



HAL
open science

Le mariage franco-mrocaïn ou le choc des civilisations

Isabelle Barriere-Brousse

► **To cite this version:**

Isabelle Barriere-Brousse. Le mariage franco-mrocaïn ou le choc des civilisations. Le mariage et la loi. Protéger l'enfant. Institut Famille et République., p. 53-63, 2016, 978-2955525203. hal-02111858

HAL Id: hal-02111858

<https://amu.hal.science/hal-02111858>

Submitted on 26 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le mariage franco-marocain ou le choc des civilisations

Isabelle Barrière Brousse, Professeur agrégé des facultés de droit, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille (AMU)

Publié in Le mariage et la loi. Protéger l'enfant. Institut Famille et République, 2016 p.53-63

La Cour de cassation a reconnu le 28 janvier 2015 la validité du mariage homosexuel contracté entre un Français et un Marocain, au mépris de la loi marocaine dont l'application est garantie par la Convention franco-marocaine du 10 août 1981. Bien que la loi du 17 mai 2013 ait assuré le rayonnement international du nouveau droit au mariage entre personnes de même sexe, le recours à l'exception d'ordre public international pour surmonter l'obstacle représenté par la Convention ne se justifie pas. L'inscription dans cette notion, chargée de défendre les principes essentiels du droit français, du droit au mariage des homosexuels est contestable et attise les oppositions entre les systèmes juridiques, tout en multipliant les situations boîtesuses. L'onde de choc que produit ainsi une jurisprudence peu responsable pourrait encore être résorbée, à la faveur de la réforme de la loi Taubira, en réfléchissant tout particulièrement à la possible requalification en partenariat enregistré des unions déjà célébrées, tant en France qu'à l'étranger, entre personnes de même sexe.

La prédiction pessimiste de Samuel Huntington¹ ne serait-elle pas en train de se réaliser, à l'échelle des relations de famille, à travers la question désormais emblématique du mariage homosexuel conclu entre un français et un marocain? A l'automne 2013, René, 56 ans, de nationalité française, et Mohamed, 22 ans, de nationalité marocaine, forment le projet de s'épouser, la récente loi Taubira les y autorisant. Le procureur de la République forme opposition à ce mariage, mais le Tribunal de grande instance de Chambéry en ordonne la mainlevée². Sur appel du Ministère public, la cour d'appel de cette ville confirme le 22 octobre cette décision³. Enfin, la première chambre civile de la cour de cassation rejette le 28 janvier 2015 le pourvoi formé contre cet arrêt: le mariage est définitivement validé, à tout le moins en France. Il ne sera évidemment pas reconnu au Maroc, où l'on cultive une conception plus traditionnelle, et aussi plus consensuelle du mariage. De fait, une vingtaine de pays de par le monde admettent l'union conjugale homosexuelle. Mais la France en fait désormais partie et le législateur, avec le zèle des nouveaux convertis, a accompagné les dispositions relatives au mariage de règles de droit international privé destinées à en assurer la promotion internationale. En cela, elle a d'ailleurs suivi la tendance manifestée par plusieurs législateurs voisins (Belgique, Pays-Bas, Espagne), qui ont fait en sorte de ne pas restreindre l'accès au mariage à leurs ressortissants: le choix a été fait de passer outre l'interdiction formulée par la loi nationale des intéressés.

Le mariage franco-marocain de Chambéry ne se borne pas à illustrer cette situation, il nécessite d'accomplir un pas supplémentaire: surmonter l'obstacle que constitue la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire. Les conséquences néfastes d'une telle solution, que le législateur lui-même n'avait pas osé endosser, appellent dans le cadre d'une réforme de la réforme, l'abandon de la position adoptée par une jurisprudence qu'on peut qualifier d'irresponsable. En effet, le régime de faveur octroyé au mariage international entre personnes de même sexe comportait, dans l'intention du législateur des limites, que les intéressés n'ont eu de cesse de faire repousser. Ce que le législateur n'avait pas explicitement accordé, voire implicitement refusé, ils l'ont obtenu des autorités judiciaires. L'arrêt du 28 janvier 2015 rendu par la première chambre civile⁴ emploie à cet effet l'arme de l'ordre public international, portée par la Convention franco-marocaine elle-même, mais dans une interprétation des plus discutables, au

¹ Samuel P. Huntington, Le choc des civilisations, O. Jacob 2007 (traduction de l'ouvrage paru en 1996 sous le titre: "The clash of civilizations")

² Le Monde, 13-14 octobre 2013 p.10, Un tribunal autorise le mariage gay d'un Marocain; pour une raison inconnue René est nommé Dominique dans l'article.

³ CA Chambéry, 3e ch. 22 octobre 2013, RG n°13/02258, ; JCP G 2013, act. 1233, obs. F. Boulanger, act. 1159, obs. A. Devers; Dr. famille 2013, comm. 158, J.-R. Binet ; D. 2013, p. 2576, obs. H. Fulchiron et D. 2014, pan. p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon

⁴ Civ. 1 28 janvier 2015, n°13-50.059, D. 2015 p. 264 n. I. Gallmeister, p. 464 n. H. Fulchiron; JCP G 2015, 318 n. L. Gannagé, LPA 27 févr. 2015 p.6 n. V. Legrand

risque de produire ainsi une véritable onde de choc. Il reste dès lors à trouver les moyens de la résorber.

I. Le régime international du mariage entre personnes de même sexe

Le législateur a voulu faire bénéficier le mariage homosexuel d'une faveur tout à fait exceptionnelle, en garantissant sa validité malgré l'empêchement que pourrait constituer une loi nationale prohibitive, et en permettant sa conclusion en France par tout ressortissant français, en dépit de l'empêchement qui résulterait de la loi du pays étranger de sa résidence (A). La levée de ces obstacles ne devait cependant pas universaliser le mariage "pour tous", en raison des limites tenant aux engagements internationaux de la France (B)

A. L'éviction de la loi nationale prohibitive et la compétence quasi-universelle de l'OEC

La loi n°2013-404 du 27 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe comporte des règles de droit international privé codifiées aux articles 202-1 et 202-2 du code civil. Celles-ci sont, d'un point de vue général, tout à fait classiques: "*les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle*" (art. 202-1 al. 1). La règle consacre le principe jurisprudentiel de l'application distributive des lois nationales aux époux, s'agissant des conditions de fond du mariage, conformément au rattachement du statut personnel posé à l'article 3 alinéa 3 du code civil. Précisons simplement, que depuis la loi du 4 août 2014 relative à l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, le consentement à mariage fait l'objet d'une règle matérielle, en ce sens qu'il est toujours requis au sens de la loi française (art. 146 et 180 al. 1 c. civ.). Quant aux conditions de forme du mariage, conformément encore au principe de compétence de la *lex loci celebrationis* déjà admis par l'article 171-1 du code civil, il est désormais précisé 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*" (art. 202-2 c. civ.). Ce classicisme fait ressortir tout le particularisme de la règle destinée aux unions homosexuelles, énoncée à l'article 202-1 al. 2: "*Toutefois, 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*". La qualification de cette disposition a pu être discutée par les internationalistes, mais sa teneur matérielle est évidente⁵. Le législateur a voulu assurer le plus largement possible la validité du mariage entre personnes de même sexe, en écartant le principe de l'application distributive, puisqu'une seule loi suffira à valider l'union, et en multipliant, du chef de celle-ci, les facteurs de rattachement: outre la nationalité d'un époux, est prise en compte son domicile, et même sa résidence dont on a observé qu'elle n'était pas qualifiée d'habituelle, alors que cette caractérisation est devenue habituelle dans les règles de droit international privé. Ce prosélytisme permet, par exemple, de valider l'union célébrée en France entre une française et une italienne, en dépit de l'empêchement résultant de la loi italienne, ou entre une italienne et une grecque ayant en France leur domicile ou même une simple résidence. Il assure de même la pleine reconnaissance d'un mariage célébré en Belgique entre un polonais et un allemand domiciliés ou résidant en Belgique ou aux Pays-Bas. La faiblesse des liens retenus dans de tels cas interroge, corrélativement, sur l'intérêt réel d'un mariage à effets géographiquement limités. Dans le dernier cas, par exemple, le mariage pourra bien être reconnu en France et dans le pays de sa célébration, mais il ne le sera pas dans les Etats dont les époux sont ressortissants et en l'état rien ne permet de dire que les autorités européennes - notamment la CJUE et la CEDH - imposeront à ces Etats la reconnaissance du mariage ainsi conclu.

La nouvelle règle de conflit ne permettant pas, pour autant, d'imposer aux Etats réfractaires de célébrer des mariages homosexuels impliquant des Français, la loi du 17 mai 2013 a introduit une section IV dans le chapitre II bis consacré au mariage des Français à l'étranger, intitulée "*De l'impossibilité pour*

⁵ En faveur de la qualification de règle matérielle de droit international privé, D. Bureau, Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité, in Mélanges en l'honneur du Pr Bernard Audit, Les relations privées internationales, LGDJ-Lextenso 2014 p.155 n°28; D. Bureau et H. Muir Watt, Droit international privé T.2 PUF 3e éd. 2014 n°723; P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé 11e éd. LGDJ-Lextenso 2014 n°572

les Français établis hors de France de célébrer leur mariage à l'étranger". Elle comporte un article unique dont l'objectif est de mettre à l'écart les règles de compétence de l'officier d'état civil, pour permettre la célébration du mariage en France. L'article 171-9 al. 1er du code civil dispose ainsi: "*Par dérogation aux articles 74 et 165, 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 ou consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74. À défaut, le mariage est célébré par l'officier de l'état civil de la commune de leur choix*".

Les critères de compétence territoriale s'évaporent ainsi progressivement. L'article 74 du code civil dans sa nouvelle rédaction, ajoute déjà au domicile ou à la résidence d'un mois d'un des époux, celui ou celle "*de l'un de leurs parents*"; pour les mariage homosexuels, le lieu de naissance ou la dernière résidence d'un époux sont également pris en compte; et en définitive, si aucun lien territorial n'existe, le choix des futurs époux s'avère suffisant. L'al. 2 du texte indique seulement en ce cas que la compétence de l'officier de l'état civil résulte du dépôt d'un dossier au moins un mois avant la publication du mariage mais selon la circulaire Taubira du 29 mai 2013⁶, l'officier d'état civil devra exiger des candidats au mariage la preuve qu'ils ne remplissent aucun des premiers critères proposés (§ 2.2). En somme ce dispositif traduit un droit au mariage gay pour tout français⁷.

De telles facilités se révèlent prometteuses pour les candidats au mariage blanc, dont on sait qu'ils sont de plus en plus nombreux! De fait, le Conseil d'État⁸ a déjà eu l'occasion de tirer de ces nouvelles règles qu'un visa ne pouvait être refusé à un étranger, de nationalité sénégalaise, désireux de se marier en France avec un Français. En l'espèce, les candidats au mariage résidaient au Maroc, et ne pouvaient donc faire célébrer leur union dans ce pays, y compris devant l'autorité consulaire française. Saisi par le ressortissant étranger, le Conseil d'État a estimé qu"*en faisant obstacle à la faculté de se marier qu'ouvre l'article 171-9 du Code civil, le refus de visa porte une atteinte grave et manifestement illégale à l'exercice de la liberté de se marier laquelle est une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*". Une telle décision semble de nature à inciter au tourisme nuptial en France, d'autant plus que l'intérêt d'exercer cette "liberté fondamentale" en France est douteux dès lors que les époux ne verront pas leur union reconnue dans le pays de leur résidence, où ils s'exposeront de surcroît à des poursuites pénales⁹... à moins que leur intention ne soit de s'établir aussitôt en France.

B. La limite des engagements internationaux

Le projet de loi du gouvernement avait bien pris la mesure du bouleversement induit par l'introduction du mariage homosexuel dans les rapports internationaux, puisqu'il limitait expressément le jeu des nouvelles règles de droit international privé en réservant les conventions internationales. En effet le texte initial (art. 202-1 al. 2 c. civ.) prévoyait que "*la loi personnelle d'un époux est écartée, sous réserve des engagements internationaux de la France, en tant qu'elle fait obstacle au mariage de deux personnes de même sexe, lorsque la loi de l'Etat sur le territoire duquel est célébré le mariage le permet*". Le recours non équivoque à l'exception d'ordre public international pour déroger à l'application de la loi nationale prohibitive était ainsi circonscrit de manière à préserver le jeu des

⁶ Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi, NOR: JUSC1312445C, BO Justice n°2013-05 du 31 mai 2013

⁷ 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. Perspectives de droit international privé, D. 2013 p.1756

⁸ CE réf. 9 juillet 2014 n° 382145 : JurisData n° 2014-015246, D. 2014, act. p.1496

⁹ La circulaire Taubira du 29 mai 2013 précitée (2.1.3) prévoit que l'officier d'état civil informe les époux du risque patent que le mariage ne soit pas reconnu dans le pays d'origine, tant à raison de la violation des règles de fond posées par la loi personnelle que de la compétence de la *lex loci celebrationis* (C. Bidaud-Garon, Mariage pour tous: la circulaire! JCP G 2013, 729). Ils doivent plus encore être avertis de la répression pénale qu'il peuvent encourir dans quelque 80 pays, dont la liste est fournie.

conventions bilatérales. La commission des lois de l'assemblée nationale a modifié la rédaction de cet article dans le sens du texte définitif, afin, selon les explications du rapporteur M. Erwann Binet de "*simplifier la rédaction de ce dispositif, en s'inspirant de la règle belge de conflit de lois*"¹⁰ mais si la référence aux traités a disparu, c'est seulement parce qu'elle était apparue superflue¹¹. Le rapporteur de la commission des lois du Sénat, M. J.-P. Michel a ainsi exposé que la référence à la réserve diplomatique que contenait le deuxième alinéa de l'article 202-1 avait été supprimée parce qu'elle était inutile, précisant que "*le mariage ne pourra être célébré si une convention internationale s'y oppose, conformément à l'article 55 de la constitution, qui fait prévaloir les engagements internationaux de la France sur la loi nationale*". Se référant à l'étude d'impact, il a ajouté: "*dès lors, si la loi nationale du Maroc ou du Vietnam, par exemple, n'autorise pas le mariage des personnes de même sexe, les ressortissants de ces États ne pourront pas se marier en France, y compris avec un Français*"¹². L'intention du législateur a été relayée ensuite par la circulaire de la Garde des Sceaux déjà évoquée selon laquelle "*la règle introduite par l'article 202-1 alinéa 2 ne peut toutefois s'appliquer pour les ressortissants de pays avec lesquels la France est liée par des conventions bilatérales qui prévoient que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle. Dans ce cas, en raison de la hiérarchie des normes, les conventions ayant une valeur supérieure à la loi, elles devront être appliquées dans le cas d'un mariage impliquant un ou deux ressortissant(s) des pays avec lesquels ces conventions ont été conclues. En l'état du droit et de la jurisprudence, la loi personnelle ne pourra être écartée pour les ressortissants de ces pays.*" Et la circulaire de donner la liste des conventions bilatérales en cause. Cette prise de position, quoi qu'en aient dit certains, se justifie par la limite que le législateur lui-même a voulu maintenir quant à l'expansion internationale du mariage homosexuel. Les règles de conflit conventionnelles, parfaitement neutres, se substituent aux règles de conflit nationales, y compris et surtout quand il s'agit de la règle particulariste posée à l'alinéa 2 de l'article 202-1 du code civil. La disparition de la réserve des conventions internationales dans les textes ne signifie pas son abandon, elle n'est même pas le fruit d'une inadvertance, elle est implicitement mais certainement contenue dans le dispositif légal. Plusieurs réponses ministérielles l'ont d'ailleurs confirmé¹³.

Les conventions internationales mentionnées ont aussi donné lieu à des discussions en doctrine. M. Fulchiron a ainsi objecté que certaines conventions liées au processus d'accession à l'indépendance ne viseraient que l'application de la loi française, au profit des français, sans imposer la réciproque. Cette affirmation est exacte, sans que l'on puisse toutefois exclure une réciprocité judiciaire dans l'application de ces traités. De plus, la circulaire omet de mentionner d'autres accords bilatéraux qui eux contiennent des règles de conflit de lois. Ainsi en vertu d'un échange de lettres avec le Vietnam du 16 septembre 1954, "*les français au Viet-Nam, les Vietnamiens sur un territoire quelconque de la République française ne peuvent se marier que s'ils remplissent les conditions fixées par leur loi nationale*"¹⁴. Le professeur Khairallah cite également un accord franco-iranien du 24 juin 1964 soumettant le statut personnel des ressortissants de chacun pays à sa loi personnelle¹⁵.

Mais parmi ces différents traités bilatéraux, la convention franco-marocaine constitue un cas particulier. Cela tient à la fois à son importance pratique, étant donné l'importance de la communauté marocaine en France, et à sa force symbolique. Rappelons en effet que la Convention franco-marocaine a été conclue en réaction, du côté marocain, aux nouvelles règles de droit international

¹⁰ Rapport disponible à l'adresse http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r0628-tl.asp#P259_45460.

¹¹ Les discussions en commission le confirment comme l'a relaté le professeur J. R. Binet, Un mariage homosexuel franco-marocain autorisé en France, Dr. famille 2013 Comm. 158

¹² <http://www.senat.fr/rap/112-437-1/112-437-113.html#toc142>

¹³ Q. n°36851, JOAN 8 juillet 2014 p.5884, Q. n° 31715 et 32559, JOAN 15 juillet 2014 p.6044 (les réponses sont rédigées à l'identique). Rép. min. n°28287, JOAN Q 13 août 2013, Rev. crit. DIP 2013 p.1054

¹⁴ Echange de lettres figurant en annexe IV de la Convention du 15 septembre 1954 de transfert des compétences et services en matière judiciaire et de police et de sûreté

¹⁵ G. Khairallah, 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 Mélanges en l'honneur du Pr Bernard Audit, LGDJ 2014 p.485, spéc. p.489 note 13. Il en va de même d'un accord franco-malgache du 27 juin 1960, visé dans l'étude d'impact, précitée.

privé introduites en matière de divorce par la loi du 11 juillet 1975. Celles-ci, posées à l'article 310 du code civil, rendaient la loi française applicable non seulement aux époux de nationalité française, quel que soit le pays de leur domicile, mais également aux époux de nationalité étrangère ayant leur domicile en France. Cette solution, comme l'avait noté Mme Monéger, avait été très mal accueillie par tous ceux dont le statut personnel, marqué par la religion, diffère du nôtre, comme notamment le statut personnel marocain inspiré du rite malékite¹⁶. C'est la raison pour laquelle le préambule de la Convention constate "*l'importance des relations personnelles et familiales entre les ressortissants des deux Etats et la nécessité de conserver aux personnes les principes fondamentaux de leur identité nationale*" pour justifier l'établissement de règles de conflit de lois préservant l'application de la loi nationale en matière de statut personnel, y compris pour le divorce: l'article 9 de la Convention prévoit que la dissolution du mariage est prononcée selon la loi de celui des deux Etat dont les époux ont tous deux la nationalité, garantissant l'application de la loi marocaine aux époux marocains. Une telle solution, respectueuse de l'identité nationale, assure la coordination des systèmes puisqu'en principe les décisions de divorce rendues dans un Etat seront reconnues dans l'autre. La raison d'être de la Convention, à cet égard, a pu paraître par la suite peu défendable, dès lors que celle-ci permettait ainsi de reconnaître les institutions inégalitaires du droit musulman, *i.e.* la polygamie et la répudiation. Elles ont pu être refoulées au nom de l'ordre public international, dont l'égalité des sexes constitue une valeur clairement affirmée¹⁷. Ces difficultés soulignent à quel point le mariage, dans toutes ses dimensions (formation, effets, dissolution) constitue un terrain où depuis toujours s'affrontent des conceptions difficilement conciliables. Mais l'émergence du mariage entre personnes de même sexe fait naître une fracture plus considérable encore dans la perception de l'institution, et l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 janvier 2015 menace bien plus gravement la Convention franco-marocaine.

II L'arrêt du 28 janvier 2015.

La décision de rejet rendue par la première chambre civile n'entérine pas purement et simplement l'arrêt de la cour de Chambéry, car elle procède à une substitution de motifs, à vrai dire indispensable dès lors que l'on se donnait pour but de valider le mariage franco-marocain. La juridiction savoyarde en effet avait en effet justifié sa décision d'une part au nom des droits fondamentaux ("*la liberté de se marier est un droit fondamental protégé faisant partie du bloc des libertés personnelles suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*", le nouvel article 143 du code civil "*a modifié la substance même des droits de la personne au regard de l'institution du mariage et permis un accès à des droits qui n'existaient pas avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013*"; et les nouvelles règles de conflit enfin ont rendu ces nouveaux droits "*délibérément accessibles pour des personnes vivant sur le territoire français*" malgré l'interdiction faite par leur loi nationale. Ces nouvelles dispositions, validées par le Conseil constitutionnel, concluait la Cour de Chambéry, "*s'intègrent à un nouvel ordre public international*"; d'autre part en affirmant que le risque d'une discrimination au détriment des marocains, en raison de la convention bilatérale, justifiait que l'on écartât celle-ci "*au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international*". Enfonçant le clou, elle ajoutait qu'il convenait en conséquence de "*ne pas reconnaître en l'espèce une supériorité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes*". Ce dernier motif était pour le moins audacieux et aurait à lui seul fondé la cassation¹⁸. Mais la Haute juridiction a pu l'éviter en l'éludant de la façon suivante:

¹⁶ F. Monéger, La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, Rev. crit. DIP 1984 p.29, spéc. p.31

¹⁷ Le rejet des répudiations musulmanes est acquis depuis la série d'arrêts rendus par la 1^{ère} chambre civile le 17 février 2004, au nom du principe d'égalité des époux: D. 2004, p. 824, concl. F. Cavarroc, et p. 815, chr. P. Courbe ; JCP 2004 II 10128, n. H. Fulchiron ; P. Hammje, Le rejet des répudiations musulmanes, Rev. crit. DIP, p. 424 ; Gaz. Pal., 25-26 févr. 2004, p. 29 et, p. 27, chr. M.-L. Niboyet ; Dr. et patr. 2004, n° 125, p. 124, n. F. Monéger

¹⁸ H. Gaudemet-Tallon D. 2014 Pan. Droit international privé p.1059

"Si selon l'article 5 de la Convention "les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux, par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat 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'Etat 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."

La cour de cassation a ainsi employé l'arme de l'ordre public international puisé dans la Convention elle-même, sans porter atteinte, au moins en apparence, à la supériorité du traité sur la loi. Cet ordre public international n'est autre que celui du for, c'est-à-dire celui du droit français. Pareille technique n'est pas pour autant légitime. La mise en oeuvre de l'exception d'ordre public international peut être contestée (A), d'autant plus que la décision rendue ouvre d'inquiétantes perspectives (B).

A. L'arme de l'ordre public international: une qualification abusive

Le mécanisme de l'ordre public international est conçu comme une exception à l'application de la loi étrangère normalement compétente dont l'application est jugée inadmissible par le tribunal saisi¹⁹. Soupape de sécurité, correctif face à l'esprit d'ouverture que comporte la règle de conflit bilatérale, l'ordre public international ne se laisse pas aisément définir, mais selon une formulation récente retenue par la Cour de cassation, il vise les principes essentiels du droit français²⁰ encore que cette catégorie n'absorbe pas l'intégralité de cette notion, selon une étude intégrée au rapport de la cour de cassation pour l'année 2013²¹. La question se pose donc d'apprécier si le droit pour les homosexuels de se marier mérite bien la qualification de principe d'ordre public international, permettant en l'occurrence l'éviction de la loi marocaine désignée par l'article 5 de la Convention. Tout en l'admettant, la cour de cassation a voulu semble-t-il faire preuve de prudence en posant des conditions pour le déclenchement de l'exception, mais d'une curieuse manière.

Qu'il s'agisse d'abord d'un principe essentiel du droit français peut être sérieusement mis en doute. Dans l'étude précitée consacrée à l'ordre public, la cour de cassation précise à ce sujet que *"l'originalité de la notion tient au fait que la Cour de cassation y met l'accent sur la nature des valeurs intangibles de l'ordre public international français"*. Les décisions rendues révèlent l'usage parcimonieux de l'exception d'ordre public dans les affaires familiales. Peut-on raisonnablement affirmer qu'une réforme toute récente, certes d'envergure, ait pu consacrer une "valeur intangible" qui est précisément contraire à celle affirmée auparavant, et ce durant des décennies pour ne pas dire des siècles? Comme l'écrit Mme Léna Gannagé, *"on peine en effet à être convaincu de cette mutation aussi brutale que fulgurante de la civilisation, si l'on veut bien se souvenir qu'en 2012 encore, la première chambre civile mettait en avant l'ordre public international pour s'opposer à l'accueil en France des décisions étrangères autorisant l'adoption au profit de couples homosexuels, lesquelles étaient alors jugées contraires aux "principes essentiels" du droit français"*²². De fait cette élévation du mariage pour tous au rang de principe d'ordre public international contraste avec le consensus beaucoup plus large qui entoure certaines valeurs également défendues par l'ordre public, telle que l'égalité entre hommes et femmes, assurément plus universelles. Autant le fait qu'un tout petit nombre de pays autorise l'union entre personnes de même sexe, que le caractère récent de la réforme aurait pu faire hésiter à propulser celle-ci dans l'orbite des droits intangibles du système juridique français,

¹⁹ Loussouarn, Bourel, Vareilles-Sommières, Droit international privé, Dalloz 10e éd. 2013 n°381

²⁰ F. Monéger et G. Pluyette, Exequatur et principes essentiels du droit français, in Le droit entre tradition et modernité, Mél. à la mémoire de P. Courbe Dalloz 2012 p.447. Cf la définition classique de l'arrêt Lautour Civ. 1 25 mai 1948, GAJFDIP Dalloz n° qui visait «les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue » La cour de cassation les juge "inadaptés à l'état de notre droit" dans le rapport cité note suivante.

²¹ Rapport de la cour de cassation pour 2013, Etude sur l'ordre public, disponible sur le site de la Cour, partie 1 titre 3, chap. 3.

²² Note préc. sous l'arrêt du 28 janvier 2015. La décision citée est Civ. 1 7 juin 2012, n°11-30261, Bull. I n°125

même au titre de la "sauvegarde des politiques législatives", qui représente la fonction la moins élevée de l'ordre public international aux côtés de la défense du droit naturel, et de celle des fondements politiques et sociaux de la civilisation française, selon la nomenclature classique²³. La Cour européenne de droits de l'homme a du reste récemment confirmé son refus d'ériger le mariage homosexuel au rang de droit de l'homme protégé par la Convention²⁴. Aussi le renversement quasi-instantané de l'ordre public international au profit d'une conception du mariage toute relative, aux fins de neutraliser un engagement bilatéral, semble-t-il abusif. *"N'y a-t-il pas, interroge Rémy Libchaber, une certaine déraison à vouloir imposer si violemment l'exemplarité de notre droit ? Comment la solution que nous pratiquons jusqu'au 17 mai 2013 nous serait-elle devenue odieuse, alors qu'elle continue d'avoir les faveurs d'une partie de la population ? Et puis, en sommes-nous si fiers que nous puissions l'appliquer de vive force contre les conceptions des autres, comme si nous étions chargés d'une mission sacrée de civilisation ? Et, en l'occurrence, fallait-il vraiment imposer notre loi à un pays avec lequel nous avons signé une convention bilatérale, qui exprime un respect mutuel que nous bafouons aussitôt ?"*²⁵ L'évitement des lois étrangères prohibitives qui résulte de l'article 202-1 al. 2 du code civil aurait pu représenter le maximum de ce que le droit français pouvait accorder, ou selon l'expression de M. Bureau et Mme Muir Watt, le maximum de tolérance à l'égard du mariage homosexuel²⁶ sans qu'il soit besoin de convoquer l'exception d'ordre public international. Peut-être influencée par la puissance du lobby *LBGT* et le soutien médiatique dont il jouit, la cour de cassation fait donc de la surenchère, au risque, nous y reviendrons, de déclencher une onde de choc. Pourtant, elle opère un certain cantonnement de la solution, en énonçant - et de manière à vrai dire peu claire - les conditions de déclenchement de l'exception.

Les conditions de déclenchement de l'exception, ensuite, paraissent nécessiter une certaine proximité. L'arrêt du 28 janvier 2015 réserve en effet l'intervention de l'ordre public international aux cas où la loi prohibitive empêcherait l'union alors que pour l'autre époux, soit sa loi personnelle, soit la loi de son domicile ou de sa résidence le permet. C'est dire que les contours de l'exception, dans les rapports franco-marocains, sont calqués sur les critères fixés par l'article 202-1 al.2 du code civil, quand bien même ce texte serait évincé par l'article 5 de la Convention²⁷. Ainsi la clause d'ordre public que contient cette dernière, dans son article 4, est instrumentalisée pour garantir le droit au mariage "pour tous" exactement dans les mêmes conditions que pour tout étranger dont le pays ne serait pas lié par une Convention internationale avec la France. Cependant, le communiqué publié par la Cour de cassation le même jour indique, après avoir rappelé que *"le mariage entre personnes de même sexe n'est reconnu que par une minorité d'Etats"*, que la loi étrangère *"ne peut être écartée que si l'une des conditions suivantes est remplie:*

-il existe un rattachement du futur époux étranger à la France (dans cette affaire le ressortissant marocain était domicilié en France);

-l'Etat avec lequel a été conclue la convention n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe, mais ne le rejette pas de façon universelle"; et de conclure que *"la solution de la Cour respecte ainsi l'égalité entre les personnes de nationalité marocaine et les autres ressortissants étrangers auxquels le code civil permet de se marier en France, avec un époux de même sexe."*

Il peut sembler étrange et même discutable qu'un simple communiqué apporte de tels compléments à la décision²⁸, mais le laconisme habituel de la Cour de cassation rend le procédé assez fréquent: il a été par exemple employé récemment sur la question non moins sensible de l'adoption d'un enfant né d'une AMP pratiquée à l'étranger par l'épouse de la mère²⁹. Comme d'autres publications de la Cour de

²³ Batiffol et Lagarde, Droit international privé T 1 LGDJ 1973 p.448 s, Léna Gannagé, préc.

²⁴ CEDH gde ch. 16 juillet 2014 Hämaläinen c. Finlande, n°37359/09, Dr. famille 2015 comm.1, J.-R. Binet, où la Cour confirme (pt 15) la position qu'elle avait prise dans le célèbre arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, n°30141/04

²⁵ R. Libchaber, Le complexe de la Castafiore, D. 2015 p. 481

²⁶ D. Bureau et H. Muir Watt, op. cit. n°723 note 4; en ce sens également P. Mayer et V. Heuzé, op. cit. n°575

²⁷ On a pu souligner à cet égard la similitude avec l'article 46 al. 2 de la loi belge de droit international privé: V. Legrand, préc.

²⁸ Certains auteurs y ont vu une contradiction, ce qui ne nous semble pas être le cas: M. Devers et Farge, Dr. famille 2015 Comm. 63

²⁹ Avis n°15010 P et 15011 P du 22 septembre 2014, JDI 2015 p.103 et la note

cassation telles que les rapports, il permet *a priori* de savoir quelle sera la solution probable dans un contexte juridique plus ou moins différent. Ainsi, dans l'hypothèse d'un mariage entre un Français et un marocain qui ne résiderait pas en France, le mécanisme de l'ordre public ne devrait pas jouer à l'encontre de la loi marocaine, ce qui constituerait un obstacle à la célébration³⁰. Quant à la seconde précision, passablement byzantine, elle impliquerait d'examiner si l'Etat étranger, signataire de la convention bilatérale, serait disposé à reconnaître les effets d'un mariage homosexuel conclu dans un pays tiers, en vertu notamment de l'effet atténué de l'ordre public.

En définitive, les précisions cumulées de l'arrêt et du communiqué obscurcissent le rôle exact de l'ordre public international en la matière, mais en tout état de cause, sa mise en oeuvre emporte des conséquences qu'il convient maintenant d'envisager.

B. Les perspectives

Le cas du mariage homosexuel franco-marocain produit une triple onde de choc: juridique, politique et diplomatique.

Juridique d'abord: le forçage qu'opère l'ordre public accroît le nombre des mariages boiteux. La non-reconnaissance de l'union dans les pays prohibitifs, conséquence inéluctable de l'article 202-1 al.2 du code civil, a été certes dénoncée par les commentateurs de la loi du 17 mai 2013, mais la cour de cassation aggrave la discontinuité des situations juridiques en faisant fi des conventions bilatérales, à l'égard d'une population étrangère que l'on sait importante sur notre territoire. Observons en outre qu'un mariage mixte franco-marocain devant l'officier d'état civil français nécessite pour sa validité au regard du droit marocain son enregistrement par les fonctionnaires consulaires (art. 6 al.2 de la Convention), et que celui-ci sera évidemment refusé.

Politique ensuite: le mariage constitue une porte d'accès à l'immigration assez attractive³¹, si l'on considère l'abondant contentieux tant administratif que judiciaire auquel il donne lieu. Le Conseil constitutionnel avait été confronté à cette difficulté à l'occasion du recours contre la loi Taubira³². L'un des griefs avancés par les auteurs du recours faisait valoir que les nouvelles règles de conflit "*auront pour effet d'inciter des étrangers à venir en France pour « contourner les empêchements de leur loi nationale », de favoriser des « mariages blancs » en fraude à la législation sur l'entrée et le séjour en France ainsi que la législation sur la nationalité, et entraîneront une augmentation du nombre de mariages valables dans un pays et nuls dans l'autre*" et que serait ainsi méconnu le principe de sécurité juridique. A quoi le conseil constitutionnel a répondu que "*l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'abus lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques ; que le grief tiré de l'atteinte à la sécurité juridique doit, en tout état de cause, être écarté*" (Cons. 30). Mais les décisions rendues à ce jour tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'Etat constituent plutôt un signal encourageant pour les candidats au mariage homosexuel fictif.

Diplomatique enfin. Ce risque avait été dénoncé en particulier dans la presse par un groupe de juristes soulevant la question: "*Peut-on ainsi, par l'effet d'un néo-colonialisme juridique, imposer nos vues aux autres Etats amis de la France qui demeurent légitimement attachés au mariage, union d'un homme et d'une femme?*"³³. De fait, le sujet de discorde potentielle n'est pas le divorce comme ce fut le cas à

³⁰ Mais alors certains auront beau jeu de dénoncer l'inégalité de traitement avec les étrangers dont l'Etat national n'est pas lié par une convention bilatérale, et qui peuvent exiger de l'administration un visa pour célébrer leurs noces en France (V. CE 9 juillet 2014, préc. note 8, concernant un sénégalais ...domicilié au Maroc)

³¹ V. Le Figaro, 3 avril 2015

³² Déc. n° 2013-669 DC, 17 mai 2013 : JO 18 mai 2013 p. 8281; Comm. J.-R. Binet, Dr. famille 2013, comm. 98. - F. Chénéde, AJF 2013 p. 332; RFDA 2013 p.936 n. G. Drago; B. Mathieu, JCP G 2013, 588, Libres propos. Pour une étude critique, v. aussi J. B. d'Onorio, La pythie de la République. Libres propos sur la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 relative à "l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe" : RRJ 2013-2, p. 651. J. Cl. Ricci, Le mariage entre personnes de même sexe et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, in La réforme du mariage. Approche critique sur les mutations familiales (ss dir.) M. Douchy-Oudot : Éd. DMM 2013 p. 83

³³ <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2014/12/15/31003-20141215ARTFIG00351-la-france-imposera-t-elle-le-mariage-homosexuel-au-maroc.php>

l'occasion de la loi du 11 juillet 1975, mais le mariage. Les oppositions qui se manifestent encore aujourd'hui sur le divorce sont elles-mêmes relatives, car celui-ci est admis dans les deux pays et l'évolution législative marocaine contribue, bon an mal an à un certain rapprochement³⁴. En revanche, le mariage qui est sans doute une institution largement dévaluée en France et plus généralement dans le monde occidental, reste dans d'autres régions du monde, et en particulier dans les pays musulmans, la seule institution fondatrice de la famille, ce dont témoigne notamment le refus de reconnaître un lien de filiation hors mariage. A partir de là, on peut comprendre la sensibilité particulière avec laquelle la question du mariage entre personnes de même sexe (l'homosexualité étant un crime) est appréhendée et mesurer l'atteinte portée à l'identité nationale des marocains garantie pourtant par la Convention. Le fossé se creuse ainsi entre la France et le Maroc et plus largement les pays de tradition musulmane, comme l'a décrit parfaitement Léna Gannagé³⁵ pour dénoncer l'ordre public "militant" de la Cour de cassation qui vient nourrir le relativisme des droits fondamentaux. *"En liant exclusivement les droits de l'homme à la culture, écrit cet auteur, (cette évolution) ne se contente pas de leur dénier toute vocation à l'universel, elle les dresse désormais les uns contre les autres, droits de l'homme musulman contre droits de l'homme européen. Corrélativement elle leur retire toute aptitude à rapprocher les systèmes et à fonder une quelconque communauté de valeurs au-delà des différences culturelles."* Du côté marocain, plus que le risque d'une dénonciation de la Convention de 1980³⁶, l'on pourrait craindre un recours symétrique à l'exception d'ordre public marocain, et peut-être une suspension des engagements pris pour coopérer en particulier dans le domaine douloureux des enlèvements d'enfants.

Une pareille onde de choc peut-elle être résorbée et comment? *De lege lata*, il n'y a guère à espérer que la Cour de cassation change d'orientation et abandonne l'usage qu'elle a fait de l'exception d'ordre public international. Celui-ci devrait donc opérer de la même manière dans les rapports avec les autres Etats liés par un accord bilatéral, sous réserve des (faibles) restrictions qui ont déjà été évoquées. Le rétablissement d'une harmonie dans les relations familiales internationales ne peut donc venir que du législateur, ce qui suppose de revenir sur la loi du 17 mai 2013, ou du constituant, par l'inscription de l'hétérosexualité du mariage dans la Constitution comme l'ont fait quelques pays européens³⁷. Les unions entre personnes de même sexe pourraient, à défaut d'être maintenues, requalifiées en relations de partenariat, que la célébration ait eu lieu en France ou dans un pays étranger. Loin d'être inédite, cette solution, que préconisait une partie de la doctrine avant 2013 pour les mariages homosexuels conclus à l'étranger³⁸, est celle que pratiquent l'Allemagne³⁹ et la Suisse⁴⁰. La Cour européenne des droits de l'homme admet elle-même qu'un mariage puisse être automatiquement transformé en partenariat, à la suite de la conversion sexuelle d'un époux, quand les différences de régime ne sont pas de nature à entraîner un changement substantiel dans la situation juridique des parties⁴¹. La requalification en partenariat de mariages homosexuels antérieurement célébrés implique ainsi seulement, pour ne pas enfreindre le droit au respect de la vie familiale proclamé à l'article 8 CEDH, d'apporter de nouvelles améliorations au régime juridique du PACS, par exemple en ce qui concerne la protection du partenaire survivant et les conditions de la rupture. En préservant la conception la plus

³⁴ V. sur cette question F. Monéger, Le code de la famille marocain de 2004 devant la Cour de cassation, Rev. crit. DIP 2014 p.247

³⁵ L. Gannagé, préc. p.528

³⁶ Côté français, la renégociation d'une convention intéressant le statut familial se heurterait d'ailleurs à la compétence désormais acquise par l'Union européenne, qui fait obstacle, sauf autorisation de la Commission, à la conduite de négociations et à la conclusion d'accords avec des Etats tiers en vertu de la théorie des compétences externes exclusives (art. 3§2 TFUE); la procédure d'autorisation a été instituée, pour le sujet qui nous intéresse, par un règlement n°664/2009 du 7 juillet 2009 visant "la matière matrimoniale", la responsabilité parentale et les obligations alimentaires, qui font l'objet de différents règlements européens de droit international privé.

³⁷ Ainsi la Pologne et la Hongrie: H. Fulchiron, Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du mariage pour tous : JDI 2013 p. 1055

³⁸ V. par ex. Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, op. cit, n° 473.

³⁹ U.P. Gruber, Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand : Rev. crit. DIP 2013 p. 65

⁴⁰ A. Bucher et A. Bonomi, Droit international privé : Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 2e éd. 2004, n° 638 a

⁴¹ CEDH gde ch. 16 juillet 2014 Hämaläinen c. Finlande, préc. note 24; la même position avait été admise par l'arrêt de chambre rendu dans la même affaire le 13 novembre 2012, v. J.-R. Binet, préc.

universelle du mariage, cette mutation serait, même si le partenariat organisé est loin d'être lui-même une institution universelle, de nature à réduire la fracture entre les systèmes juridiques.