

# MARIAGE

Pierrette BONNOURE-AUFIERE  
Avocat  
28, rue des 36 Ponts  
31400 TOULOUSE

## Nullité du mariage homosexuel

Tribunal de grande instance de Bordeaux (1<sup>re</sup> ch. civ.),  
27 juill. 2004, RG n° 6427/2004

Mots-clés: MARIAGE \* Conditions \* Différence de sexe (oui) \* Nullité

L'espèce: Le maire de Bègles consent à marier deux hommes. Malgré l'opposition du Procureur de la République fondée sur la violation des conditions de fond du mariage, celui-ci est célébré le 5 juin 2004. Le Tribunal de grande instance de Bordeaux est alors saisi afin de faire annuler cette union. Il convenait principalement de rechercher si la différence de sexe entre les époux est une condition de fond du mariage, tant au regard du droit interne français qu'au regard du droit européen. Le TGI, après une longue discussion, tranche en faveur de l'annulation de l'union pour n'avoir pas rempli la condition relative à la différence de sexe:

**« Dès son origine, le code civil n'énonce pas expressément la différence de sexe comme une condition du mariage. Cette différence allait de soi pour les rédacteurs du code civil, Portalis définissant dans les travaux préparatoires le mariage comme "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"; (...)**

**Les travaux préparatoires de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité 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'union d'un homme et d'une femme; La différence de sexes est bien en droit français une condition du mariage (...); Il apparaît que la Convention [européenne des droits de l'homme, art. 12] a entendu ici protéger le droit au mariage entre deux personnes de sexe différent (...);**

**Dans un arrêt *Sheffield et Horsham* du 30 juillet 1998, l'interdiction de se marier faite à deux personnes de même sexe n'a pas été considérée comme une atteinte substantielle aux droits garantis par l'article 12 (...); (...) Il existe à l'évidence une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle dès lors que le mariage est interdit à un couple formé de personnes de même sexe. (...)**

**Cette différence de traitement est toutefois possible, selon la Cour européenne des droits de l'homme, 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; Cette justification se trouve en l'espèce dans la fonction traditionnelle du mariage, communément considéré comme constituant la fondation d'une famille; (...)**

**Il existe en l'état actuel une justification sociale à la condition posée par la législation française d'une différence de sexe pour contracter mariage; Si l'évolution des mœurs ou le respect d'un principe d'égalité peut conduire à une redéfinition du mariage, cette question doit faire l'objet d'un débat et nécessite l'intervention du législateur;**

**La Cour européenne des droits de l'homme n'a en toute hypothèse jusqu'à présent pas sanctionné les législations nationales exigeant une différence de sexe entre les époux.»**

Observations: Par ce jugement, le Tribunal de grande instance de Bordeaux est le premier à statuer sur le mariage homosexuel. Son analyse sera ici envisagée sous trois angles.

**Le droit interne.** Dans l'Ancien droit, l'identité de sexe n'était pas considérée comme un empêchement dirimant. La question ne se posait même pas. Une telle union, inenvisageable, aurait été inexistante. Avec la promulgation du code civil on aurait pu espérer une clarification. Bien que la différence de sexe n'y soit pas exigée expressément, la doctrine est unanime pour considérer que le mariage est une union hétérosexuelle, eu égard notamment au sens implicite de l'article 144 du code civil. La jurisprudence s'est ensuite prononcée. Un arrêt, maintenant ancien, a énoncé qu'en droit « le mariage ne peut être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant l'une au sexe masculin et l'autre au sexe féminin; qu'ainsi son existence est subordonnée à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable, et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint » (Cass. civ. 6 avr. 1903).

En l'espèce, le tribunal affirme également, se fondant notamment sur les travaux préparatoires ou sur les divers articles du code civil qui emploient les termes d'« homme » et de « femme », que la différence de sexe est une condition de validité du mariage.

Enfin, si l'on suit les arguments textuels invoqués par la juridiction, c'est le législateur et lui seul qui pourrait consacrer l'évolution des mœurs en autorisant le mariage homosexuel, comme ce fut par exemple le cas en Belgique (comparaison d'autant plus intéressante que le droit belge de la famille est issu directement du Code Napoléon).

**Le droit européen et le droit comparé.** La jurisprudence européenne est reprise par le tribunal, et plus particulièrement celle relative au transsexualisme. Il en est ainsi de l'affaire *Rees*, dans laquelle un transsexuel estimait que le refus opposé par le Royaume-Uni de modifier son état civil était contraire à son droit au mariage garanti par l'article 12 de la Convention EDH. La Cour a répondu qu'« en garantissant le droit de se marier l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent », car son but consiste « essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille » (CEDH, 17 oct. 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, A. 106). L'affirmation de l'hétérosexualité est donc très nette selon les magistrats strasbourgeois, et l'argument est repris par les juges bordelais. Il en est de même selon le Comité des droits de l'homme, créé par l'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le texte de l'article 23, § 2 « se limite à reconnaître comme constituant un mariage, l'union entre un homme et une femme qui souhaitent se marier » (Comité des droits de l'homme, 30 juill. 2002, *Juliet Joslin c/ Nouvelle Zélande*).

Les arguments de la défense reposant sur le droit nord-américain n'ont pas davantage prospéré; ils ne sont ni suivis ni même repris par la juridiction de première instance. Ils insistaient sur la multiplication de l'accueil du mariage sans considération de la différence de sexe sur ce continent et ce, sans même une intervention législative, et parfois même contre la législation locale (cf. Cour Suprême du Québec 6 sept. 2002, *Hendricks c./ Québec*). C'est toutefois sans surprise que

les magistrats bordelais n'ont pas souscrit à ce raisonnement. En effet, ce droit n'est pas tout à fait comparable au nôtre.

On ne peut cependant, à notre sens, s'aligner sur l'affirmation des juges selon laquelle la fonction première du mariage dans notre droit est la fondation d'une famille. Il s'agit désormais davantage de la consécration du couple, la fondation de la famille n'étant souvent que secondaire. L'argument des défenseurs reposant sur l'indifférence du critère de procréation aurait dû en conséquence prospérer. En effet, aucun mariage n'a jamais été annulé en raison de l'impuissance d'un des époux, sauf bien évidemment le recours issu de l'article 180 du code civil relatif à l'erreur sur les qualités essentielles du conjoint, qui relève de la condition du consentement au mariage.

Le terrain de la discrimination a enfin été envisagé. La juridiction aurait très bien pu reconnaître que le respect de la vie sexuelle du couple homosexuel passait nécessairement par la faculté d'accéder à l'ensemble des droits et obligations formant le statut d'époux. Cependant, ce raisonnement n'était pas imparable. Il est en effet constant qu'une discrimination entre les sujets de droit demeure possible, si elle concerne des situations différentes, ce qui était le cas en l'espèce. Aucune discrimination fondée sur le sexe n'est entérinée par l'espèce. Elle oppose au contraire la condition de différence de sexe à celle d'identité de sexe. On pourrait alors s'insurger de cette absence de statut similaire. Cependant, la loi française, en 1999, a créé le PACS, qui sert désormais de cadre au couple homosexuel comme hétérosexuel. Leur vie de couple est donc organisée: à situation différente, statut différent. La spécificité du mariage demeure ainsi d'être uniquement l'union traditionnelle de l'homme et de la femme. Le PACS et le concubinage s'alignent sur l'évolution engagée de la consécration du couple homosexuel. Le pas a cependant été jugé insuffisant par les associations gays et lesbiennes. La juridiction bordelaise n'en déduit pas pour autant l'irrégularité de la discrimination.

Les perspectives. Afin d'anticiper un futur contentieux qui ne fait aucune doute et d'unifier rapidement la jurisprudence, il aurait sans doute fallu recourir à la procédure de l'avis devant la Cour de cassation, en vertu des articles L. 151-1 et s. du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et s. du nouveau code de procédure civile. Les trois conditions semblaient réunies: une question de droit nouvelle ou non encore résolue par la Cour de cassation; qui pose une difficulté sérieuse; et qui est susceptible de se retrouver dans de nombreux litiges. Il ne fait aucun doute que la difficulté était sérieuse et qu'elle a vocation à se multiplier dans les mairies qui accepteront d'ouvrir leurs portes à ces nouveaux couples. Quant à la condition de nouveauté de la règle, la décision rendue en 1903 peut poser problème. Si la question avait été soulevée, il est fort probable que la Cour serait passée outre et que la saisine aurait été accueillie. Une réponse soignée et diligente aurait ainsi pu être délivrée par la juridiction suprême, tout en laissant aux juges bordelais leur faculté d'appréciation, puisque ces avis ne lient pas les juridictions.

Finalement, ce jugement du TGI de Bordeaux est un premier jalon dans le sens du refus du mariage homosexuel en France. Cependant, la route sera longue avant d'avoir une solution bien établie. Si la Cour de cassation réaffirme la condition d'hétérosexualité, il faudra encore attendre la saisine de la CEDH, pour avoir une réponse susceptible de modifier la solution ici apportée à la question posée. D'ici là, il est possible que l'ultime recommandation de la juridiction de faire intervenir le législateur soit suivie. L'importante dimension sociale du mariage et son fort lien avec l'intimité des personnes font en effet obstacle à ce que sa définition soit modifiée par le pouvoir judiciaire, sous prétexte de suivre l'évolution des mœurs. Une proposition de loi clarifiant l'accès au mariage des couples de personnes de même sexe (cf. AJ famille 2004, p. 298) a été déposée à l'Assemblée nationale le 8 juin 2004. Ce texte prévoit de modifier l'article 144 du code civil et de définir le mariage comme étant « l'union célébrée par un officier d'état civil entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent, ayant toutes deux dix-huit ans révolus ».

Si la représentation nationale faisait ce choix d'ouvrir l'institution matrimoniale aux couples homosexuels, cela ne serait pas sans poser de sérieux problèmes, qu'il serait possible de régler en s'inspirant des législations européennes. La présomption de paternité ne peut pas être appliquée aux couples ne pouvant naturellement procréer. Il faudrait, comme aux Pays-Bas et en Belgique - pour l'instant seuls pays européens à avoir autorisé le mariage homosexuel - insérer une précision selon laquelle cette présomption ne s'applique pas aux mariages homosexuels. Il serait également possible de refuser, à l'image du droit belge, l'adoption à ces mêmes couples. Les débats houleux sont loin d'être clos.

Laurence ATTUEL-MENDÈS

Pour aller plus loin: **Texte:** Articles 75 et 144 du code civil; articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme; article 23, § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. - **Jurisprudence:** Cass. civ., 6 avr. 1903, D. 1904, I, p. 395, concl. Baudouin; S. 1904, I, p. 213, note Wahl; Comité des droits de l'homme, 30 juill. 2002, *Juliet Joslin c/ Nouvelle Zélande*, RTD civ. 2003, p. 775, note J.-P. Marguënaud; TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, D. 2004, Jur. p. 2392, note E. Agostini. - **Doctrine:** J. Bart, Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle, Montchrestien, 1998, n° 282; P. Malaurie, H. Fulchiron, La famille, Defrénois, 2004, n° 166 et 171 et s.; G. Maugain, Le droit au mariage, mémoire DEA, Dijon, 2004; C. Méary, Vers l'ouverture du mariage civil et républicain aux couples de personnes de même sexe?, AJ famille 2004, p. 261; G. Raymond, J.-Cl. Civil, Art. 144 à 147, fasc. 10, p. 6.

Daloz Action: Droit de la famille 2001/2002, n° 51.