civ. 1ère, 23 janvier 1979, 77-12.825, Publié au bulletin

Dans la mesure où l'ordre public international renvoie aux principes fondamentaux ou aux droits et libertés individuelles garantis notamment par la Constitution, cette clause permet au juge d'écarter la convention bilatérale lorsqu'une de ses dispositions est contraire aux principes fondamentaux régissant le droit français⁴.

Parmi les principes fondamentaux susceptibles d'être protégés au titre de l'ordre public français, on trouve le principe d'égalité - et son corollaire le principe de non-discrimination -, tout comme la liberté de mariage, qui sont des droits constitutionnellement protégés.

Le premier, découlant de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et partie intégrante du bloc de constitutionnalité, est constitutif de l'identité républicaine, ainsi qu'en atteste sa devise.

Le second, la liberté de mariage, a une valeur constitutionnelle⁵ et est une liberté personnelle directement rattachée aux articles de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, reconnue en outre à l'égard des étrangers⁶.

Ces principes, considérés comme essentiels, font ainsi partie intégrante de l'ordre public français : par comparaison, la loi française ne s'incline pas devant l'une des dispositions de la Convention franco-marocaine aux termes de laquelle une femme musulmane est tenue de se marier avec un homme de la même confession. La liberté de mariage, tout comme la liberté religieuse, transcendent ces stipulations.

Or, ce sont précisément ces principes, qui consacrent l'égalité entre tous les couples et le refus de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, qui ont incité le législateur à ouvrir le mariage aux personnes de même sexe.

Bien plus, ainsi que la Cour d'appel de Chambéry l'a rappelé, la loi du 17 mai 2013 ne s'est pas contentée de modifier l'ordre public international français en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, elle a également changé son contenu sur un autre aspect, en posant une exception très large à l'application de la loi nationale de chacun des époux, attestant ainsi de la volonté d'étendre au maximum le bénéfice de la nouvelle loi et d'éviter qu'une loi étrangère puisse faire échec à cette ouverture.

En effet, en posant expressément, à l'alinéa 2 de l'article 202-1 du code civil, une dérogation à l'application de la loi personnelle de chacun des époux, le législateur s'est engagé dans une politique législative spécifique en ouvrant très largement, sur le territoire français, le mariage aux personnes de même sexe. Or, les règles de droit tendant à la sauvegarde ou la consolidation d'une politique législative sont également protégées par le juge au titre de l'exception d'ordre public. Ainsi, par exemple, si l'ordre public international français, à l'époque où le droit français prohibait la légitimation des enfants adultérins, s'opposait à l'application en France d'une loi étrangère contraire, il est aujourd'hui au contraire, dès lors que le législateur est intervenu pour autoriser la légitimation des enfants adultérins, utilement invoqué pour écarter une loi étrangère s'opposant à une telle légitimation⁷.

Ainsi, même si la possibilité d'aller à l'encontre de la loi personnelle de l'un des époux dans le cas d'un mariage entre deux personnes du même sexe est prévue par une loi, le principe de hiérarchie des normes demeure respecté, contrairement à ce qu'avance le Procureur Général dans son mémoire ampliatif (pièce n°2), puisque c'est la convention bilatérale elle-même qui prévoit la possibilité d'écarter une de ses dispositions en cas de contrariété avec l'ordre public

⁴ Alexandre BOICHE, Le droit marocain prohibant le mariage entre deux personnes de même sexe est contraire à l'ordre public international, AJ Famille 2013, p.270

⁵ Décision 93-325 DC du 13 août 1993

⁶ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003

⁷ M.-L. NIBOYET et G. GEOUFFRE de la PRADELLE, Droit international privé, L.G.D.J (2007), n°312

français. Or, il vient d'être démontré que le législateur, en prévoyant expressément des dispositions spéciales tendant à ouvrir très largement le mariage aux personnes de même sexe, a modifié le contenu de l'ordre public international français.

Il en résulte que le Défenseur des droits ne peut qu'approuver les termes du courrier de la Garde des Sceaux en date du 24 mars 2014 selon lesquels les exigences liées à la hiérarchie des normes interdisent de faire valoir la loi sur les conventions bilatérales ou la Convention européenne, sauf à démontrer que les nouvelles dispositions s'intègrent à un nouvel ordre public.

2. Les dispositions de la Convention européenne

Si la Cour européenne n'impose pas aux États d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, elle ne pourrait toutefois accepter que la loi qui accorde un tel droit diffère selon la nationalité des protagonistes sans que cela ne viole l'article 14, lequel prohibe toute « *distinction, fondée notamment sur (...) l'origine nationale, (...) ou toute autre situation* ».

Outre l'existence d'une différence de traitement fondée sur la nationalité, il s'agit également d'une distinction à raison de l'orientation sexuelle puisque le mariage ne pourra être célébré pour certaines nationalités mais seulement s'il s'agit d'une union homosexuelle. Ce n'est pas plus justifiable au regard de l'article 14.

En effet, si le critère de l'orientation sexuelle n'est pas explicitement mentionné à l'article 14, la jurisprudence de la Cour a rappelé que « *la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe "notamment"* »⁸. Elle a eu l'occasion de l'affirmer explicitement en ce qui concerne le critère de l'orientation sexuelle dans un arrêt constatant la violation de la Convention par la France⁹.

Le champ de l'interdiction posée à l'article 14 n'a pas d'existence indépendante et est limité aux droits garantis par la Convention. Il doit être combiné avec les stipulations des articles 8 et 12 de la Convention et ses Protocoles.

L'article 8 de la Convention protège le droit de chaque personne au respect de sa vie privée et familiale.

Si cet article ne garantit pas explicitement le droit de se marier et de fonder une famille, la Cour européenne estime néanmoins que la notion de vie privée et de vie familiale couvre les relations unissant les couples homosexuels¹⁰. En conséquence, si un Etat va au-delà de ses obligations découlant de l'article 8 en accordant le droit de se marier à ces couples, il ne peut, dans la mise en œuvre de ce droit, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14¹¹.

Il convient alors d'invoquer l'article 12 de la Convention relatif au droit de se marier, même si celui-ci ne s'adresse explicitement qu'aux couples hétérosexuels. Il dispose en effet que :

« A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »

La Cour avait toujours rappelé que l'article 12 reflétait la conception traditionnelle du mariage qui existait au moment de la rédaction de la Convention en 1950¹² et qu'il n'imposait pas aux

⁸ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*

⁹ CEDH, 22 janvier 2008, *Emmanuelle B. c/France*

¹⁰ Voir notamment CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*

¹¹ Voir notamment *Emmanuelle B. c/France* précité.

¹² Voir notamment *Rees c. Royaume-Uni*, 17 Octobre 1986.

Etats l'obligation d'ouvrir le mariage à des personnes de même sexe, leur laissant le choix de légiférer ou non dans ce domaine. De plus, si dans plusieurs affaires, la Cour avait constaté que certains Etats européens avaient ouvert le mariage aux personnes de même sexe, elle continuait cependant à estimer que cela ne reflétait que la propre vision des Etats quant au rôle du mariage dans leur société¹³ et que cela ne résultait pas de l'interprétation de l'article 12 tel qu'énoncé en 1950.

Cependant, dans l'arrêt plus récent *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010 (n°30141/04), la Cour fait évoluer sa jurisprudence vers une consécration d'un droit au mariage ouvert à tous, en s'inspirant de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lequel dispose que « *le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ». Dans cet arrêt, la Cour a en effet estimé que le droit de se marier prévu par l'article 12 ne devait plus être considéré comme se limitant au mariage entre deux personnes de sexe opposé :

« Prenant en compte l'article 9 de la Charte, la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé »

Cette jurisprudence permettrait, dès lors, de soutenir que le droit des personnes de même sexe de se marier qui est désormais prévu par le droit interne relève du champ d'application de l'article 12, et de l'invoquer conjointement avec l'article 14.

Or, il est de jurisprudence constante qu'en cas de conflits entre conventions bilatérales et Convention européenne des droits de l'homme, le juge français n'hésite pas à faire prévaloir les dispositions de cette dernière (voir notamment Cass, Soc. 25 janv. 2005, n° 04-41.012, *Banque africaine de développement*).

La Cour de cassation a ainsi rendu cinq arrêts dans lesquels elle fait primer la Convention européenne des droits de l'Homme sur des conventions bilatérales qui autorisaient la répudiation unilatérale de la part du mari (Cass, Civ. 1^{re}, 17 févr. 2004, n° 01-11.549, n° 02-10.755, n° 02-17.479, n° 02-15.766 et n° 02-11.618).

Par ailleurs, si le moindre doute subsistait, il conviendrait d'examiner - comme la Cour de cassation invite à le faire - la compatibilité entre des conventions bilatérales anciennes, souvent signées dans le cadre de la décolonisation, et des interprétations récentes de la jurisprudence européenne, au regard de règles à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public au rang desquels se trouvent le principe d'égalité et la liberté de mariage.

Pour conclure, il semble bien que la décision d'opposition à mariage du Procureur de la République fondée sur les dispositions de la circulaire de la Garde des Sceaux demandant aux maires de ne pas procéder à certains mariages selon la nationalité et l'orientation sexuelle des intéressés, revêt un caractère discriminatoire.

Par ailleurs, il reste à préciser qu'indépendamment du contrôle de la compatibilité entre les deux conventions qu'elle sera amenée à faire, la Cour de cassation inclut traditionnellement, au titre du corpus des principes et valeurs constitutifs de l'ordre public international français, certains textes internationaux protecteurs des droits de l'homme et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁴.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation de la Cour de cassation.

¹³ Voir notamment *Parry c. Royaume-Uni*, 28 Novembre 2006

¹⁴ Communiqué de la Cour de cassation sur l'arrêt Soc. n° 1184 du 10 mai 2006