

RTD Civ.

RTD Civ. 2005 p. 735

Vers la liberté du mariage entre alliés en ligne directe

(Cour EDH, 4^e section, 13 sept. 2005, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, *infra* p. 758, obs. J. Hauser)

Jean-Pierre Marguénaud, Professeur de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges (OMIJ)

Décidément, la Cour européenne des droits de l'Homme en fera voir de toutes les couleurs aux malheureux civilistes attachés aux valeurs familiales classiques. Après les avoir forcés à faire bonne figure à l'enfant adultérin par un arrêt du 1^{er} février 2000 dont le simple rappel du nom ferait encore trop mal à beaucoup d'entre eux ; après les avoir préparés à la pénible perspective de la célébration du mariage du transsexuel (RTD civ. 2002.862), voici qu'elle les invite à une déchirante révision de leur point de vue sur la question de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe. Un Anglais plus que quinquagénaire et une Anglaise de plus de vingt ans sa cadette en sont la cause.

Lui, avait eu un fils d'un premier mariage, puis il avait divorcé en 1987 avant de se remarier et de divorcer encore en 1997. Elle, avait épousé le fils dont elle avait eu un enfant qui était par conséquent le petit-fils de Lui. Elle a aussi divorcé en 1997. La coïncidence de l'année des deux divorces n'est pas tout à fait fortuite, car depuis 1995, une tendre relation s'était développée entre Lui et Elle dont le mari, le fils de Lui, avait quitté le domicile conjugal. Le nouveau couple, qui élevait dignement l'enfant, fils de l'une, petit-fils de l'autre, prit tellement goût à la vie commune que l'idée du mariage se mit à les travailler. L'officier d'état civil à la mode anglaise, questionné sur le point de savoir si ce projet matrimonial pouvait aboutir, fit comprendre que leur espoir de mariage était bien mince. En effet, seuls deux coups de théâtre pouvaient le rendre possible : l'un contrariant, l'ordre naturel des événements, serait le décès préalable des deux ex-conjoints dont celui du fils d'où venait le lien d'alliance ; l'autre, infléchissant le cours juridique des choses, serait une dispense accordée par le Parlement. Considérant que la première solution était trop triste et l'autre trop coûteuse, Elle et Lui ont invoqué devant la Cour de Strasbourg une violation de leur droit de se marier garanti par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cet article, qui présente la particularité de renvoyer aux lois nationales régissant l'exercice du droit qu'il consacre sans le soumettre aux limitations spécifiques de la clause d'ordre public énoncée aux paragraphes 2 des quatre articles précédents (cf. A. Gouttenoire, *in* Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, par F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A.

Gouttenoire, M. Levinet, PUF, 3^e éd. 2005, n° 47), n'a pas fait l'objet de beaucoup de constats de violation. En dehors de ceux délivrés par les arrêts *I* et *Christine Goodwin* du 11 juillet 2002 en matière de transsexualisme, on ne comptait guère que celui résultant de l'arrêt *F. c/ Suisse* du 18 décembre 1987 relatif à une interdiction temporaire de se remarier dont avait été frappé l'époux aux torts exclusifs duquel avait été prononcé un quatrième divorce. L'arrêt *B. et L. c/ Royaume-Uni* vient d'en ajouter un nouveau à cette courte liste.

Ses motivations exprimées en anglais en fonction des subtilités du droit anglais ne sont peut-être pas d'une clarté à toute épreuve. Aussi peut-on se demander si elles tiennent d'abord au principe même de l'interdiction, qui porterait atteinte à la substance du droit de se marier en dépit de l'assouplissement hypothétique lié aux décès des deux ex-conjoints et de la possibilité de saisir le Parlement, ou si elles ne s'inspirent pas davantage des modalités de mise en oeuvre de l'exception. Il faut en effet constater qu'elle accorde un poids considérable à une affaire similaire dans laquelle le Parlement avait accordé une dispense en 1985. Ce précédent permet à la Cour de relever une incohérence entre les buts déclarés de l'empêchement au mariage et la dérogation appliquée dans certains cas ; de dénoncer la lourdeur et le coût de la procédure, puis de marquer ses réserves à l'égard d'un système qui exigerait d'une personne majeure jouissant de toutes ses facultés mentales de se soumettre à

une enquête potentiellement envahissante destinée à vérifier si un mariage est approprié. Il serait agréable de pouvoir annoncer aux civilistes français que les Anglais ont été condamnés plutôt à cause de la mise en oeuvre de l'exception qu'en raison de l'affirmation du principe de prohibition du mariage entre alliés en ligne directe en l'absence de précédents de l'ex-conjoint car, en pareille hypothèse, les articles 161 et 164 du code civil n'admettent pas d'exception : le Président de la République peut seulement lever la prohibition du mariage lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée. Le code civil ayant eu la sagesse d'éviter les risques d'incohérence et les inconvénients matériels et moraux inhérents à une procédure de dispense, la France n'aurait pas à craindre de condamnation. Il ne faudrait pourtant pas leur donner de trop folles espérances. En effet, l'absence de toute possibilité de dérogation avant le décès de l'ex-conjoint devrait plutôt conduire la Cour à juger que la violation de l'article 12 serait *a fortiori* constituée puisque les hypothétiques assouplissements anglais ne l'ont pas empêchée de relever une atteinte à la substance du droit de sa marier. Il resterait en outre à subir l'épreuve de la combinaison de l'article 14 et de l'article 12, déclarée inutile en l'espèce, qui rendrait difficile la justification de la discrimination établie entre les alliés dont les ex-conjoints ont survécus et ceux dont les ex-conjoints ont eu la délicate attention de mourir jeunes.

Avant qu'une affaire française ne se profile devant la Cour de Strasbourg, il faudra donc avoir le courage d'ouvrir le débat sur le maintien en droit français de l'interdiction de mariage entre alliés en ligne directe. Inspirée non par des considérations eugéniques mais par le souci de préserver la paix des familles, on sait que la prohibition fondée sur l'alliance a été considérablement réduite par la loi du 11 juillet 1975 qui l'a levée en ligne collatérale. L'arrêt *B. et L.* pourrait accélérer son déclin qui, somme toute, serait moins choquant que celui, insidieux, de la prohibition de l'inceste au sens strict imputable à un législateur multipliant les risques de mariage entre demi-frère et demi-soeur par le sang poussés l'un vers l'autre par le hasard présidant aux rencontres dans les discothèques (cf. RTD civ. 2003.378 .

Il ne resterait plus qu'à trancher le point de savoir s'il suffirait de rendre relative l'actuelle prohibition absolue de mariage entre alliés en ligne directe à défaut de pré-décès de la personne ayant créé l'alliance ou s'il faudrait aller jusqu'à une complète liberté de mariage entre alliés dégagés, de quelque manière que ce soit, des liens de précédents mariages. L'arrêt *B. et L.*, qui a exprimé de sévères réserves même à l'égard d'un régime d'interdiction relative de mariage entre alliés en ligne directe, invite d'autant plus sûrement à la solution la plus radicale qu'il n'a pas hésité à constater une violation de l'article 12 dans une affaire où le grand-père se proposait de devenir le beau-père de son petit-fils. Les juristes français qui ont déjà rencontré des cas d'adoption plénière d'un enfant naturel par son grand-père (Besançon, 1^{er} févr. 1994, RTD civ. 1995.344, obs. J. Hauser ) pourraient peut-être se faire plus facilement que prévu à cet aspect de l'arrêt du 13 septembre 2005. Il en ira peut-être autrement des psychanalystes qui ne seraient peut-être pas tout à fait hostiles à l'idée de se fédérer en instance supérieure d'appel des décisions des juridictions nationales ou internationales touchant à l'intérêt de l'enfant. Dans un cas semblable à celui de l'affaire *B. et L.*, il ne faudrait pas être étonné s'ils préconisaient de subordonner le mariage de la mère et du grand-père paternel à l'autorisation de l'enfant. La Convention internationale des droits de l'enfant, désormais dotée de l'effet direct (*infra* n° 7 ) pourrait d'ailleurs leur fournir des arguments en ce sens...

Mots clés :

MARIAGE * Empêchement à mariage * Parenté par alliance * Ligne directe * Bru