

Publication : Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2007, p. 236
Type de document : 32
Décision commentée : Cour de cassation, 1re civ., 13-03-2007 n° 05-16.627

Indexation

MARIAGE

- 1.Nullité
- 2.Différence de sexe
- 3.Obligation
- 4.Mariage homosexuel
- 5.Exclusion

Mariage. Condition. Différence de sexe. Mariage entre homosexuels. Nullité

François Terré, Membre de l'Institut ; Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Yves Lequette, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Civ. 1^{re}, 13 mars 2007

(D. 2007. 1389, rapp. G. Pluyette ; *ibid.* 935, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 1375, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* 1395, note E. Agostini ; *ibid.* 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2007. 227, obs. F. Chénédedé ; RTD civ. 2007. 287, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 315, obs. J. Hauser ; *ibid.* 2008. 438, obs. P. Deumier ; JCP 2007. I. 170, n° 1, obs. J. Rubbelin-Devichi, Dr. fam. 2007, n° 76, note M. Azavant, LPA 17 juill. 2007. 19, note J. Massip)

Selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme.

Ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire.

Faits. - Le député maire de la ville de Bègles, M. Noël Mamère, a, malgré l'opposition du procureur de la République du TGI de Bordeaux, célébré le 5 juin 2004 le mariage de deux personnes de même sexe, Stéphane P. et Bertrand C. Ce « mariage-provocation » ne visait pas seulement à placer sous les feux de l'actualité un élu « en mal de réputation médiatique », qui avait « gardé de son passé de journaliste le goût des premières pages et des gros titres » (V. Larribau-Terneyre, Dr. fam. 2004, n° 138, p. 23 ; Hauser, RTD civ. 2004.718). En effet, comme on l'a fort bien analysé, la « désobéissance civile » peut aussi parfois être l'instrument utilisé pour parvenir à la modification du droit existant. Cherchant « à montrer aux yeux de l'opinion publique et des gouvernants l'injustice du droit et de ses conséquences », elle tend à provoquer des poursuites afin que, à l'occasion des procès engagés, les tribunaux deviennent « la chambre d'écho de revendications visant à faire évoluer » le système juridique (R. Encinas de Munagorri, RTD civ. 2005.73 et s.). Si tel était le dessein de M. Noël Mamère, celui-ci n'aura pas été déçu, au moins dans un premier temps, puisque le mariage de Bègles a donné lieu à un double contentieux, devant les juridictions judiciaires comme il était probable, mais aussi devant les juridictions administratives. Ministère de l'Intérieur et Chancellerie ont, en effet, réagi, chacun dans leur registre, à cette

provocation.

Le ministre de l'Intérieur a suspendu pour un mois de ses fonctions, par arrêté du 15 juin 2004, le maire de Bègles pour avoir célébré, malgré l'opposition signifiée par le procureur de la République, un mariage entre personnes de même sexe. Celui-ci a formé un recours devant le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux pour obtenir la suspension de l'exécution de cette sanction, en même temps qu'un recours au fond. Après que le recours en référé eut été rejeté par le tribunal administratif puis par le Conseil d'Etat considérant en substance que la condition d'urgence n'était pas remplie (CE 7 juill. 2004), le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté le recours au fond (TA Bordeaux, 9 juill. 2004, *Dr. fam.* 2004, n° 138, note V. Larribau-Terneyre).

Quant au garde des Sceaux, il avait immédiatement réagi en indiquant que le procureur de la République contesterait, comme l'y autorise l'article 184 du Code civil, la validité de cette union. C'est cette instance judiciaire qui a été, pour l'essentiel, l'occasion du débat recherché. Si l'on s'en tient au seul aspect juridique, celui-ci n'aura sans doute pas répondu aux attentes du maire de Bègles, puisqu'une quasi-unanimité s'est dégagée, chez les commentateurs, pour approuver les décisions intervenues dans cette affaire, lesquelles font, toutes, de la différence des sexes une condition du mariage.

Dans un premier temps, le TGI de Bordeaux a rendu, le 27 juillet 2004, un « jugement d'annulation exemplaire » (G. Kessler, *JCP* 2004.II.10169) en ce qu'il était soutenu par un « argumentaire rigoureux » et faisait ainsi oeuvre de « pédagogie » (M. Azavant, *Dr. fam.* 2004, n° 166) (TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, *D.* 2004.2392, note Agostini et Somm. 296, obs. Lemouland, *JCP* 2004. II.10169, note G. Kessler, *Dr. fam.* 2004, n° 166, note M. Azavant, *AJ fam.* 2004.407, obs. Attuel-Mendès, *RTD civ.* 2004.719, obs. Hauser). En appel, la Cour de Bordeaux a rendu, le 19 avril 2005, un arrêt dont on a pu écrire qu'il était « plus ambitieux » que le jugement qu'il confirmait dans la mesure où les magistrats fondent leur décision sur la nature même du mariage et adjoignent aux arguments développés en première instance relatifs au droit interne et au droit européen, une « mise en perspective » en recherchant les conséquences prévisibles d'une suite favorable à l'appel (M. Azavant, *Dr. fam.* 2005, n° 124, p. 14) (Bordeaux, 19 avr. 2005, *D.* 2005.1687, note Agostini, *D.* 2006. Pan. p. 1414, obs. Lemouland et Vigneau, *Dr. fam.* 2005, n° 124, note M. Azavant, *RTD civ.* 2005. 574, obs. Hauser). Aussi paraît-il utile de reproduire cette décision :

« La cour recherchera la solution en droit interne puis la comparera avec les impératifs du droit européen, dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au regard de la jurisprudence européenne. Elle mettra ensuite sa décision en perspective en recherchant les conséquences prévisibles d'une suite favorable à l'appel.

- En *droit interne français* le mariage est, notamment, un contrat conclu publiquement sous forme solennelle dans la mairie de la commune où l'un des deux époux a son domicile ou sa résidence.

L'officier d'état civil de cette commune reçoit l'échange de consentements après avoir donné lecture d'un certain nombre d'engagements, il doit en dresser procès-verbal.

Il convient de rechercher quel est le consentement attendu.

L'article 75 du Code civil énonce « Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme. »

Sans équivoque possible, le Code civil impose à l'officier d'état civil de recueillir la déclaration de deux personnes de sexe différent qui se prennent pour « mari et femme ».

Cela est conforté par le fait que cet échange de consentement prend la suite de la lecture (faite par lui) de divers articles du Code civil dont ceux relatifs à l'éducation et l'autorité parentale sur les enfants communs.

Et toute interprétation rendrait incohérent le droit interne puisque notamment les prohibitions à mariage concernent le frère et la soeur mais ni deux frères ni deux soeurs.

Le mariage en droit interne français produit des effets patrimoniaux comme extrapatrimoniaux, et notamment des conséquences sur la filiation commune aux époux, actuellement appelée légitime.

Les différentes évolutions législatives ont maintenu cette notion de filiation commune aux époux et le premier juge a justement rappelé l'importance à cet égard de la présomption de paternité puisque le Code civil entame ainsi le chapitre consacré à cette filiation « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ».

La notion de père est ainsi liée étroitement à celle de mari.

La notion de femme mariée est non moins étroitement liée à cette filiation commune aux époux puisque « la présomption de paternité est écartée quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari, n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère, ce qui rend décisive la déclaration de sa qualité de femme mariée ».

Par ailleurs il est possible de procéder à une adoption par les deux époux ou par l'un de l'enfant de l'autre.

La Cour de cassation avait jugé en 1903 nécessaire la différence de sexe et les évolutions législatives n'ont pas modifié le contexte juridique de sa décision.

Le Discours préliminaire sur le Projet de Code civil avait exposé « on ne doit point céder à des prétentions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau... nous sommes convaincus que le mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs, le rapprochement de deux sexes que la nature n'a faits si différents que pour les unir, a bientôt des effets sensibles. La femme devient mère... l'éducation des enfants exige, pendant une longue suite d'années, les soins communs des auteurs de leurs jours... Tel est le mariage, considéré en lui-même et dans ses effets naturels, indépendamment de toute loi positive. Il nous offre l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit... ce contrat, d'après les observations que nous venons de présenter, soumet les époux, l'un envers l'autre, à des obligations respectives, comme il les soumet à des obligations communes envers ceux auxquels ils ont donné l'être, les lois de tous les peuples policés ont cru devoir établir des formes qui puissent faire reconnaître ceux qui sont tenus à ces obligations. Nous avons déterminé ces formes ».

Ainsi donc, comme le premier juge, la cour aboutit à la conclusion qu'en droit interne français le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime, La notion sexuée de mari et femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère.

Cette différence de sexe constitue en droit interne français une condition de l'existence du mariage.

Or l'acte dressé le 5 juin 2004 par l'officier d'état civil de Bègles ne reproduit pas l'échange de consentements énoncé à l'article 75 du Code civil mais mentionne que Stéphane C et Bertrand C. de même sexe, ont déclaré « vouloir se prendre pour époux », notion asexuée contraire à la volonté législative.

- La Convention européenne des droits de l'homme garantit que « l'homme et la femme ont le droit de se marier et fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit », formulation qui n'impose pas, en elle-même, que le mariage de deux personnes de même sexe doive être accepté.

Elle dispose également « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale... il ne peut y avoir une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire... à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Elle énonce que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la

religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

La cour constate que la législation interne française permet à des personnes vivant ensemble de conclure entre elles de nombreuses conventions régissant leur vie commune, faisant l'objet de publicité et opposables aux tiers, que ce soit sur un ou plusieurs biens déterminés (notamment indivisions, copropriétés, sociétés) ou que ce soit par convention générale (pacte civil de solidarité).

Comme un contrat de mariage, ce pacte peut être aménagé pour mieux se prêter aux particularités de la vie commune et mieux correspondre aux besoins et aux désirs des contractants. La loi se limite à fournir un cadre juridique « par défaut ». Quant à la société elle peut avoir été expressément stipulée ou être créée de fait.

L'article 515-8 du Code civil reconnaît le concubinage « de sexe différent ou de même sexe » et la jurisprudence, établie et stable depuis longtemps, a dégagé diverses solutions aux difficultés rencontrées au cours d'une vie commune ou à l'occasion d'une séparation.

Les personnes non mariées disposent du droit de fonder une famille, appelée naturelle, et du droit d'adopter, l'adoption par un parent seul étant autorisée.

Les droits et devoirs des parents légitimes et naturels sont les mêmes, une seule loi (4 mars 2002) les régissant de même façon. Lors de l'établissement d'un acte de reconnaissance d'un enfant naturel est lu le même article (371-1 du Code civil sur l'autorité parentale) que lors du mariage.

Les éventuels conflits résultant de la séparation parentale sont également traités de même façon par un seul texte commun, à tel point que la dernière loi relative au divorce (26 mai 2004) n'a pas prévu de dispositions spécifiques aux enfants, se limitant à un renvoi à ce texte.

Il en résulte de multiples possibilités d'organisation de vie en couple, avec ou sans enfant, la loi assurant une égale protection pour tous, avec jurisprudence adaptée, droits égaux pour les enfants, si bien que la cour ne découvre aucune discrimination dans le droit de fonder un couple, de vivre en couple, de même sexe ou de sexe différent, ni de fonder une famille librement choisie naturelle ou légitime, avec possibilité d'adoption.

La spécificité, et non pas la discrimination, provient de ce que la nature n'a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent et que le législateur (cf. Discours préliminaire sur le Projet de Code civil) a désiré prendre en compte cette réalité et « déterminer ses formes » en englobant le couple et sa conséquence prévisible, les enfants communs, dans une institution spécifique appelée mariage, choix législatif maintenu dans le temps.

Cette « détermination des formes » qui découle directement de l'histoire, des religions, des coutumes, et qui est socialement très largement acceptée, correspond ainsi que le tribunal l'a exactement analysé à la fonction attribuée au mariage de socle d'une famille.

Tous les couples de sexe différent, ainsi concernés par une éventualité de filiation commune, sont traités à égalité puisqu'ils ont libre choix et libre accès au mariage.

Certes les couples de même sexe, et que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, ne sont en conséquence pas concernés par cette institution. En cela leur traitement juridique est différent, parce que leur situation n'est pas analogue.

Mais ils disposent par ailleurs du droit de voir reconnaître leur union dans les mêmes conditions que tous les couples de sexe différent ne désirant pas se marier, si bien que la distinction résultant de cette spécificité est objectivement fondée, justifiée par un but légitime, et respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé.

Cette ingérence, prévue par la loi, poursuit un but légitime ; l'action du ministère public pour faire respecter sa législation est également légitime. Il est indifférent que d'autres pays européens aient pu choisir une autre voie, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'ayant pas vocation à supprimer les différences législatives.

- *Aucune jurisprudence européenne* citée par les appelants n'approuve directement leur analyse.

Ils extrapolent de l'acceptation du mariage des transsexuels une preuve du bien-fondé de leur thèse mais, au contraire. C'est parce que leur changement de sexe a été pleinement reconnu qu'il en a été tiré toutes les conséquences de droit dont le mariage.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir estimé que la convention a « garanti le droit pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille » ajoute « toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause ».

Cette solution est conforme à la législation et à la jurisprudence françaises internes qui admettent que le mariage autorise la filiation appelée légitime qui en est sa conséquence prévisible mais ne l'impose pas en reconnaissant la filiation hors mariage et la validité des mariages de personnes stériles ou ne désirant pas d'enfants.

- *Par ailleurs* les appelants estiment que la protection juridique offerte par le pacte civil de solidarité est inférieure à celle offerte par le mariage, notamment en matière de fiscalité, que cela constitue une discrimination à leur égard.

Il convient de répondre que la loi fiscale annuelle est par nature temporaire, que le législateur accorde divers avantages à tel ou tel système juridique en fonction de ses choix politiques selon les nécessités du moment, et qu'il n'est pas prouvé que le mariage soit systématiquement avantagé.

De façon superfétatoire, en toutes hypothèses il leur appartiendrait d'agir non contre le mariage mais contre le refus de leur accorder l'avantage en cause, ce dont la cour n'est pas saisie et ce moyen ne peut être reçu.

Enfin, les appelants font état du retard que la France aurait pris dans l'évolution nécessaire des mœurs et citent en exemple les législations néerlandaise et belge.

Il est sans intérêt juridique direct de savoir que deux lois étrangères sont différentes de la loi française, mais cela nourrit le débat et la cour les a étudiées.

- *S'il était fait droit au présent appel, la conséquence prévisible* de l'extension du mariage à des couples de même sexe sans préparation législative, et notamment sans modification préalable des règles de la filiation, serait un bouleversement des principes la régissant.

En premier effet, par nécessaire interprétation de l'article 75 du Code civil, sa formulation ne concernerait plus deux « mari et femme » mais deux « conjoints » ou deux « époux », selon l'expression utilisée par l'officier d'état civil de Bègles dans l'acte du 5 juin 2004 en cause.

Cette notion asexuée se trouverait en opposition avec celle, sexuée, « de père et mère » figurant dans les textes relatifs à la filiation légitime. Par le fait serait posée la question de son remplacement par celle, asexuée et correspondante, de « parents ».

Il ne s'agit pas d'une subtilité de langage mais bien d'une question importante, dont la solution emporte des applications immédiates et directes.

L'article 343 du Code civil (qui n'avait manifestement pas prévu pareille conséquence au choix de ses termes) autorise l'adoption par « deux époux » et l'enfant adopté par deux hommes ou femmes ainsi mariés serait légitime puisque « l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine ».

Quelle justification pourra-t-il exister à une différence de traitement entre des enfants légitimes ayant les uns des « parents », et les autres des « père et mère », selon qu'ils ont ou non été adoptés (ce dont nul ne peut faire état).

La seule solution juridique serait le remplacement de la notion de « père et mère » par celle de « parents ».

Ce changement de notion aurait pour conséquence que l'article 312 du Code civil devrait être ainsi lu « l'enfant conçu pendant le mariage a pour second parent le conjoint de sa mère », et cela même si ce conjoint est une femme, filiation opposable aux tiers (dont le père biologique).

C'est précisément cette conséquence qui a été expressément refusée par les législations belge et néerlandaise, citées en exemple par les appelants, dont le droit de la filiation a été modifié dans la perspective de l'extension du mariage aux personnes de même sexe.

La loi belge est sans équivoque dans son refus d'ouvrir aux couples homosexuels l'accès à la filiation adoptive ou à la filiation légitime (second paragraphe ajouté à l'article 143 du Code civil) « si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, l'article 314 n'est pas applicable ».

Cette analyse concrète des conséquences, qu'aurait l'extension asexuée des notions de conjoint et de parent non précédée d'une préparation législative, conduit la cour, comme le premier juge, à estimer qu'il ne lui appartient pas de trancher un tel problème de société qui ne peut, dans une démocratie, que faire l'objet d'un débat politique et d'une éventuelle intervention du législateur, et cela dans le cadre de la marge d'appréciation qui lui est expressément reconnue par les textes européens et la jurisprudence.

- *En conclusion* la cour ne découvre dans les textes fondamentaux européens et dans la jurisprudence européenne aucune contradiction avec la législation française interne relative au mariage, laquelle ne concerne que des personnes de sexe différent.

Comme le premier juge, la cour considère que la différence de sexe est une condition de l'existence même du mariage, condition non remplie dans le cas de l'acte relatif à Stéphane C et Bertrand C.

La célébration organisée par eux le 5 juin 2004 devant l'officier d'état civil de Bègles ne peut être considérée comme un mariage.

Ainsi que le soutient le ministre public, l'acte qui en a été dressé n'a pas d'existence juridique et son écriture doit être annulée, avec transcription en marge de l'acte de naissance des intéressés et de l'acte lui-même (...). »

Un pourvoi a été formé contre cette décision que la haute juridiction rejette par l'arrêt ci-dessous reproduit.

Arrêt

La Cour ; - Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Bordeaux, 19 avr. 2005), que, malgré l'opposition notifiée le 27 mai 2004 par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bordeaux, le maire de la commune de Bègles, en sa qualité d'officier d'état civil, a procédé, le 5 juin 2004, au mariage de MM. X... et Y... et l'a transcrit sur les registres de l'état civil ; que cet acte a été annulé, avec mention en marge des actes de naissance des intéressés ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

- Attendu que MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir déclaré recevable l'action du ministère public, alors, selon le moyen :

1/ qu'en vertu de l'article 184 du Code civil, tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué par le ministère public ; qu'aucun de ces textes ne pose comme critère de validité du mariage la différence de sexe des époux ; qu'en déclarant recevable l'action du ministère public, la cour d'appel a violé l'article 184 du Code civil ;

2/ qu'en dehors des cas spécifiés par la loi, le ministère public ne peut agir que pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ; qu'en déclarant recevable l'action du ministère public, sans dire en quoi les faits qui lui étaient soumis, non contraires aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 du Code civil, avaient porté atteinte à l'ordre public, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 423 du nouveau Code de procédure civile ;

- Mais attendu qu'aux termes de l'article 423 du nouveau Code de procédure civile, le ministère

public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ; que la célébration du mariage au mépris de l'opposition du ministère public ouvre à celui-ci une action en contestation de sa validité ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen, pris en ses cinq branches :

- Attendu que MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir annulé l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, avec transcription en marge de cet acte et de leur acte de naissance, alors, selon le moyen :

1/ qu'en retenant que la différence de sexe constitue en droit interne français une condition de l'existence du mariage, cependant que cette condition est étrangère aux articles 75 et 144 du Code civil, que le premier de ces textes n'impose pas de formule sacramentelle à l'échange des consentements des époux faisant référence expressément aux termes « mari et femme », la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2/ qu'il y a atteinte grave à la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle du requérant ; que le droit pour chaque individu d'établir les détails de son identité d'être humain est protégé, y compris le droit pour chacun, indépendamment de son sexe et de son orientation sexuelle, d'avoir libre choix et libre accès au mariage ; - qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3/ que par l'article 12 de la Convention se trouve garanti le droit fondamental de se marier et de fonder une famille ; que le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause ; qu'en excluant les couples de même sexe, que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, de l'institution du mariage, cependant que cette réalité biologique ne saurait en soi passer pour priver ces couples du droit de se marier, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4/ alors que si l'article 12 de la Convention vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier, ces termes n'impliquent pas obligatoirement que les époux soient de sexe différent, sous peine de priver les homosexuels, en toutes circonstances, du droit de se marier ; qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5/ que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'écarte délibérément de celui de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'il garantit le droit de se marier sans référence à l'homme et à la femme ; - qu'en retenant que les couples de même sexe ne seraient pas concernés par l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

- Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Par ces motifs ; Rejette le pourvoi ; (...).

Observations

- 1 Statuant en assemblée plénière de chambre (c'est-à-dire avec l'intégralité des magistrats la composant), la première chambre civile répond avec une grande économie de moyens à la question qui lui était posée : la dualité de sexe est bien l'un des « rochers » sur lesquels s'édifie le mariage à la française. La solution a évidemment été donnée au regard de l'état présent du droit positif. Mais les débats auxquels cette question donne lieu aussi bien dans la société française qu'à l'étranger portent à l'évoquer non seulement *de lege lata* (I), mais aussi *de lege ferenda* (II).

I. - De lege lata

- 2 La Cour de cassation répond sans détour à la question qui lui était posée en l'envisageant tant au regard du droit interne français (A) que du droit européen (B).

A. - Le droit interne

- 3 A se placer sur le terrain du droit civil français, les partisans du mariage homosexuel font valoir qu'aucune disposition du Code civil ne prohibe expressément l'accès au mariage de couples de personnes de même sexe. Partant, à les suivre, en l'absence de toute interdiction, le mariage des couples homosexuels serait permis. A cela, il est habituellement répondu que, si les rédacteurs du Code civil n'ont pas posé cette condition, c'est qu'elle était, pour eux, une évidence. Et de citer la fameuse définition que Portalis donne du mariage : « La société *de l'homme et de la femme* qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ». Aussi bien, si aucun texte du code ne fait de la différence des sexes une condition du mariage, nombreux étaient ceux qui en 1804 portaient la trace de cette conception. C'est ainsi que les articles 212 à 226 du Code Napoléon employaient, à l'époque, vingt fois le mot « mari » et seize fois le mot « femme » (Agostini, *D.* 2004.2394). Et si la distinction des sexes n'apparaît plus, désormais, qu'exceptionnellement dans le code, c'est parce que les termes mari et femme ont été systématiquement éliminés, notamment par la loi du 23 décembre 1985 et par celle du 26 mai 2004, afin de manifester que les deux époux ont désormais les mêmes droits. Comme l'écrit le Doyen Cornu, « ce qui a été fait pour marquer l'égalité des sexes ne doit pas être invoqué (ce serait une pensée perverse) pour faire le lit de l'homosexualité » (Cornu, *La famille*, p. 274, note 40). L'article 75 du Code civil reste, au demeurant, fort clair lorsque décrivant la célébration du mariage par l'officier de l'état civil, il dispose : « il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour *mari et femme* ». Quant aux articles 162 et 163, en prohibant uniquement le mariage entre « le frère et la soeur », « l'oncle et la nièce, la tante et le neveu », ils marquent implicitement mais nécessairement que la différence des sexes est une condition du mariage. Au cas contraire, le mariage, interdit entre frère et soeur, serait permis entre frère et frère ou soeur et soeur ! Aussi bien, est-ce parce que le mariage lui paraissait réservé à l'union de l'homme et de la femme que le législateur a créé le Pacs. Comme le souligne justement le tribunal de Bordeaux dans la présente affaire, « les travaux préparatoires de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacs montrent que, dans l'esprit du législateur, il y avait lieu de donner une existence et une structure juridique au couple homosexuel, le mariage étant réservé à l'homme et à la femme ».

Sans rentrer dans cette discussion, la Cour de cassation se contente d'affirmer comme une vérité d'évidence que « selon la loi française le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ». Reste alors à déterminer la sanction qui frappe le « mariage » célébré entre deux personnes de même sexe : nullité ou inexistance ?

- 4 La notion d'inexistence est d'origine moderne. Etrangère au droit romain et à notre Ancien droit, elle a fait son apparition chez certains auteurs du XIX^e siècle à propos précisément des nullités du mariage. Confrontés à la règle « en matière de mariage, il n'y a pas de nullité sans texte », règle longtemps considérée comme un axiome (voir par ex, Req. 12 nov. 1844, *DP* 1845.1.98, *S.* 1845.1.246), ces auteurs ont créé, à côté des nullités absolues et des nullités relatives du mariage, la catégorie de l'inexistence pour le cas où le Code civil n'a pas prévu la nullité et où cependant il manque de toute évidence un élément nécessaire à la validité (consentement, différence de sexe,

célébration devant un officier de l'état civil) (Aubry et Rau, t.1, 6^e éd., § 37, p. 180 et s. ; Josserand, t.1, n° 139 et s.). Selon ces auteurs, le régime de l'inexistence se différencierait de celui des nullités par trois traits : 1) l'inexistence n'aurait pas besoin d'être prononcée en justice ; 2) elle serait imprescriptible ; 3) alors que l'inefficacité de l'acte serait, en cas de nullité, le produit d'une fiction légale - la rétroactivité -, elle correspondrait, en cas d'inexistence, à la réalité - le néant -. Aussi bien cette inefficacité pourrait-elle être tempérée par la loi ou le juge dans le premier cas, mais non dans le second. Ainsi, en matière de mariage, elle ne pourrait jamais être accompagnée du bénéfice de la putativité, celui-ci supposant un minimum d'apparence par hypothèse exclue.

La distinction de la nullité et de l'inexistence a été vivement critiquée par la doctrine française dès le début du XX^e siècle, celle-ci reprochant à la notion d'inexistence d'être incertaine et inutile (Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909). En matière de mariage, et malgré quelques décisions divergentes des cours d'appel, la Cour de cassation s'est toujours montrée très réticente face à la notion d'inexistence (Terré et Fenouillet, *Les personnes, la famille et les incapacités*, n° 416 et s.). Ainsi, elle a assimilé l'absence de consentement au vice du consentement sanctionné par une simple nullité relative ne pouvant être invoquée que par l'intéressé lui-même (Civ. 9 nov. 1887, *D.* 1888.1.161, note Poncet, *S.* 1887.1.416) ; nullité relative que la loi du 19 févr. 1933 modifiant l'article 184 du Code civil a transformé en un cas de nullité absolue. C'est encore une nullité absolue que la Cour de cassation a retenue pour sanctionner l'absence de célébration devant l'officier de l'état civil (Civ. 30 juill. 1900, *DP* 1901.1.317, *S.* 1902.1.225, note A. Wahl). S'agissant de la différence de sexe, la Cour de cassation a paru prête à consacrer la notion d'inexistence, dans les motifs d'un arrêt du 6 avril 1903 (*DP* 1903.1.395, concl. Baudouin). Elle a, en effet, posé que l'*existence* d'un mariage est subordonnée à la condition que le sexe soit reconnaissable et qu'il diffère du sexe de l'autre ; mais dans l'espèce, il s'agissait de simples malformations qui furent jugées insuffisantes à justifier le prononcé de la nullité. Aussi bien cette dernière situation serait-elle traitée aujourd'hui comme un cas de nullité relative, l'incapacité sexuelle pouvant être prise en compte au titre de l'erreur sur les qualités essentielles (*infra*, n° 33).

En la circonstance, la Cour de Bordeaux fondant sa solution sur la nature même du mariage s'est prononcée pour l'inexistence. La différence des sexes étant, pour cette juridiction, une condition de l'existence du mariage, « l'acte » dressé par le maire de Bègles n'a pas d'existence juridique. Il avait été souligné à l'époque par certains commentateurs que quelques-unes des conséquences prêtées à l'inexistence pourraient à l'avenir se révéler particulièrement intéressantes, si d'aventure ce genre de célébration devait se multiplier, l'inexistence permettant, sans limite de temps, d'invalider tout mariage homosexuel dont la nullité n'aurait pas été demandée et d'anéantir rétroactivement l'ensemble de ses effets (Lemouland, note *D.*2004.2966 ; M. Azavant, *Dr. fam.* 2005, n° 124). Se conformant à sa ligne jurisprudentielle traditionnelle, la Cour de cassation préfère, comme les premiers juges, raisonner en termes de nullité absolue. Elle confirme ainsi qu'il peut exister en matière de mariage des nullités virtuelles. La notion d'inexistence n'a, au demeurant, guère le « vent en poupe » puisque la haute juridiction vient de l'écarter dans le seul domaine où elle l'avait explicitement admise (Req. 30 déc. 1902, *DP* 1903.1.135, note Glasson, *S.* 1903.1.257, note A. Tissier), celui de la procédure civile (Ch. mixte 7 juill. 2006, *JCP* 2006.II.10146, note Putman).

Le ministère public qui a le pouvoir d'agir pour la défense de l'ordre public, a qualité pour demander la nullité du mariage contracté entre personnes de même sexe. De manière surprenante, la Cour de cassation a déduit l'existence d'une atteinte à l'ordre

public du fait qu'il a été procédé à la célébration du mariage malgré l'opposition du ministère public et non de ce que le mariage était intervenu entre personnes de même sexe (v. *supra*, n° 14-15, § 11).

B. - Le droit européen

- 5 Les couples homosexuels tentent de concrétiser leur aspiration au mariage en se fondant sur trois articles de la Convention européenne des droits de l'homme - l'article 12 qui consacre le droit au mariage, l'article 8 qui garantit le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale, l'article 14 qui prohibe toute forme de discrimination -, ainsi que sur l'article 9 de la charte de l'Union européenne, qui réaffirme le droit de se marier et de fonder une famille sans faire mention de la différence des sexes, afin de laisser la porte ouverte au mariage homosexuel.

S'agissant de ce dernier instrument, la Cour de cassation rappelle qu'il n'a pas de force obligatoire. Et de fait, adopté par le Conseil le 7 décembre 2000 à Nice, il a été intégré dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, lequel, faute de ratification, est dépourvu de force juridique contraignante. Au surplus, à supposer que cette force lui soit un jour reconnue, il n'implique nullement pour les Etats l'obligation de consacrer le mariage homosexuel. Comme on l'a justement relevé, « une chose est de permettre aux Etats qui le souhaitent de consacrer de telles unions, une autre d'imposer aux Etats membres de changer de législation » (H. Fulchiron, *D.* 2007.1376).

Quant à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation rappelle que la définition que le droit français donne du mariage n'est pas contraire aux exigences de celle-ci. Elle entérine ainsi les analyses des juges du fond qui avaient repoussé l'exception d'inconventionnalité soulevée à l'encontre d'une législation faisant de la différence de sexe une condition du mariage.

A rappeler les grandes lignes de cette démonstration, on soulignera d'abord que la Cour de Strasbourg refuse en principe d'accorder le bénéfice de l'article 12 aux couples de même sexe. Elle considère, en effet, que cette disposition vise le mariage entre personnes de sexe biologique opposé (CEDH 17 oct. 1986, *JDI* 1987.796, note P. Rolland ; v. aussi CJCE 31 mai 2001, *D.* 2001.3380, note Nourissat et Devers). On s'est cependant demandé si cette solution n'était pas remise en cause par l'arrêt *Goodwin* affirmant le droit au mariage du transsexuel (CEDH, 11 juill. 2002, *D.*2003.2032, note A.-S. Chavent-Leclère, *Jurisprudence de la CEDH*, 10^e éd., par V. Berger, n° 200 ; voir aussi CJCE 7 janv. 2004, *Dr. fam.* 2004, n° 62, note A. Gouttenoire). Pour certains, la cour aurait, en effet, ainsi montré sa volonté d'abandonner toute référence à l'homme et à la femme en matière de mariage, ce qui ne pourrait que conduire à terme à la reconnaissance du mariage homosexuel (C. Mecary, « Vers l'ouverture du mariage civil et républicain aux couples de personnes de même sexe ? », *AJ fam.* 2004.267). En réalité, la Cour de Strasbourg considère simplement dans cette décision que retenir le seul sexe enregistré au moment de la naissance prive le transsexuel de la possibilité de se marier. Elle ne sanctionne donc que le fait de refuser de prendre en compte la nouvelle identité sexuelle. En revanche, elle ne remet pas en cause la condition de différence des sexes. Une fois le changement opéré, le transsexuel ne peut se marier qu'avec un individu du sexe opposé, c'est-à-dire de son ancien sexe. Il est vrai que si ces personnes sont alors juridiquement de sexe différent, elles sont biologiquement de même sexe (sauf à ce que le transsexuel épouse un autre transsexuel qui a suivi le cheminement inverse).

S'agissant des articles 8 et 14, il est bien établi, comme l'avait noté le tribunal de Bordeaux, qu'une différence de traitement ne constitue pas une discrimination, « lorsqu'il existe une justification objective et raisonnable, qui poursuit un but légitime

dans une société démocratique et qui respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». En l'espèce, les juges du fond avaient estimé que la conception traditionnelle du mariage, acte fondateur de la famille, qui reste celle de la plupart des pays européens était de nature à fournir la justification objective et raisonnable requise. Et de fait, « le couple homosexuel ne porte pas en lui d'espoir de procréation ». L'enfant n'est pour lui concevable qu'au moyen du « recours à un tiers, à la science et aux fictions du droit » lesquels débouchent sur une parenté qui n'est qu'« artifice » (H. Fulchiron, obs. préc.). Pour établir le rapport raisonnable de proportionnalité, on peut faire valoir, d'une part, que le refus du mariage homosexuel est nécessaire pour assurer la défense de la conception traditionnelle du mariage, d'autre part, que la loi française prévoit, pour les couples homosexuels, avec le Pacs, une autre forme de reconnaissance sociale et juridique.

Reste à savoir si cette conception se maintiendra dans l'avenir.

II. - *De lege ferenda*

6 Il est peu probable que la décision ci-dessus reproduite désarme les revendications des groupes qui militent pour une ouverture du mariage aux personnes de même sexe. Aussi n'est-il pas inutile de s'interroger sur le caractère pérenne de la solution ainsi posée.

A l'appui du maintien de celle-ci, on fera valoir qu'elle est consubstantielle à la conception même du mariage. Acte fondateur de la famille, celui-ci est le moyen institutionnel que prévoit le Code civil pour « discipliner le désordre naturel de la sexualité et de la procréation » (M. Azavant, *L'ordre public et l'état des personnes*, thèse Pau, 2002). En échangeant leurs consentements, les époux souscrivent un certain nombre d'engagements l'un envers l'autre, mais aussi et surtout envers ceux auxquels ils vont donner naissance. Ils acceptent, en effet, par avance les enfants qui en naîtront et promettent de les élever et de les éduquer. Comme le souligne le doyen Carbonnier, « le coeur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité » (J. Carbonnier, *Droit civil, la famille*, t.2, 21^e éd., p. 480 et s.), qui permet de donner un père aux enfants et d'assigner à chacun sa place généalogique. La notion d'institution traditionnellement utilisée pour caractériser le mariage traduit le dépassement de l'intérêt individuel des époux et la dimension d'intérêt social dont se trouve investi le mariage. Dans cette conception, puisque le mariage implique la filiation, la différence des sexes est inscrite au coeur même de celui-ci ; elle en constitue un élément essentiel et non une simple modalité. Partant, pas plus demain qu'hier, il ne saurait être question d'admettre le mariage de conjoints de même sexe.

7 A l'encontre d'une telle analyse, certains soulignent que le mariage civil a changé de nature. Coupé de ses racines canoniques, il serait « devenu étranger à lui-même » (R. Libchaber, « La notion de mariage civil », *Mélanges Ph. Jestaz*, 2006, p. 327). « Fondé sur l'amour et la sexualité plutôt que sur la procréation, destiné à l'organisation d'une vie matérielle qui durera autant qu'il plaira à chacun, indifférent à une quelconque sexualisation des rôles respectifs », le mariage ne serait plus selon cette analyse qu'« un des modes d'être de la vie à deux », en sorte que rien n'obligerait à le réserver aux seuls hétérosexuels. Une telle analyse trouve un puissant renfort dans les transformations que l'ordonnance du 4 juillet 2005 a apporté au droit de la filiation. En supprimant la notion même de filiation légitime, en banalisant la présomption de paternité, les auteurs de l'ordonnance de 2005 ont sinon rompu, du moins distendu, « l'affinité profonde entre mariage et filiation ». Celui-ci est ainsi privé de sa valeur symbolique de modèle au point que les citoyens risquent de perdre jusqu'à la

perception de l'utilité d'une famille structurée par le mariage pour la procréation et l'éducation des enfants (Y. Lequette, « Observations sur le nominalisme législatif en matière de filiation », *Mélanges G. Viney* 2007). Aussi bien certains auteurs, tirant les conséquences de ce mouvement, développent-ils une nouvelle représentation de la famille dont la pierre fondatrice devient la filiation « plénière » (D. Fenouillet, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », *Mélanges F. Terré* 1999, p. 509 et s., sp. 516 ; F. Dekeuwer-Defossez, *Rénover le droit de la famille*, 1999, p. 31). Apparaissant « comme un lien vertical autonome qui s'enracine dans le passé et plonge dans le futur, lien invariable dans sa substance, selon les relations des auteurs de l'enfant et dépendant exclusivement par essence des relations verticales effectives instituées entre l'enfant et chacun de ses auteurs », la filiation tient en respect, voire évince les autres mécanismes familiaux tel le mariage, lequel détaché de la procréation perd son caractère d'acte fondateur d'une famille et a pour seul objet l'organisation de la vie du couple. Devenu une « simple union personnelle et patrimoniale entre deux personnes, à finalité de reconnaissance sociale », sans perspective particulière de procréation, le mariage pourrait alors être ouvert aux homosexuels (V. Larribau-Terneyre, *Dr. fam.* 2004, n° 140, p. 24). Mais il ne devrait, en ce cas, en bonne logique, pas être accompagné des moyens - adoption, PMA - permettant aux couples de se doter d'une descendance, puisque ce qui, dans cette conception, rend possible le mariage homosexuel exclut qu'il reçoive un prolongement générationnel, lequel relève alors d'un autre problème, celui de l'homoparentalité (*infra*, n° 53-55). Mais, comme on l'a justement souligné, « il est frappant de constater que la revendication de la filiation suit, quand elle ne l'accompagne pas, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, renouant ainsi les liens que l'on prétendait obsolètes, entre mariage et parenté » (Fulchiron, obs. préc.).

8 Derrière ce débat, s'en profile un autre relatif à l'intérêt de la société, à son avenir et à la perpétuation de l'espèce. La revendication du mariage homosexuel est, en effet, révélatrice d'un droit de la famille entièrement assujéti aux droits et libertés individuelles, dans lequel la conception sociale et institutionnelle du mariage doit céder la place à la satisfaction des pulsions de chacun. Mais on se gardera ici d'évoquer ces problèmes plus avant. On sait, en effet, que, jamais à court de sottises, la droite parlementaire a voté, malgré l'avis contraire, en date du 18 novembre 2004, de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, une loi du 30 décembre 2004 incriminant l'homophobie. En vertu de cette loi, la Cour d'appel de Douai a condamné pénalement le 18 mai 2007 un député français qui s'était permis de déclarer, dans un journal, qu'il existe un modèle social constitué par le mariage hétérosexuel et que l'homosexualité est inférieure à l'hétérosexualité en ce qu'elle ne permet pas la perpétuation de l'espèce humaine. Il est symptomatique de constater que dans une société où l'on ne cesse de célébrer, article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme oblige, la liberté d'expression, il y a place pour de nouvelles affaires Calas, le lobby homosexuel tenant désormais le rôle du grand inquisiteur. Il reste à espérer que celui-ci trouvera un jour son Voltaire.

9 En guise de conclusion, on soulignera qu'une telle question relève naturellement, comme l'ont souligné les magistrats dans cette affaire, de la compétence du législateur et non de celle du juge qui ne saurait s'arroger le pouvoir de redéfinir le mariage. Il faut espérer que la Cour de Strasbourg ne cherchera pas dans l'avenir à imposer aux Etats une nouvelle conception du mariage en prenant prétexte des changements intervenus dans certaines législations (Loi néerlandaise du 1^{er} avr. 2001 ; loi belge du 13 février 2003, etc.). Comme on l'a justement relevé « le pire n'est jamais exclu avec la Cour européenne » (M. Azavant, *Dr. fam.*, n° 76, p. 32). Il est néanmoins permis de se demander si la Cour de cassation n'a pas déjà dressé un môle de résistance au cas

où ce « pire » se produirait. En utilisant le mot « principe » pour viser la règle qu'elle énonce n'a-t-elle pas voulu marquer qu'il s'agit là d'un principe fondamental des lois de la république, à valeur constitutionnelle ? Or, comme chacun sait, la Constitution est, dans l'ordre interne, supérieure aux traités (v. *supra*, n° 1).

Fin du document