

[Le mariage pour tous au nom de l'ordre public international de proximité !](#)

[FAITS ET PROCÉDURE](#)

[SOLUTION](#)

ANALYSE I – L'ordre public convoqué

ANALYSE II – L'ordre public dévoyé

Revue Juridique Personnes et Famille, N° 2, 1er février 2015

- Le mariage pour tous au nom de l'ordre public international de proximité !

Mariage Droit international privé Conflit de lois Convention internationale Ordre public

Julien DUBARRY

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membre de l'Institut européen du droit (ELI)

[Cass. 1re civ., 28 janv. 2015, no 13-50.059, P+B+R+I(L'auteur remercie Me Pauline Corlay, avocat aux Conseils, pour la communication de l'avis de l'avocat général et du rapport.)]

FAITS ET PROCÉDURE

Deux hommes dont l'un de nationalité française et l'autre de nationalité marocaine, souhaitaient convoler en justes noces. Afin de faire célébrer leur union, il leur fallait passer devant l'officier d'état civil de la commune savoyarde où ils étaient domiciliés. Le ministère public s'est néanmoins opposé à ce mariage. Dans la mesure où la loi marocaine fait de la différence de sexe des futurs époux une condition de fond du mariage, il estimait qu'en prévoyant notamment en son article 5 que les conditions de fond du mariage de même que les empêchements sont régis pour chacun des futurs époux par la loi dont il a la nationalité, la convention franco-marocaine du 10 août 1981 s'opposait, en vertu de l'article 55 de la Constitution consacrant la supériorité des conventions internationales sur les lois, à

l'application de l'article 202-1 du Code civil selon lequel « 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'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

Les futurs mariés ont alors saisi le tribunal de grande instance de Chambéry qui a ordonné la mainlevée de l'opposition. Sur appel du ministère public, la cour d'appel de Chambéry a confirmé le jugement, mais avec une motivation quelque peu différente. Les seconds juges ont en effet décidé d'« écarte[r] l'application de la convention franco-marocaine au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013, et en conséquence ne reconnaît pas en l'espèce une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes » (1) . Prise au pied de la lettre, cette motivation laisse penser que le juge tient l'article 55 de la Constitution pour facultatif et qu'il peut décider de ne pas l'appliquer au nom de principes dont il dessine les contours. C'est ce qui a motivé le pourvoi en cassation du ministère public.

Le premier moyen était purement procédural : en écartant en l'espèce l'application d'une convention internationale tout en reconnaissant un principe « habituel » de primauté des traités sur les lois, l'arrêt d'appel aurait été entaché d'une contradiction de motifs qui serait incompatible avec les exigences de l'article 455 du Code de procédure civile. Le second moyen était divisé en deux branches qui reprochaient à l'arrêt d'avoir écarté une convention internationale au profit de l'application d'une disposition de la loi française en violation de l'article 55 de la Constitution (1^{re} branche) ou à tout le moins de l'article 3 du Code civil et des « principes du droit international privé » (2^e branche) dans la mesure où les dispositions de la convention franco-marocaine ne seraient pas incompatibles avec la conception française de l'ordre public international.

SOLUTION

La Cour de cassation a déclaré le premier moyen irrecevable en jugeant que le motif de droit critiqué ne pouvait constituer l'un des termes d'une contradiction de motifs donnant ouverture à cassation. Ce faisant, la Cour de cassation rappelle qu'il faut distinguer, dans les contradictions de motifs, celles qui concernent deux motifs de pur fait donnant ouverture à cassation de celles impliquant au moins un motif de droit qui ne relèvent pas des exigences de l'article 455 du Code de procédure civile mais plus généralement de la violation de la loi (2) . On comprend dès lors pourquoi le second moyen a seul retenu l'attention de la Haute juridiction.

Même si le pourvoi est rejeté dans son entier, la Cour de cassation n'approuve pas la motivation de l'arrêt d'appel, puisqu'elle procède par substitution de motifs. La Haute juridiction raisonne en deux temps. Elle constate dans un premier temps que si l'article 5 de la Convention franco-marocaine prévoit que les conditions de fond, tels les empêchements, sont régies par la loi nationale de chacun des deux époux, l'article 4 prévoit expressément que la loi désignée par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est « manifestement incompatible avec l'ordre public ». Faisant application de cette réserve d'ordre public, elle estime dans un second temps que la loi marocaine désignée par la Convention – puisqu'un des prétendants au mariage était de nationalité marocaine – était « contraire à l'ordre public dès lors que pour au moins l'une d'entre elles, soit la loi personnelle soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

ANALYSE

À première lecture, le raisonnement tenu par la Cour de cassation semble rigoureux. Il précise notamment que c'est la loi étrangère qui est évincée et non la convention internationale ainsi que l'avait maladroitement admis la cour d'appel, ce qui paraît plus respectueux de la supériorité des engagements internationaux surtout lorsque l'éviction se fait par le truchement de la réserve d'ordre public contenue dans la convention internationale elle-même (3) . Néanmoins la contrariété à l'ordre public n'est pas absolue selon la Cour de cassation, puisqu'elle n'est avérée que si la loi nationale de l'un des prétendants ou la loi de l'État dans lequel ceux-ci résident ou sont domiciliés permet le mariage entre personnes de même sexe. L'ordre public utilisé pour évincer la loi marocaine, que la Cour de cassation ne qualifie d'ailleurs pas, est ainsi teinté de relativité, voire de proximité si l'on se rappelle que les deux prétendants au mariage étaient domiciliés en France – même si la règle posée par la Cour de cassation est à cet égard formellement neutre. La Haute juridiction a ainsi déplacé la question qui lui était posée. En rectifiant formellement le raisonnement fondé sur la hiérarchie des normes, elle s'aventure dans un maniement hasardeux des notions de droit international privé. Si l'ordre public est au centre de la solution retenue (I) il apparaît sous des traits inhabituels qui confinent à l'instrumentalisation (II).

I – L'ordre public convoqué

Orthodoxie initiale - En principe l'article 202-1, alinéa 1er, du Code civil conduit à apprécier les conditions de fond du mariage pour chaque « candidat » selon sa loi

personnelle. Néanmoins, certaines conditions de fond, comme la possibilité ou non d'épouser une personne du même sexe, intéressent le statut personnel de l'autre « candidat » et l'application distributive des lois nationales s'avère alors impraticable (4) de sorte que ce principe est écarté au profit d'une application cumulative : le mariage sera valable à condition qu'aucune des deux lois nationales ne s'y oppose. Or raisonner ainsi n'aurait permis que des mariages entre personnes de même sexe ressortissant d'États qui conçoivent ainsi le mariage. Afin de ne pas restreindre autant la liberté matrimoniale d'un Français souhaitant se marier avec un ressortissant d'un État dont la loi ne permet pas ce type de mariage, le droit français a, par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 (JO 18 mai), rompu avec l'application cumulative en introduisant un alinéa 2 à l'article 202-1 aux termes duquel « *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'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ». En application de cette règle de conflit du droit français, rien n'aurait donc pu s'opposer à la possibilité de l'union d'un français et d'un marocain en Savoie.

La particularité de l'espèce tient au fait qu'il existe une convention internationale liant la France et le Maroc traitant particulièrement des unions franco-marocaines et rappelant le principe de l'application cumulative des lois, notamment pour la condition d'altérité sexuelle, son absence étant considérée par la loi marocaine comme un empêchement bilatéral. L'article 55 de la Constitution conduit ainsi à privilégier cette règle de conflit de lois à la règle interne en présence d'un projet d'union franco-marocaine. Néanmoins, la Convention elle-même prévoyant que la loi qu'elle désigne (en l'espèce la loi personnelle de chaque prétendant) puisse être écartée si elle est manifestement contraire à l'ordre public, on peut estimer que l'éviction de la loi marocaine ne heurte pas les exigences constitutionnelles dans la mesure où elle remplit cette condition (5) .

Pierre d'achoppement - Pour savoir si tel est le cas, il convient de se demander si la possibilité d'un mariage entre personnes de même sexe fait partie de cet ordre public justifiant l'éviction de la loi étrangère (6) . Il faut d'abord remarquer que la réserve conventionnelle ne se trouve pas à l'article relatif aux conditions de fond du mariage mais à l'article précédent figurant au sein des « dispositions générales » de la convention. Formellement, on comprend donc que cette hypothèse n'est pas spécialement visée – même si les conditions de fond étaient seules considérées, la réserve pourrait s'appliquer à d'autres hypothèses comme à l'éviction d'une loi permettant de se marier à un âge très bas

dans un but de protection des mineurs. Plus spécialement, si on fait un instant droit à l'hypothèse selon laquelle l'ordre public d'éviction dont il est question peut résulter d'une politique législative particulièrement importante aux yeux de l'État cosignataire, il faut se demander si l'État en question n'a pas réservé un sort particulier aux situations appréhendées par des traités bilatéraux, ces situations pouvant être considérées comme spécifiques notamment en raison de relations diplomatiques plus étroites qu'avec d'autres États. Dans l'affirmative, la réserve d'ordre public ne devrait pas s'appliquer et la convention devrait s'imposer.

À cet égard l'élaboration de l'article 202-1, alinéa 2, du Code civil est éloquente. Dans le projet de loi, une incise précisait que la règle de conflit ainsi formulée devait s'appliquer « *sous réserve des engagements internationaux de la France* », et cette exigence n'a été abandonnée dans la version définitive qu'en raison d'une redondance prétendue avec l'article 55 de la Constitution (7) . La circulaire du 29 mai 2013 (8) n'a rien fait d'autre que le rappeler expressément : « *les conventions ayant une valeur supérieure à la loi, elles devront être appliquées dans le cas d'un mariage impliquant un ou deux ressortissants des pays avec lesquels ces conventions ont été conclues* », ce dont il est tiré comme conséquence « *qu'en l'état du droit et de la jurisprudence, la loi personnelle ne pourra être écartée pour les ressortissants de ces pays* ». Puisqu'il s'agit d'appliquer les conventions internationales et que la volonté d'appliquer dans ces cas la loi personnelle étrangère prohibitive est néanmoins affichée, c'est bien que le législateur comme l'auteur de la circulaire n'ont pas considéré que le mariage entre personnes de même sexe relevait de l'ordre public international, qui est une limite générale à l'application de la loi étrangère bien connue de tous (9) . Ce constat vaut à plus forte raison lorsque la réserve est expresse dans la Convention, comme en l'espèce, puisque ici l'intégration de ce nouveau principe dans l'ordre public international aurait permis une éviction de la loi étrangère par application de la convention (10) . Or dans l'esprit du législateur comme dans celui du gouvernement, l'application de la convention visait à appliquer la loi personnelle prohibitive.

Malaise méthodologique - Dès lors qu'on est en présence d'une position explicite du gouvernement français quant à la portée de ces engagements diplomatiques et que cette appréciation est de surcroît confirmée par les travaux préparatoires du texte interne dont l'application est discutée, il pourra paraître suspect de contourner l'expression de ces volontés concordantes en choisissant de procéder non par déduction, mais par induction à

partir de l'importance donnée, en droit interne, à ce mariage d'un nouveau genre. Nombre d'auteurs ont en effet encouragé le recours à l'exception d'ordre public international en montrant que le législateur français avait entendu ériger le mariage entre personnes de même sexe au rang de principe essentiel du droit français (11) . On ne peut que s'accorder avec le constat ainsi dressé. Pourtant il n'est pas certain qu'il suffise à faire « remonter » le choix français en faveur du mariage des personnes de même sexe dans l'ordre public international.

La lecture de l'attendu de l'arrêt annoté ne permet en tout cas pas de l'affirmer. Si l'importance, voire le rayonnement international, qu'ont voulu donner la règle de faveur de l'article 202-1, alinéa 2, et celle de l'article 179-1 du Code civil permettaient au mariage pour tous d'intégrer la conception française de l'ordre public international, alors celui-ci devrait produire ses effets habituels, c'est-à-dire une éviction sans nuance de la loi étrangère au profit d'une application subsidiaire de la loi du for (12) . Or, en précisant que la loi marocaine n'est contraire à l'ordre public que dès lors qu'une loi permissive – et pas forcément la loi du for – présenterait un certain lien avec la situation, la Haute juridiction laisse entendre que la contrariété à l'ordre public d'une loi prohibitive dépendra de l'existence d'une loi permissive plus ou moins étroitement rattachée à la situation. Ce n'est donc pas spécialement la défense d'une politique législative d'ensemble particulièrement importante de l'ordre juridique du for qui est poursuivie (13) , mais le rayonnement d'une valeur considérée comme particulièrement importante par le for saisi. En outre – et ce n'est pas sans lien avec la relativité de l'ordre public tel que conçu en l'espèce par la Cour de cassation – on ne reconnaît pas vraiment la vocation subsidiaire de la loi du for, qui interviendrait par réflexe à une conséquence inadmissible pour le for saisi de la mise en œuvre de la règle de conflit. La valeur exprimée par cette règle – et peut-être pas la règle elle-même prise comme élément technique de l'ordre juridique du for à en croire l'absence de référence à la *lex fori* – paraît s'imposer dès lors qu'une des deux lois nationales, la loi du domicile ou de la résidence est permissive. On remarque en effet que l'identification de la contrariété à l'ordre public international se fait par les mêmes critères que ceux posés à l'article 202-1 du Code civil : une loi prohibitive applicable en vertu d'une convention internationale est contraire à l'ordre public international dès lors que l'article 202-1 du Code civil, pris isolément, rendrait possible un tel mariage... Certes, l'unilatéralisme est moins flagrant que dans l'article 309 du Code civil, par exemple, mais ce n'est qu'un trompe-l'œil. Il s'agissait simplement de reconnaître ou non la possibilité même d'un mariage entre

personnes de même sexe et en cela, la référence à une *lex validationis* suffisait – pour les autres conditions du mariage, les lois nationales respectives retrouveront vocation à s’appliquer. Il n’en reste pas moins qu’au fond, le but poursuivi était d’imposer une certaine vision du mariage et de faire triompher la possibilité d’un tel mariage dans les conditions de l’article 202-1, alinéa 2.

Par la détermination généreuse de son contenu, l’ordre public ainsi convoqué se trouve dévoyé : sa fonction d’éviction passe au second plan pour servir avant tout à imposer la conception française du mariage. Un tel procédé ne peut, juridiquement et diplomatiquement, qu’être difficilement cautionné.

II – L’ordre public dévoyé

Méthodes de détermination - Le recours à l’ordre public international d’éviction prôné par la doctrine, dont on retrouve une trace dans l’arrêt analysé sans toutefois vraiment l’y reconnaître, repose sur la qualité de « *principe essentiel du droit français* » attribué à l’ouverture du mariage à deux personnes de même sexe. Et il faut avouer que, s’il lui est possible de faire accéder automatiquement tous les principes essentiels du droit français dans l’ordre public international, le juge pourra servir une politique de bonapartisme juridique dans la mise en œuvre du droit international privé que tous les États concernés ne goûteront peut-être pas. La question est alors de savoir comment déterminer le contenu de l’ordre public international. Le vénérable arrêt *Lautour* voulait y intégrer les « *principes de justice universelle considérés dans l’opinion française comme doués de valeur internationale absolue* » (14) . Mais ce n’est pas le seul enseignement de cette décision. Les défenseurs y arguaient du caractère impératif de la disposition française telle que considérée en droit interne, ce à quoi la Cour de cassation avait déjà à l’époque répondu que cette impérativité était indifférente « *sous la seule réserve* » des principes de justice universelle mentionnée. Il faut donc en déduire que toute disposition impérative interne n’accède pas, par sa seule qualité, à l’ordre public international (15) . Ainsi l’expression souvent utilisée de « *conception française de l’ordre public international* » (16) est trompeuse car si elle incite à relativiser l’objectivité et la fixité de cet ordre public international en lui reconnaissant implicitement un caractère évolutif, elle ne doit pas conduire à transposer purement et simplement les conceptions internes, glissement qui est consommé par la sémantique lorsque l’ordre public international est défini par les « *principes essentiels du droit français* » (17) . Cette expression conduit à apprécier, par seule référence au droit interne, ce qui est essentiel pour le faire accéder à l’ordre public

international alors que la conception d'origine commandait de vérifier que le principe en cause était largement partagé dans la communauté internationale avant de le faire accéder au statut suprême servant de support à une éviction de la norme étrangère. La référence d'appréciation change : dans un cas, le caractère essentiel est apprécié au regard du droit français, dans l'autre, le caractère partagé du principe est apprécié avec plus de hauteur, en prenant en compte les principes qui peuvent valoir ailleurs (18) .

Référentiel de détermination - La technique juridique comme le contexte politique invitaient ici, malgré la présence d'une règle de conflit à coloration matérielle (19) , à faire abstraction des considérations purement internes. La doctrine a en effet remarqué l'avènement d'un « *ordre public des droits fondamentaux assurant désormais la protection de l'individu* » (20) et c'est incontestablement dans cette perspective qu'a entendu s'inscrire la Cour de cassation. Le communiqué relatif à l'arrêt commenté énonce expressément en *incipit* que « *le mariage entre personnes de même sexe est une liberté fondamentale* ». Le débat est donc d'emblée placé sur le terrain des droits fondamentaux, même si l'arrêt n'en souffle mot. Mais pour aussi fondamentaux qu'ils soient, ces droits doiventils accéder automatiquement à l'ordre public international ? L'admettre serait étonnant même après la présente décision dès lors que la Cour de cassation elle-même ne protège ce droit fondamental qu'à la condition de la proximité avec la situation d'un ordre juridique validant un mariage. Surtout, répondre par l'affirmative serait faire bien peu de cas de l'internationalisation des droits de l'Homme. La convention internationale étant l'instrument de réalisation du consensus entre États par excellence, il est étonnant de concevoir l'« *ordre public international des droits fondamentaux* » sans interroger les valeurs qu'elles expriment comme partagées par ses signataires. Ces conventions, en particulier lorsqu'il existe une juridiction pour en sanctionner l'application, pourraient révéler une conception consensuelle dans un certain espace géographique ou pour un certain nombre d'États qui justifierait que, lorsque le juge saisi la partage, elle accède à l'ordre public international. La référence à un « *ordre public réellement international* » (21) permettrait ainsi de détacher la détermination de l'ordre public international d'une appréhension trop « interniste » de la situation en lui restituant sa signification initiale (22) .

Quelle devrait être alors la conception française de l'ordre public international ? Elle devrait essentiellement être guidée en matière des droits de l'Homme, par les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés

fondamentales telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'Homme (23) . Or, qu'en ressort-il ? L'arrêt *Schalk et Kopf contre Autriche* avait refusé, en l'absence de consensus des États parties, de considérer qu'une législation refusant d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe était contraire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme, cette possibilité ressortissant à la marge d'appréciation des États dans la mesure où « *le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre* » (24) . Le juge français ayant une conception du mariage qui n'est pas encore partagée comme liberté fondamentale dans l'ensemble des États parties à la Convention européenne des droits de l'Homme, il aurait dû, sauf à assumer un néocolonialisme culturel, s'abstenir de faire produire à la conception interne – d'ailleurs issue d'une seule loi récente (25) – un effet répulsif d'une loi prohibitive (26) .

Recours à l'ordre public de proximité ? - Peut-être cette absence de mise en œuvre du mécanisme d'éviction aurait été la meilleure solution pour atteindre le résultat souhaité. Cela aurait permis à la Cour de cassation de recourir à l'ordre public de proximité. Il est indéniable qu'une certaine idée de proximité inspire la solution mais on ne sait trop laquelle si on compare le communiqué et le texte même de l'arrêt. Le communiqué, toujours en son *incipit*, précise que la solution de la Cour de cassation doit se comprendre en ce sens qu'une convention internationale ne peut faire obstacle au mariage entre personnes de même sexe « *si le futur époux a un lien de rattachement avec la France, tel que son domicile* ». Dans ce document établi par le service de documentation, d'étude et du rapport de la Cour de cassation (SDER), il est ainsi fait état d'une proximité territoriale qui, dans l'arrêt *Itturalde de Pedro*, avait pu conduire à déclarer la loi étrangère contraire à la « *conception française actuelle de l'ordre public international* » et à préconiser l'application de la loi française (27) alors même que la loi étrangère n'était pas considérée, par principe, comme contraire à l'ordre public (28) . On aurait donc pu, par analogie, estimer que la loi marocaine n'était pas intrinsèquement contraire à l'ordre public international mais que le domicile français des prétendants commandait l'application de la loi française. Une telle construction aurait largement suffi au rejet du pourvoi.

Si on prend au sérieux la lettre de l'arrêt, le raisonnement de la Cour de cassation ne peut cependant pas être expliqué par l'ordre public de proximité tel qu'entendu classiquement puisque la loi marocaine est dans un premier temps déclarée contraire à l'ordre public évoqué à la convention franco-marocaine, qui diplomatiquement ne peut être entendu au

sens d'ordre public de proximité. Cet argument pourra être discuté par ceux qui estiment que l'ordre public de proximité joue, comme l'ordre public plein mais avec moins d'intensité, un rôle d'éviction (29) . De surcroît – et cet argument devrait rallier davantage de suffrages – ce ne sont pas des considérations de proximité territoriale qui justifient la prévalence de la conception du for sur celle de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, mais la proximité d'une loi permissive, c'est-à-dire d'un intérêt convergeant avec celui du for. Certes, l'ordre public de proximité peut permettre d'assurer « *la défense de valeurs jugées primordiales dans la vie sociale* » (30) , mais imposer ses valeurs en l'absence de tout rattachement physique avec le territoire du for saisi relève plus de la croisade que de la défense – il en eût été autrement si le rattachement n'était pas celui d'une *lex validationis* mais de l'établissement du domicile ou de la résidence en France (31) .

Conclusion – On le comprend bien, la solution retenue en l'espèce est moins critiquable par le résultat auquel elle a conduit en l'espèce que par la formulation retenue qui ne renvoie à aucun canon méthodologique classique du droit international privé. Qui veut raisonner en terme d'ordre public international n'y trouve pas davantage son compte que celui qui emprunterait la voie de l'ordre public de proximité et la tentation est alors grande de dénoncer, au travers de l'avènement d'un nouvel « ordre public international de proximité », une certaine fongibilité des différents ordres publics. Quant à la logique de l'*Inlandsbeziehung* conçue comme un « *facteur subsidiaire de rattachement* » (32) , elle affleure à condition de voir dans le seul fait qu'une loi étrangère partage une valeur de la loi du for un lien suffisant avec son ordre juridique. Mais il faudrait alors aller au bout de la logique unilatéraliste en indiquant clairement que la disposition de l'article 202-1, alinéa 2, du Code civil permet de célébrer en France une union entre personnes de même sexe dès lors que la loi nationale de l'un des prétendants, la loi de leur domicile ou de leur résidence habituelle (33) accepte le principe d'un mariage entre personnes de même sexe. Faute d'être pleinement convaincu par la démarche, on y verrait à tout le moins un peu plus clair.

(1)

CA Chambéry, 22 oct. 2012, n° RG : 13/02258, RJP 2014-1/17, p. 29, obs. Égée V., JCP G 2013, 1159, obs. Devers A. Cf. aussi Fulchiron H., Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale, D. 2013, p. 2576.

(2)

Déjà en ce sens : Cass. com., 6 juin 1990, n° 89-12.757, Bull. civ. IV, n° 162.

(3)

Plaidant pour ce raisonnement : Devers A., obs. préc., et Égéa V., obs. préc. Ce dernier auteur avait évoqué ailleurs une possible substitution de motifs : Retour sur le mariage pour tous en droit international, RJPF 2014-6/4.

(4)

Niboyet M.-L. et de Geouffre de la Pradelle G., Droit international privé, LGDJ, 4^e éd., 2014, n° 50.

(5)

En ce sens Hammje P., Mariage pour tous et droit international privé, Rev. crit. DIP 2013, p. 773, n° 16.

(6)

M. l'avocat général Sarcelet avait précisément posé la question en ces termes : « Sommes-nous en présence d'une règle de conflit que le législateur a adoptée sans remettre en cause les engagements internationaux de la France, ou cette règle de conflit a-t-elle eu pour effet de modifier l'ordre public international français, condition d'application des dispositions de la loi étrangère que sollicitent ces mêmes engagements ? ».

(7)

Dans son avis du 31 octobre 2012 (Registre des délibérations de l'Assemblée générale n° 387.082) rendu sur le projet de la loi, le Conseil d'État avait estimé que l'article 202-1 du Code civil serait privé d'effet en présence d'une convention bilatérale comportant des dispositions contraires et qu'il convenait « par souci de sécurité juridique et d'intelligibilité de la loi, d'introduire explicitement cette réserve ».

(8)

Circ. 29 mai 2013, NOR : JUSC1312445C, BO Justice 2013, n° 2013-05.

(9)

Fulchiron H., *Le mariage pour tous...ou presque*, D. 2013, p. 1969 et spéc. p. 1970.

(10)

La liste de ces conventions, dont la franco-marocaine, était rappelée dans la circulaire, ce qui permet de présumer que ses auteurs en connaissaient la teneur.

(11)

Cf. not. Fulchiron H., *Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous »*, JDI 2013, p. 1055, n° 75. Sur la relativisation de la portée de l'article 6-1 du Code civil, cf. Pérès C., *L'article 6-1 du code civil : heurs et malheurs du titre préliminaire*, D. 2013, p. 1370.

(12)

Guillaumé J., *Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ?*, in *Mélanges P. Courbe*, LGDJ, 2012, p. 295, n° 8.

(13)

Fonction connue de l'ordre public, mais qui se raréfie selon B. Audit et L. d'Avout (*Droit international privé, Economica*, 7^e éd., 2013, n° 372).

(14)

Cass. civ., 25 mai 1948, D. 1948, p. 357, note Lerebours-Pigeonnière P., *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note Batiffol H.

(15)

Un auteur a, exemple à l'appui, défendu l'idée que l'impérativité de la disposition interne était indifférente à l'intégration de son contenu à l'ordre public international (toute règle impérative ne serait pas forcément intégrée à l'ordre public international et toute règle intégrée à cet ordre public ne serait pas forcément impérative en droit interne : Rémy B., *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2004, n° 434), démentant l'analyse retenue en l'espèce par le conseiller-rapporteur selon laquelle « l'ordre public au sens du droit international privé est un sous-ensemble de l'ordre public dans les relations juridiques internes ».

(16)

Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2013, n° 11-10.588, Bull. civ. I, n° 9 ; Cass. com., 16 oct. 2007, n° 06-14.681, Bull. civ. IV, n° 218.

(17)

Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012, n° 11-30.262, Bull. civ. I, n° 126 ; Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, Bull. civ. I, n° 218.

(18)

Si cette dernière approche ne supprime pas les hypothèses de mariages boiteux, la première les multiplie.

(19)

Dont M. Libchaber a exactement montré en quoi elle entretient un rapport particulier avec la détermination de l'ordre public international. Selon cet auteur, « on sait que ces règles de conflit particulières ne visent pas à la désignation d'une loi étrangère à raison de sa proximité avec le siège du rapport de droit, mais ouvrent un éventail de lois applicables de manière à ce que l'une au moins puisse accomplir les objectifs du for » (Libchaber R., L'exception d'ordre public en droit international privé, in Revet Th., L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle, Dalloz, 1996, p. 65, n° 7). Même si l'article 202-1 du Code civil ne vise pas véritablement l'application d'une loi de l'éventail ouvert, la logique est la même puisqu'il s'agit de faire en sorte qu'une loi accepte le principe du mariage entre personnes de même sexe.

(20)

Fauvarque-Cosson B., L'ordre public, in 1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 473 et spéc. p. 475.

(21)

Forteau M., L'ordre public « transnational » ou « réellement international », JDI 2011, p. 3, n° 10.

(22)

La présence d'une convention bilatérale entre la France et le Maroc devrait conduire à s'écarter spontanément d'une conception trop nationale de l'ordre public international dans la mesure où cette dernière aboutit à imposer frontalement à l'autre État partie une valeur extraite du droit interne contraire à son ordre public interne, ce qui est une curieuse conception de la diplomatie en plus d'être un contournement manifeste de l'article 55 de la Constitution à partir d'un mécanisme prétorien.

(23)

Cf. établissant un lien de cause à effet entre la garantie d'un droit par la Convention européenne des droits de l'Homme et son intégration à la « conception française de l'ordre public international » : Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 2013, n° 12-25.802, Bull. civ. I, n° 205.

(24)

CEDH, 22 nov. 2010, aff. 30141/04, Schalk et Kopf c/ Autriche, point 62.

(25)

Sur le caractère excessif qu'il y a à évincer une loi étrangère sur le fondement d'un prétendu ordre public tiré d'une conception nouvelle des droits fondamentaux, cf. Lequette Y., Le droit international privé et les droits fondamentaux, in Cabrillac R., Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 20^e éd., 2014, n° 250.

(26)

Le fait que l'ordre public soit opposé à un État tiers à la Convention européenne des droits de l'Homme ne fait pas en soi obstacle à ce que le contenu de l'ordre public international soit déterminé par référence à cette convention dès lors que ce n'est pas la norme issue de la Convention qui est opposée, mais une valeur abstraite : Rémy B., th. préc. n° 433.

(27)

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avr. 1981, n° 79-13.959, Bull. civ. I, n° 117, JDI 1981, p. 812, note Alexandre D.

(28)

Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1979, n° 78-12.956, Bull. civ. I, n° 204, JDI 1980, p. 310, note Audit B.

(29)

On peut préférer une analyse qui en ferait le pendant des lois de police après la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. En l'absence de loi de police intervenant en amont de la mise en œuvre de la règle de conflit (Gutmann D., *Droit international privé*, Dalloz, 6^e éd., 2009, n° 116), la loi étrangère est appliquée par principe et la loi du for s'imposera face à elle en raison d'une proximité physique de la situation avec les intérêts du for : l'éviction n'intervient alors que comme conséquence de l'application nécessaire de la *lex fori*, qui reste la condition première en raison de la proximité et n'intervient pas à titre subsidiaire.

(30)

Courbe P., *L'ordre public de proximité*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 227, n° 17.

(31)

Encore que la résidence devrait dans cette hypothèse être soumise à une certaine condition de stabilité. Or, il est notable que dans la règle posée par l'arrêt commenté tout comme par l'article 202-1 du Code civil, il n'est pas question de « résidence habituelle ». Une résidence temporaire peut donc suffire à déclencher la validation du mariage, ce qui distend davantage encore le lien avec le territoire du for (rappr. Hammje P., art. préc., n° 13).

(32)

Sur cette présentation, cf. Joubert N., *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2007, n° 174.

(33)

La *lex personalis* se trouvant quelque part au confluent de ces trois lois, cf. d'Avout L., *La lex personalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle*, in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 15.
