Ordre public international et convention bilatérale devant la Cour de cassation

Droit au mariage des couples de même sexe

Laurence Sinopoli

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/1396>

DOI : 10.4000/revdh.1396

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Laurence Sinopoli, « Ordre public international et convention bilatérale devant la Cour de cassation », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 24 août 2015, consulté le 24 janvier 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1396> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1396>

Ce document a été généré automatiquement le 24 janvier 2022.

Tous droits réservés

Ordre public international et convention bilatérale devant la Cour de cassation

Droit au mariage des couples de même sexe

Laurence Sinopoli

L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 2015 a fait du bruit avant même d'être prononcé : plusieurs tribunes lui ont été consacrées depuis le début de la procédure jusqu'à la veille de l'audience devant la Cour de cassation¹. Le nombre de commentaires dans les mois qui ont suivi le prononcé de cet arrêt confirme son retentissement particulier, certaines revues juridiques ayant choisi de publier deux ou plusieurs commentaires de la même décision². Il ne fait pas de doute que la décision rendue présente un grand intérêt en droit international, en matière de droits de l'homme, en termes d'égalité et de non-discrimination, en droit de la famille, en droit des étrangers, mais aussi sur le terrain de l'interprétation des normes et de leur hiérarchie, d'autant qu'elle se laisse également saisir par une analyse en termes de technique de cassation et de communiqués de presse.

Il nous semble en outre que les choix de société particulièrement clivants que l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe révèle chez les juristes comme ailleurs, constituent une source d'inspiration et de réaction qui explique cet engouement doctrinal. Enfin, la place prise par le débat dans la presse grand public nous paraît constituer à la fois le facteur et la marque du caractère exceptionnel de cette affaire. Il paraît intéressant, six mois après l'arrêt de la Cour de cassation de tenter de discerner dans quelle mesure et de quelle manière le militantisme qui entoure cette affaire se traduit au cours de la procédure, puis dans la décision adoptée. Si les règles de procédure permettent l'expression de différentes voix, y compris les militantes (1°), la forme des arrêts de la Cour de cassation affiche une neutralité. La généralité de la règle qui fonde la décision tente de masquer toute présence des intérêts en conflits dans le processus décisionnel (2°).

1°/- La scène judiciaire aux prises avec l'expression militante

Quelle que soit l'importance des débats préparant et entourant le vote de la loi, ce dernier ne résout pas tout, la loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe » ne « réalise » pas *ipso facto* « le mariage pour tous »³. Il s'agit d'une somme d'articles qui s'agencent avec les dispositifs enjoignant aux officiers d'état civil et aux autorités publiques de procéder aux actes relatifs aux mariages suivant les règles de fond et de forme précitées, et qui se fond dans l'ensemble des normes existantes avec plus ou moins de bonheur. En l'occurrence, la circulaire du 29 mai 2013 modifiée par instruction du 1^{er} août 2013⁴ avait immédiatement montré les limites de la loi, en faisant prévaloir l'application des conventions internationales bilatérales soumettant les conditions de fond du mariage à la loi nationale des époux⁵, tandis que la loi avait prévu une interprétation large de la loi française autorisant le mariage entre personnes de même sexe. Cette circulaire a été largement critiquée dans la presse notamment en raison de la rigueur « nouvelle » dont elle témoignerait à la faveur de l'application des conventions bilatérales⁶. Un collectif d'associations avait d'ailleurs envisagé d'en contester la légalité, mais la procédure initiée dans une affaire individuelle a limité l'utilité d'une telle action. En effet, dès septembre 2013 un feuilleton judiciaire allait commencer autour d'une opposition à un mariage formée par le ministère public (A), dans le dernier épisode duquel les associations joueront elles-mêmes un rôle. Nous verrons que cette procédure a ainsi mis en scène d'autres acteurs que les seules parties principales (B).

A – Le rythme de l'action et le rôle du ministère public

Suivant la circulaire à la lettre pour donner application à la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, le ministère public avait formé opposition au mariage d'un ressortissant français et d'un ressortissant marocain⁷, ayant souscrit un PACS six mois auparavant, ces derniers étant ainsi amenés à introduire une demande en mainlevée devant les juridictions judiciaires pour pouvoir se marier. La procédure se poursuit promptement en application des délais très brefs prévus en la matière par les articles 177 et 178 du Code civil : le tribunal de grande instance de Chambéry accorde la mainlevée par un jugement⁸ frappé d'appel, qui sera confirmé par un arrêt du 22 octobre 2013 de la cour d'appel de Chambéry⁹. Le pourvoi non suspensif formé contre l'arrêt d'appel sera traité de manière assez rapide, ce qui est peut-être le signe de la prise en compte par la première chambre civile de la cour de cassation de l'attente soutenue de sa jurisprudence en la matière.

L'opposition et les recours exercés par le ministère public au long de la procédure entrent tout à fait dans ses fonctions au vu des instructions générales découlant de la circulaire et de l'importance d'une réponse uniformisante, bien que cette action ait pu être perçue comme discriminatoire par le couple dont le mariage était en jeu. Les regrets exprimés ici et là en appelant à l'intervention de la ministre de la justice à l'égard des parquetiers, montrent à quel point l'affaire cristallisait un débat de société, faisant omettre que la garantie d'impartialité de la justice se traduit aussi par la non-intervention de la Ministre de la justice dans les affaires individuelles¹⁰. La

superposition des enjeux de la portée générale de l'affaire et de la procédure dans le cas particulier, est néanmoins manifeste.

B – Le rôle des autres acteurs

1 – La ministre de la justice

Les réponses du Ministère de la justice aux questions écrites des parlementaires pendant l'examen du pourvoi font état de la portée que l'arrêt pourrait avoir. En se référant aux décisions des juges du fond ordonnant la mainlevée de l'opposition dans l'affaire de Chambéry, le ministère laisse entendre que la situation des couples dont l'un des membres est ressortissant d'un pays lié par une convention bilatérale, pourrait en effet être améliorée par l'intervention des juridictions judiciaires : *« en cas de litige, après y avoir été invitées par les intéressés, les juridictions pourraient estimer que les nouvelles dispositions introduites par la loi du 17 mai 2013 s'intègrent à un nouvel ordre public international, qui permet d'écarter la loi désignée comme applicable par la convention bilatérale »*¹¹. Description d'une possibilité ou inclinaison ?

Les subtilités avec lesquelles les juristes sont habitués à raisonner, peuvent entraîner une confusion du public : la circulaire de la Garde des sceaux se limite à rappeler l'état du droit, faisant état des conventions internationales qui prévalent sur la loi. Les juridictions judiciaires qui sont amenées à statuer dans une affaire individuelle statuent en toute indépendance sur le fondement de leur interprétation du droit de telle sorte que le ministère public, et les juges moins encore, ne reçoivent d'instruction à cet égard.

La portée jurisprudentielle des motifs de l'arrêt de la Cour de cassation, bien que prononcés au regard d'une situation individuelle précise, constituera une indication de l'état du droit en général. Le ministère de la justice, interrogé par les parlementaires, peut ainsi répondre qu'il attend l'arrêt de la Cour de cassation sur le pourvoi exercé par le ministère public dans une affaire en particulier, notamment sur la question de savoir s'il convient d'essayer de renégocier les conventions bilatérales concernées. Dans le processus d'élaboration de l'arrêt de la Cour de cassation, cet échange entre parlementaires et ministère est d'ailleurs rappelé dans le rapport.

2 – Les observations présentées par le Défenseur des droits

Les membres du couple avaient saisi le Défenseur des droits afin qu'il présente des observations devant la Cour de cassation¹² comme cela est prévu par l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

Les observations devant les juridictions sont présentées par ce dernier, dans la continuité de la HALDE, non pas en tant que « partie au procès », ni assistance d'une partie selon l'article 27 de la loi précitée¹³. Le Défenseur des droits, dont les observations peuvent être sollicitées par les parties, ou le juge lui-même, participe à la défense de l'intérêt public en luttant *« contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France »* et promouvant l'égalité (article 4-3°). Il a été proposé d'assimiler la position du Défenseur des droits à celle du ministère public lorsqu'il soumet des observations comme partie jointe¹⁴. En l'espèce, le pourvoi étant formé par le ministère public, celui-ci y est partie principale, agissant en application de loi, en l'occurrence de l'article

175-1 du Code civil. Soulignons que deux institutions publiques interviennent donc ici en protection de l'intérêt public, l'une en portant l'intérêt public en tant que partie, l'autre en soumettant ses observations au tribunal avec un intérêt public circonscrit aux questions de non-discrimination et d'égalité, alors qu'elle a été saisie par l'autre partie.

Afin d'assurer le principe du contradictoire, les observations doivent être communiquées aux parties afin qu'elles puissent y répliquer. Quant aux garanties d'indépendance et d'impartialité, elles sont assurées par l'absence de lien entre le Défenseur des droits et les juridictions judiciaires, l'article 33 de la loi précitée précisant que : « *Le Défenseur des droits ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle* ». Lorsque le Défenseur des droits conclut dans la présente affaire « *il semble bien que la décision d'opposition 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* », il critique l'action du ministère public agissant en tant que partie, et non une décision juridictionnelle.

Cela permet de montrer que l'intérêt public défendu par différents acteurs du procès peut revêtir une pluralité de sens. Enfin nous verrons qu'il existe également des parcelles d'intérêt public ou d'intérêt collectif que les associations peuvent faire valoir aux côtés des parties, par une intervention.

3 – L'intérêt à agir des associations

La présence d'enjeux sociétaux dans cette affaire se traduit procéduralement par l'intervention volontaire accessoire de diverses associations, d'une part, au soutien, du couple (ADDE, ADHEOS, ARDHIS, Les amoureux au ban public, La Cimade, Fasti, le Gisti et la Ligue des droits de l'Homme), d'autre part, au soutien du pourvoi du parquet (Ahluna). La recevabilité de l'intervention de ces associations est actée sans motivation dans l'arrêt.

L'intervention volontaire accessoire est recevable même pour la première fois devant la Cour de cassation, selon les termes de l'alinéa 2 de l'article 327 du code de procédure civile. Suivant l'article 330 alinéa 2, elle est recevable « *si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie* ». L'intérêt commun des associations agissant au soutien du couple résidait dans la défense des droits des personnes discriminées en raison de leur origine ou de leur orientation sexuelle, la lutte pour établir l'égalité des droits, puisqu'il s'agissait d'associations ayant pour but la défense des droits soit des personnes étrangères, soit des personnes LGBT, soit des familles binationales. L'association intervenant quant à elle au soutien du pourvoi du parquet a également vu son intérêt à agir pour la défense de son objet statutaire, « *la défense morale, culturelle, sociale ou économique de la famille traditionnelle, cellule de base fondamentale de la société maghrébine ; amitiés familiales franco-maghrébines* ».

La recevabilité de ces interventions volontaires témoigne de ce que cette affaire tranchait des questions dépassant les intérêts des parties dans le cas d'espèce en particulier. Le fait qu'interviennent des associations à l'appui de chacune des parties, bien qu'une partie soit le parquet lui-même, pourrait être considéré comme conférant davantage de légitimité et de poids à la décision de la Cour de cassation, car cela témoigne de ce que la décision a été prise en tenant compte des arguments développés par l'ensemble des parties prenantes dans le cadre de la procédure et pas seulement

dans les médias. Les discussions ont également eu lieu sur la scène médiatique, par divers communiqués des associations et une pétition publiée la veille de l'audience devant la Cour de cassation.

Cette tension ressort-elle de l'arrêt prononcé par la Cour ? La motivation de l'arrêt qui fait découler le rejet du pourvoi du simple énoncé d'une règle générale, montre plutôt le souhait d'afficher une neutralité. Certaines interférences, néanmoins, viendront parfois rappeler « l'impossible neutralité ».

*

2°/- L'institution judiciaire en quête d'une expression neutre

La Cour de cassation rejette le pourvoi par une substitution de motifs. Celle-ci constitue-t-elle un simple « tour de passe-passe »¹⁵ ? Si le raisonnement développé reproduit le déroulement classique du droit international privé, il prive le justiciable d'une motivation sur la manière dont le juge procède à son choix de déclarer une loi étrangère comme incompatible avec l'ordre public français, contribuant ainsi à définir le contenu de ce dernier. Les critiques que l'arrêt a provoquées nous paraissent révéler un besoin d'une motivation plus étoffée des décisions de la juridiction la plus haut placée de l'ordre judiciaire français. En effet, dans cette décision, ce sont les silences qui paraissent parler le plus (A), tandis que l'énoncé est laissé sans explication (B) et que des interférences sont venues brouiller son message (C).

A – Un silence parlant ?

La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le procureur général. Le premier moyen est irrecevable en raison de la technique de cassation : l'un des cas d'ouverture à cassation invoqué, la contradiction de motifs, ne concerne que la contradiction entre des motifs de fait et non les motifs de droit¹⁶. La contradiction de motifs reprochée par le pourvoi à l'arrêt de la Cour d'appel concernait, d'une part, l'affirmation de la primauté du traité sur la loi, et, d'autre part, la tenue en échec de ce principe de hiérarchie des normes du nouvel ordre public international modifié par la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. Cette contradiction revient à la question de savoir si le raisonnement de la Cour d'appel procédait ou non d'une violation du droit, plus précisément, selon le moyen développé par le parquet, des articles 55 de la Constitution, 3 du Code civil ainsi que des principes du droit international privé. C'est ce second moyen qui sera donc examiné et rejeté par la Cour, par une substitution de motifs, de sorte que si les critiques du pourvoi sont considérées inopérantes, les arguments développés par la Cour d'appel sont également évincés.

La Cour d'appel de Chambéry avait prononcé une décision dont certains des motifs reposaient sur l'analyse des conséquences de la loi du 17 mai 2013 en termes de droits et libertés fondamentaux avec une référence générale à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour d'appel s'appuyait également sur son interprétation de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil, lequel prévoit une règle dérogeant à l'applicabilité de la loi nationale des époux quant aux conditions de fond de

validité du mariage, afin de ne pas tenir compte de la loi prohibitrice de la nationalité de l'un des époux, 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* »¹⁷. Les juges du second degré ont analysé cette loi comme conférant un accès à des nouveaux droits « *en dehors de la loi personnelle* », accès auquel l'application de la convention bilatérale faisait obstacle en provoquant une discrimination. La convention franco-marocaine était par conséquent écartée « *au profit des valeurs supérieures du nouvel ordre public international* ». Selon le pourvoi, cette argumentation était contraire à la hiérarchie des normes en faisant prévaloir la loi sur le traité. Il contestait par ailleurs la modification de l'ordre public international par la loi du 17 mai 2013.

Aucun de ces arguments n'est retenu par la Cour de cassation, laquelle se contente de justifier la mainlevée de l'opposition et, en conséquence, la validité du mariage, en application de la Convention franco-marocaine elle-même. La loi marocaine est certes évincée mais en application de l'exception d'ordre public international prévue en son article 4. La Cour de cassation préfère mettre en œuvre la convention franco-marocaine en interprétant librement l'exception d'ordre public qu'elle contient pour écarter l'application de la loi nationale prohibitive.

En ne revenant pas sur les motifs de la Cour d'appel, la cour régulatrice réussit à trancher son premier arrêt sur la loi du 17 mai 2013 en évitant tout débat sur le principe de non-discrimination. Un silence parlant ?

Techniquement, le raisonnement du juge du droit n'apparaît aucunement faussé. Les conventions bilatérales prévoient expressément ou même implicitement semble-t-il, une clause d'exception d'ordre public international¹⁸. Le contrôle sur les conditions de mise en œuvre de cette clause est dans ce cadre totalement laissé au pouvoir judiciaire des Etats-parties, de sorte qu'il apparaît difficile de contester en droit le motif de pur droit avancé par la Cour de cassation. Mais cette soupape de sécurité utilisée par le juge ne permet-elle pas à la Cour de faire silence sur une question qui aurait mérité examen ? Comme M. Puig¹⁹, l'on peut regretter que la manière de présenter la solution comme découlant de l'application de la Convention franco-marocaine elle-même masque « *la ratio decidendi et la portée réelle de l'arrêt* ».

En refusant de se placer sur le terrain de la non-discrimination, la Cour de cassation semble préférer conserver la maîtrise totale des exceptions opposées à l'application du droit étranger, sans avoir à motiver son choix jurisprudentiel. Chercher à comprendre les fondements de la solution consiste alors à faire parler les silences.

Raisonnons sur une hypothèse fictive. Si la Cour de cassation avait cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry, cela eût été consacrer une discrimination qui pouvait être considérée comme double, en raison de l'orientation sexuelle et de la nationalité. C'est pourquoi il est tentant de considérer que la solution qu'a adoptée la Cour de cassation semblait « *devoir s'imposer* »²⁰. Mais là encore, rien n'est certain, car la juridiction aurait pu considérer que cette discrimination résultant de l'application d'une convention bilatérale était justifiée par ce traité bilatéral qui plaçait les ressortissants de l'Etat concerné dans une situation différente de celle des personnes ressortissantes d'un autre Etat. Nous ne partageons pas cette dernière analyse, notamment en raison de la violation de la combinaison de l'article 14 et de l'article 12 ou 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui en aurait résulté. Une fois admis en effet le mariage entre personnes de même sexe, avec un champ d'application spatial très large, il paraît difficile de justifier son exclusion pour les ressortissants de quelques pays²¹.

Même si ces derniers arguments nous paraissent devoir prévaloir, ils n'effacent en rien les intérêts protégés par les conventions bilatérales en question permettant une meilleure coopération en matière familiale, ni la souveraineté de l'Etat contractant, tiers à la Convention européenne des droits de l'homme, que la Cour de cassation pourrait choisir de préserver.

Le conflit de conventions, dont les termes sont déjà abordés en matière de répudiation²², est patent, mais la Cour de cassation a préféré le maintenir caché, peut-être pour ne pas aiguïser les tensions avec l'Etat co-contractant²³. Plutôt qu'un ordre public « militant »²⁴ bien présent dans l'argumentation de la Cour d'appel, il semble que, pour la Cour de cassation, l'ordre public traduise un évitement de poser les termes du conflit de conventions et un refus de raisonner en termes de non-discrimination.

Ce faisant, la Cour de cassation livre un motif purement abstrait qu'elle substitue à celui de la Cour d'appel, selon lequel l'application de la loi marocaine aurait entraîné une violation de l'ordre public. La phrase générale qui assoit cette motivation est rédigée comme s'il s'agissait d'une évidence de sorte que le choix jurisprudentiel opéré, semble minimisé.

B – Un énoncé sans justification ?

Dans la mesure où la Cour de cassation a le pouvoir d'interpréter le contenu de l'ordre public international, la juridiction n'a pas dépassé son cadre d'action en décidant que l'ordre public international a été modifié par cette réforme récente du droit de la famille adoptée malgré l'opposition forte d'une partie de la société. Certains considèrent que l'ordre public international, pris dans sa dimension de défense des valeurs fondamentales, ne pourrait être transformé aussi rapidement par une réforme ne reposant pas sur « une maturation des principes »²⁵. Mais l'argument est réversible, la contestation de la réforme devenant un marqueur de l'attachement fort du législateur français à celle-ci lorsque l'ordre public se nourrit de la « sauvegarde de certaines politiques législatives »²⁶.

Il nous paraît peu utile d'ajouter un commentaire au choix opéré par la Cour, dans la mesure où aucune indication sur la décision de ce qui relève ou non de l'ordre public n'est présente²⁷. Le silence de la Cour sur ce débat « avant tout idéologique »²⁸ provoque en revanche quelques réflexions rapides. L'existence d'une importante critique sur le choix de la Cour de cassation d'inclure le mariage entre personnes de même sexe au sein de l'ordre public français, dans le cadre de l'interprétation d'une convention bilatérale, rend criante l'absence de motivation. Quel que soit l'intérêt des définitions et spéculations de la doctrine sur ce qui relève ou non de l'ordre public international opposé à un droit étranger, il est difficile d'y percevoir autre chose que l'avis personnel de chaque auteur sur les intérêts à faire prévaloir entre, d'une part, les motifs d'adoption de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et, d'autre part, les critiques de cette loi dans la défense d'un modèle familial en vigueur au moment où ces conventions internationales ont été signées. Pourquoi les juges peuvent-ils sans motivation circonstanciée décider d'écarter une loi étrangère en érigeant une règle en valeur intangible de droit français ? Il ne s'agit pas ici de dénier ce pouvoir du juge mais de considérer que les informations que les juges donneraient sur ces choix seraient utiles pour mieux comprendre l'interprétation des règles de droit.

Pour rester dans le cadre de l'interprétation des règles sur lequel reposent les méthodes de la cour régulatrice, celle-ci pourrait préciser si l'identification du contenu de l'ordre public international, à laquelle elle procède, traduit une recherche des valeurs partagées par le plus grand nombre (en imaginant que le juge ait un moyen de les identifier) et/ou des valeurs considérées importantes par le législateur²⁹. A cet égard, il convient de préciser que la référence à l'interprétation de la volonté du législateur serait ici fictive. En effet, les travaux préalables d'élaboration de la loi font état d'une réserve implicite des conventions bilatérales à l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil³⁰.

Mais il faut reconnaître que la motivation à laquelle devraient se livrer les juges de la Cour de cassation pour expliciter le contenu de l'ordre public international, les conduirait nécessairement hors du terrain de la simple interprétation des règles, dans la mesure où la conception française de l'ordre public international revient à identifier les valeurs intangibles défendues par la société française. Bien entendu, dans la mesure où il n'est pas possible de connaître ces valeurs, le choix opéré par les juges de la Cour de cassation revêt une forme prescriptive. Cette part de prescription de l'interprétation opérée par la Cour ne sortirait-elle pas renforcée par une motivation ?

La seule précision présente dans l'arrêt concerne la condition posée au jeu de l'ordre public ; la loi étrangère est contraire à l'ordre public si elle « *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'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ». Cette condition reprend à la lettre les termes de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil, même si la juridiction judiciaire ne le mentionne pas expressément.

Cette forme de condition est nouvelle en droit international privé français. Si l'ordre public de proximité, faisant varier son effet selon la localisation de certains éléments de la situation, est connu dans la jurisprudence de la Cour de cassation³¹, il est nouveau de prendre en compte non pas les liens avec la France mais les liens avec un pays qui permet, comme le droit français, le mariage de personnes de même sexe³². La nouveauté étant nécessairement significative, l'on peut considérer que cette formulation nous informe indirectement sur le fondement la décision de la Cour de cassation. En reprenant à son compte la formule de l'article 202-1 du Code civil, il paraît donc que c'est le champ d'application dans l'espace défini par le législateur qui invite la Cour de cassation à qualifier la nouvelle règle d'ordre public international, s'étendant de la sorte à l'hypothèse où une convention bilatérale est applicable.

Une difficulté apparaît néanmoins à la lecture d'un communiqué de presse accompagnant la publication de l'arrêt, qui en trahit le sens, notamment sur cette limitation.

C – Les interférences

Dans ce communiqué de presse qui a accompagné la publication de l'arrêt, plusieurs dissonances avec l'arrêt sont à souligner³³.

D'abord, dans le « *contexte juridique* », le service de presse expose que « *face à ce type de convention, la France se heurte à une difficulté pour, tout à la fois, respecter ses engagements internationaux et garantir la liberté fondamentale de se marier* », ce qui laisse penser qu'un ou plusieurs juges ont abordé la question du conflit de normes plus frontalement.

Ensuite, sur la décision de la Cour de cassation elle-même, figurent deux références à ce qui pourrait ressembler à une base de motivation. En regard à l'exception d'ordre public prévue par l'article 4 de la Convention franco-marocaine, il est fait référence à la « *la liberté fondamentale de se marier, mariage qui, depuis la loi du 17 mai 2013, est ouvert, en France, aux couples de même sexe* ». A la fin du communiqué, une référence conclut au respect de « *l'égalité entre les personnes de nationalité marocaine et les autres ressortissants étrangers* [celles et ceux qui n'entrent pas dans le champ d'application des conventions bilatérales prévoyant l'application de la loi nationale en matière familiale] ». L'absence de motifs sur l'inclusion du mariage entre personnes de même sexe dans l'arrêt lui-même est d'autant plus criante que le communiqué de presse rattache ainsi la décision à la liberté fondamentale de se marier et au principe d'égalité. Le communiqué a-t-il été établi sur la base d'un autre projet d'arrêt ? Comment ? Par qui ? Pourquoi ?

Enfin, le communiqué fait état de deux conditions alternatives entre lesquelles est enfermée la mise en œuvre de l'ordre public international, qui contredisent l'arrêt³⁴. Plutôt que de mentionner la condition nouvelle relative aux liens avec un pays dont la loi prévoit le mariage des personnes de même sexe, dans les termes de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil, il est indiqué qu'un rattachement du futur époux **à la France**, reprenant la manière traditionnelle de délimiter « *l'ordre public de proximité* ». Si les époux ne sont aucunement reliés à la France, alors l'ordre public ne jouerait que si la loi étrangère de « *l'Etat avec lequel a été conclu la convention, n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe, mais ne le rejette pas de façon universelle* ». Ceci étant relié, sous couvert de la formule « *la Cour de cassation rappelle que* », au constat selon lequel seule une minorité d'Etats reconnaît ce mariage. Paradoxalement, la loi étrangère la plus lointaine des préceptes du droit français actuel pourrait être appliquée tandis qu'on écarterait, au nom de l'ordre public de proximité, le droit étranger qui ne rejette pas totalement ce mariage. Aucune valeur juridique ne peut être accordée à ces éléments de langage élaborés pour la presse. Pourtant leur existence vient amoindrir la portée de l'arrêt en semant le doute sur l'unique énoncé disponible pour justifier la décision.

*

* *

Ces dissonances permettent de supposer que la décision rendue au nom du peuple français, a fait débat. La connaissance de ce supposé débat aurait-elle pu nuire à l'autorité de la jurisprudence de la Cour de cassation ? Nous sommes plutôt convaincue que l'explicitation des enjeux en présence, des différentes argumentations et des motifs de l'argumentation choisie renforcerait l'autorité, même si nous restons attachée à ce que cette argumentation soit, autant que faire se peut, établie sous forme d'interprétation de règles générales.

Dans la mesure où l'arrêt de la Cour de cassation constate l'état du droit et en s'en tenant à l'arrêt lui-même, la circulaire du 29 mai 2013 est implicitement complétée par la précision suivant laquelle le jeu de l'ordre public écartera la loi étrangère faisant obstacle à un mariage entre personnes de même sexe, dès lors que l'un des époux entretient des liens avec un pays prévoyant ce mariage. Il semblerait que, depuis cette jurisprudence, le ministère public n'ait pas formé de nouvelles oppositions à des

mariages de couples entrant dans le champ des conventions bilatérales³⁵. Une modification de la circulaire apporterait davantage de sécurité juridique.

*

Cass. Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° F 13-50.059, Arrêt n° 96 FS-P+B+R+I, avis J.-D. Sarcelet, rapp. D. Hascher

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Voir les communiqués de presse de nombreuses associations agissant collectivement, par exemple « Mariage du couple de même sexe franco-marocain : l'égalité ne se discute pas ! » ; ou encore l'interview de Ph. Colomb (Ardhis) par M. Piqueral, *Libération*, 16 octobre 2013. Une pétition a été publiée la veille de l'audience devant la Cour « 78 juristes, professeurs de droit, maîtres de conférences, avocats ou notaires, « La France imposera-t-elle le mariage homosexuel au Maroc ? », *Le Figarovox*, 15 décembre 2014. Voir la controverse à propos de lettre ouverte pendant les débats parlementaires signée par « 170 juristes », P. Brunet, V. Champeil-Desplats, S. Hennette-Vauchez et E. Millard, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler « au nom du Droit » ? », *D.* 2013, p. 784 ; Ph. Brun, « Le lobbying doctrinal ou l'art de se cacher derrière son (petit ?) droit », *JCP* 2013, 404.

2. *AJF* 2015, 172, obs. A. Boiché ; *Dr. fam.* 2015, Comm. 63, A. Devers et M. Farge ; J. Dubarry, « Le mariage pour tous au nom de l'ordre public international de proximité », *RJPF* 2015-2/15 ; H. Fulchiron, « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2015, p. 464 ; L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP* 2015, 318 ; *D.* 2015, p. 1056, H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2015, comm. 6, J. Guillaumé et S. Godechot-Patris ; *RTD Civ.* 2015, p. 359, obs. J. Hauser ; *RLDC* 2015-6/38, A.-A. Hyde ; *LPA* 2015, n° 42, p. 6, V. Legrand ; *D.* 2015, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; J.-G. Mahinga, *LPA* 2015, n° 37, p. 6 ; *JDI* 2015, comm. 8, B. Mathieu *RTD Civ.* 2015, p. 91, P. Puig ; *Gaz. Pal.* 24 mars 2015, n° 83, p. 37, obs. I. Rein-Lescastereyres ; *Defrénois* 2015, n° 8, p. 450, M. Revillard ; *RTD Civ.* 2015, p. 343, obs. L. Usunier ; *JDI* 2015, comm. 7, Th. Vignal.

3. Sur les conséquences en matière de visas, voir notamment CE 9 juill. 2014, n° 382145, *AJF* 2014. 505, obs. B. De Boysson ; *RTD Civ.* 2014. 861, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2014-9/18, obs. V. Egéa ; *D.* 2015. 450, obs. F. Jault-Seseke, et 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon.

4. Circ. NOR : JUSC1312445C, 29 mai 2013, *BOMJ* n° 2013-05, 31 mai 2013, p. 1, et lettre du 1er août 2013 de la direction des affaires civiles et du Sceaux réduisant la liste des conventions bilatérales concernées ; Ch. Bidaud-Garon, « Mariage pour tous : la circulaire ! », *JCP* 2013, 729 ; H. Fulchiron, « Le mariage pour tous... ou presque », *D.* 2013, p. 1969
5. Ici la Convention franco-marocaine, mais le raisonnement pourrait être étendu aux conventions bilatérales citées dans la circulaire, telle que réduite par l'instruction, soit celles conclues avec la Pologne, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo et la Slovénie. Sur la convention applicable en l'espèce, Fr. Monéger, « La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille », *Rev. crit. DIP* 1984, p. 28.
6. Outre les actions intersassociatives déjà évoquées, voir par exemple la pétition #MariagePourTous : ne privez pas 11 nationalités de noces !
7. Evoquant d'autres cas n'ayant pas donné lieu à un tel coup de projecteur médiatique, v. Ph. Colomb, Président de l'ARDHIS, in M. Piquemal, http://www.liberation.fr/societe/2013/08/02/ces-binationaux-prives-de-mariage-homo_922525; il existe au moins un autre cas d'espèce similaire, voir Rennes, 6ème Ch. A, 17 mars 2015, n° 138, 14/05460, *JurisData* 2015-011721, *Gaz. Pal.* 23 juin 2015, n° 174, p. 46 obs. I. Rein-Lescastereyres statuant sur l'appel contre le jugement ordonnant la mainlevée de l'opposition au mariage formée par un Procureur de la République le 14 avril 2014, appel donc interjeté pendant l'examen du pourvoi formé contre l'arrêt d'appel dans l'affaire qui fait l'objet du présent commentaire.
8. TGI Chambéry, 11 octobre 2013, n° 13/01631
9. Chambéry, 3ème ch 22 octobre 2013, n° 13/02258, *AJF* 2013, p. 720, obs. A. Boiché ; *JCP* 2013, 1233, obs. F. Boulanger ; *D.* 2013, p. 2576, entretien H. Fulchiron ; *D.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke ; *RTD civ.* 2014, p. 89, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 2013, alerte 58, M. Lamarche. Notons que ces délais de 10 jours pendant lesquels les juridictions du fond doivent statuer, ont probablement facilité le suivi médiatique de cette affaire. Ces délais légaux s'expliquent par la nécessité d'une intervention rapide du juge pour, le cas échéant, ordonner la mainlevée de l'opposition qui empêche le mariage.
10. Voir l'article 30 du Code de procédure pénale selon lequel le ministre de la justice ne peut adresser aux magistrats du ministère public « aucune instruction dans des affaires individuelles » (selon les termes de la Loi du 25 juillet 2013) que l'on étendra sans difficulté aux actions du parquet en matière civile.
11. Voir notamment Question écrite n° 07310 de MM. Leconte et Yung, JO Sénat du 11/07/2013, p. 2044 ; Réponse du Ministère de la justice, JO Sénat du 17/07/2014 ; p. 1719 ; Question écrite n° 07665 de Mme Claudine Lepage, JO Sénat du 01/08/2013, p. 2243, Réponse du Ministère de la justice, JO Sénat du 17/07/2014 ; p. 1720 ; Question de M. Binet à l'Assemblée nationale Réponse du Ministère de la justice JOAN du 13/08/2013, p. 8634.
12. 9 avril 2014, MLD-2014-072.
13. E. Serverin et T. Grumbach, « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », *Rev. trav.* 2010. 457 ; *Rép. Droit pénal et Proc. Pénale*, V° Défenseur des droits, Fr. Chopin, n° 169 et s.
14. E. Serverin et T. Grumbach, article préc.
15. P. Puig, comm. préc.
16. M.N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier, J. Buk Lament, *La technique de cassation*, Méthodes du droit, Dalloz, p. 185.
17. Voir notamment D. Bureau, « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité », in *Les relations privées internationales, Mélanges en l'honneur du professeur B. Audit*, p. 155, LGDJ, 2014 ; H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » », *JDI* 2013, Doctr. 9, p. 1055 ; S. Godechot-Patris et J.

Guillaumé, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.* 2013, p. 1756 ; P. Hammje, « Mariage pour tous et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 773 ; A. Panet, « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *Dr. fam.* 2013, Dossier 29 ; D. Sindres, « Brèves réflexions autour de l'article 202-1 alinéa 2 de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *LPA* 2013, n° 24, p. 4.

18. Pour une thèse récente sur cette exception, voir notamment D. Boden, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, Thèse Paris I, 2002.

19. Comm. préc.

20. H. Fulchiron, comm. préc. ; et les doutes émis par L. Usunier, comm. préc.

21. La discrimination étant fondée sur l'origine, en ce sens P. Puig, comm. préc. ; adoptant une lecture de l'arrêt et du communiqué justifiés par la non-discrimination en raison de la nationalité, voir notamment L. Usunier, comm. préc. considérant que la décision pourrait faire « émerger un droit à la même règle de conflit de lois pour tous » ; P. Hammje, article préc., n° 16 ; J.-G. Mahinga, article préc. Comme la Cour européenne des droits de l'homme vient de le rappeler, sa lecture de la combinaison de l'article 12 et de l'article 14 de la Convention ne la conduit pas à garantir un droit au mariage aux personnes de même sexe, CEDH, n° 18766/11 et 36030/11, 21 juillet 2015, Oliari c. Italie.

22. Voir notamment Cass. Civ. 1^{re}, 17 février 2004, *D.* 2005, p. 1192, obs. P. Courbe et H. Chanteloup ; *AJF* 2004, p. 140, obs. S. David ; *JCP* 2004 II 10128, note H. Fulchiron ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. Gannagé ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2004, p. 367, obs. J.-P. Marguénaud ; *Defrénois* 2004. 812, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 3-4 sept. 2004, p. 27, chron. M.-L. Niboyet ; *LPA* 5 août 2004, p. 13, note H. Péroz ; Table ronde du 17 février 2005, interventions de H. Fulchiron, M.-L. Niboyet, F. Saherane, A. Mezghani, N.M. Mahieddin, L. Gannagé, *RID comp.* 2006, p. 7.

23. Le 26 février 2014, le Ministère de la Justice marocain avait annoncé la suspension de l'exécution de tous les accords de coopération judiciaire avec la France. Hasard du calendrier, l'arrêt de la Cour de cassation est prononcé quelques jours avant une rencontre des délégations aboutissant à la reprise de la coopération entre les deux pays en matière pénale comme en matière civile, voir sur l'annonce du 31 janvier 2015 sur le site du Ministère de la justice. Un amendement à la convention d'entraide judiciaire du 18 avril 2008 signé le 6 février 2015 est en cours d'examen dans le cadre d'un projet de loi, voir le Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères par E. Guigou, AN, 16 juin 2015, n° 2870.

24. L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », pré.

25. *Ibid* ; critiquant également la brutalité du revirement de l'ordre public et s'appuyant également sur l'importance des manifestations à l'encontre du projet de loi, Th Vignal, article préc.

26. A propos de l'ordre public international en général, P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ lextenso éditions, 11^{ème} éd., 2014, n° 205, p. 153, position critiquée par P. Kinsch, « La « sauvegarde de certaines politiques législatives », cas d'intervention de l'ordre public international » ? in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2007, p. 447.

27. Explicitant les motifs de la Cour de cassation à sa place, voir H. Fulchiron, comm. préc. ; sur les différentes facettes de l'ordre public international, voir notamment J. Guillaumé et S. Godechot-Patris, comm. préc. ; comparant les arguments en faveur ou en défaveur du choix retenu par la Cour de cassation, voir notamment B. Mathieu, comm. préc. Sur une comparaison avec la jurisprudence de juridictions d'autres Etats, voir P. Kinsch, article préc.

28. L. Gannagé, comm. préc.

29. Voir notamment P. Kinsch, article préc. A titre de comparaison, on peut se référer à la manière de motiver l'interprétation de la *Due Process Clause* et de l'*Equal Protection Clause* sur le fondement du quatorzième amendement à la Constitution par la Cour suprême des Etats-Unis, en faveur de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe et de la reconnaissance du mariage célébré dans un autre Etat, *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, June 26, 2015.

30. Voir par exemple Rapport fait au nom de la Commission des lois par E. Binet, 17 janvier 2013, n° 628, Audition de Mme Taubira, p. 227 : « La rédaction proposé par le rapporteur ne fait plus référence à ces conventions, mais cela n'a aucune incidence sur leur effet : elles s'appliquent de toute façon ».

31. Voir notamment J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge », *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz 2012, p. 295

32. Pour la défense de cette forme d'exception d'ordre public, voir notamment P. Hammje, article préc.

33. De nombreux commentateurs critiquent cette interférence, voir notamment H. Fulchiron, comm. préc.

34. Proposant une lecture contenant un *obiter dictum*, voir. J. Guillaumé et S. Godechot-Patris, comm. préc.

35. Pour une décision d'appel dans le cadre d'une procédure initiée avant l'arrêt de la Cour de cassation, dans le même sens que celui de la jurisprudence de la Cour de cassation, voir l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes, préc.

RÉSUMÉS

Dans un arrêt attendu du 28 janvier 2015, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que la loi étrangère s'opposant au mariage de personnes de même sexe est incompatible avec l'ordre public international et a donc écarté l'application du droit marocain pourtant applicable en vertu de la Convention bilatérale franco-marocaine du 10 août 1981. L'arrêt met ainsi fin à une polémique sur la circulaire du 29 mai 2013 qui prévoyait que le champ d'application très large prévu par la loi du 17 mai 2013, notamment par l'article 202-1 du Code civil, n'empêchait pas l'application de la loi nationale prohibant le mariage entre personnes de même sexe lorsque celle-ci découlait du jeu d'une convention bilatérale. Diverses associations ont considéré que ce raisonnement contenait une discrimination injustifiée, tandis que d'autres estimaient que l'éviction du droit étranger reviendrait à imposer, dans un mouvement néo-colonialiste, la nouvelle loi française aux Etats avec lesquels la France a conclu des conventions bilatérales. La Cour de cassation a interprété la clause d'ordre public international présente dans la Convention à l'aune de la nouvelle loi française pour écarter le droit étranger prohibitif et permettre le mariage du couple franco-marocain. La procédure qui a abouti à cette décision témoigne d'une opposition vive entre divers intérêts dépassant le seul cas du couple en question. La décision qui en est issue, sous couvert d'évidence, n'en est pas totalement exempte.

AUTEUR

LAURENCE SINOPOLI

Professeure des Universités (Université Paris Ouest Nanterre-La Défense - CEJEC)