

Je remercie les organisateurs de cette conférence de m'avoir invité pour évoquer avec vous les stratégies procédurales mise en place pour obtenir une égalité de traitement pour les lesbiennes et les gays dans le cadre de la reconnaissance des mariages civils et des partenariats célébrés à l'étranger.

Au préalable, il me semble important de rappeler qu'il n'est pas dans la culture française de mettre en place des stratégies judiciaires pour quelque cause que ce soit.

Il y a en France une répugnance à saisir le juge dans le dessein bien précis de faire avancer tel ou tel droit, telle ou telle cause.

Et les associations françaises de défense des droits LGBT n'échappent pas à cette règle.

Elles n'arrivent pas à concevoir que la mise en place de stratégies judiciaires (trouver des requérants, des avocats pour monter des cas, emblématique de telle ou telle inégalité) est un instrument, qui selon moi devrait accompagner toutes les autres formes de revendications et de lobbying : manifestations, colloques, interpellation des partis politiques etc.

Tout cela pour vous dire qu'il ne peut y avoir en France, sur les questions LGBT, de stratégie judiciaire d'ensemble pour la conquête de l'Égalité.

On en est donc réduit à attendre le citoyen qui sera porteur d'une question générale (adoption, mariage, gestation pour autrui etc), qui le concerne au premier chef, mais qui le dépasse car concernant potentiellement tous les homosexuel/les.

Et il ne suffit pas d'avoir ce citoyen, encore faut-il qu'il rencontre le bon avocat, cela va sans dire, mais aussi le bon juge... vous mesurez la difficulté.

J'évoquerai dans un premier temps la question de la reconnaissance des mariages, puis dans un second temps celle des partenariats enregistrés.

I- La reconnaissance sur le sol français du mariage célébré à l'étranger entre deux personnes de même sexe

Aujourd'hui près de 10 pays européens reconnaissent la possibilité aux couples de personnes de même sexe de se marier (Pays bas, Belgique, Espagne, Portugal, Islande, Suède, Norvège, Royaume Uni etc).

Quelle est la position de la France à l'égard de la reconnaissance des couples de personnes de même sexe qui se sont mariés à l'étranger ?

C'est simple : il faut distinguer selon la nationalité des époux pour savoir si un mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger peut être ou non reconnu en France.

1. Voyons d'abord le couple de personnes de même sexe, mariées et de nationalité étrangère

Par deux réponses ministérielles (Réponse Mariani, n41533, JO AN du 26 juillet 2005 p 7437 et Réponse Masson, Jo Sénat 9 mars 2006 p 722) il résulte qu'un mariage valablement célébré entre deux personnes de même sexe de nationalité étrangère, produit des effets en France.

L'administration française reconnaît que ce mariage civil conclu entre deux ressortissants étrangers peut produire tous ses effets en France.

Cela veut dire que les conjoints doivent pouvoir divorcer sur le sol français, qu'ils doivent pouvoir hériter l'un de l'autre sans faire de testament, si leur loi nationale le permet (décision individuelle DGI du 24 septembre 2009).

2. Voyons maintenant le couple de personnes de même sexe marié, dont l'un des membres (ou les deux) est (sont) un ressortissant français.

Lorsque l'un des conjoints est de nationalité française, (ou les deux), le mariage célébré à l'étranger entre personnes de même sexe n'est pas reconnu car la France aujourd'hui n'admet pas le mariage entre personnes de même sexe.

Pour qu'une telle reconnaissance puisse avoir lieu, il faudrait que le mariage « gay » soit possible en France.

La stratégie judiciaire a d'abord été de faire reconnaître la possibilité d'un tel mariage sur le sol français.

A. stratégie judiciaire et mariage en France : les voies directes

a) Le premier mariage de deux hommes en France en juin 2004

C'est l'histoire du mariage de Messieurs Chapin et Charpentier, célébré en juin 2004, par Noël Mamère.

Voilà une démarche qui a été stratégique, c'est-à-dire pensée à dessein, il s'agissait bel et bien de faire avancer la question de l'égalité dans l'accès au mariage.

Ce mariage a été contesté devant les juridictions françaises mais il permis le premier débat sur cette question à la fois dans la société française et devant les juridictions.

Le Tribunal de Grande instance de Bordeaux, puis la Cour d'appel de Bordeaux et Cour de cassation le 13 mars 2007 ont estimé que le mariage devait être annulé.

La cour de cassation indiquant :

« (...) 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 force obligatoire ».

« La loi française » quelle loi ? : le code pénal, le code du travail : on cherche encore.

Cette voie pour ouvrir le mariage étant fermée, il a fallu se tourner vers d'autres voies, ce qui supposait d'attendre le bon moment et le bon cas.

b) La saisine du conseil constitutionnel

C'est l'introduction en mars 2010, de la question prioritaire de constitutionnalité, qui donne l'outil de la stratégie.

Cette nouvelle procédure, permet de contester la constitutionnalité d'une loi, dont l'application est nécessaire à la résolution du litige.

Ensuite, il a fallu attendre le cas : à l'occasion d'un litige, qui s'est

déroulé courant 2010 concernant deux femmes qui souhaitaient se marier et qui s'étaient vu opposer un refus, j'ai effectué une intervention volontaire et j'ai déposé une question prioritaire de constitutionnalité.

Plaidant devant le Conseil constitutionnel, je lui ai demandé de mettre fin à la discrimination, qui résulte de la Loi, et de dire et juger que cette Loi (deux articles du code civil) étaient contraire à l'article 1^{er} de la déclaration des droits de l'homme qui déclare que « *tous les hommes naissent et demeurent égaux en droit* ».

Je l'ai aussi invité à suivre l'exemple de la cour suprême du Canada, qui en 2004 a jugé non conforme au principe d'égalité constitutionnel, la Loi canadienne définissant le mariage comme étant uniquement l'union d'une femme et d'un homme.

Le Conseil constitutionnel a rejeté la QPC. Il a botté en touche et renvoyé au législateur. Ce faisant, il pris une décision, qui n'est pas juridique, mais politique. Il a choisi de vider de sa substance la procédure de QPC, qui a toujours pour objet de vérifier la constitutionnalité d'une Loi et dès lors ne peut concerner que le champ du législateur.

S'il avait rendu une décision juridique, fondée sur la nouvelle procédure de QPC (en constatant très simplement que l'article 1^{er} de la déclaration de 1789 était violé (les couples homos et hétéros sont dans une situation de fait similaire, il doivent recevoir un traitement juridique similaire, à l'instar de ce qui existe dans 9 pays européens, qui ont ouvert le mariage), alors il aurait envoyé à la société française toute entière un symbole d'une force incroyable : tous les hommes sont égaux en droit, y compris s'ils sont homosexuel/les.

La voie du Conseil constitutionnel pour cette question directe est fermée.

Reste la Cour européenne

c) La Cour européenne des droits de l'homme

Faire avancer l'égalité demande de la pugnacité, y compris en saisissant la Cour européenne des droits de l'homme.

J'ai donc saisi en 2007, la cour européenne du mariage annulé de

Messieurs Chapin et Charpentier.

Ma requête a été transmise au gouvernement français qui a fait part de ses observations.

Je suis donc dans l'attente d'une décision de la Cour, mais décision qui ne sera pas simple en raison des implications qu'elle aurait sur les 47 états membres en cas de réponse positive.... Affaire à suivre quoi qu'il en soit.

B - Stratégie judiciaire, mariage et chemins de traverse

Comme toujours pour la stratégie judiciaire, il faut

- le bon moment,
- le bon cas,
- le bon avocat
- et le bon juge.

Il y a actuellement deux procédures en cours

a) Voyons la première procédure.

Elle concerne deux français qui se sont mariés au Canada en janvier 2010.

Le couple a demandé la transcription de leur acte de mariage canadien sur le registre de l'état civil français, afin que leur soit délivré un acte de mariage français en bonne et due forme.

Le procureur de la République, comme il fallait s'y attendre, a rejeté la demande.

J'ai été saisi par ce couple et j'ai assigné le procureur de la République devant le Tribunal de Grande instance de Nantes pour que ce mariage puisse être transcrit sur le registre de l'état civil.

Déposé comme cela mon recours, n'a aucune chance d'aboutir en raison de la décision de la Cour de cassation du 13 mars 2007 et celle du Conseil constitutionnel du 28 janvier 2011, mais en parfait accord avec

les clients, il m'a semblé opportun de déposer une question prioritaire de constitutionnalité sur l'article 3 du code civil.

En l'espèce l'article 3 du code civil dispose notamment que : *Les lois concernant l'état et la capacités des personnes régissent les français, même résidant en pays étranger* ».

Il s'agit bien d'une loi, elle n'a jamais fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité et elle est applicable au litige car :

- si les époux homosexuels, mariés à l'étranger, sont de nationalité étrangère, leur mariage sera reconnu sur le sol français ;
- Si les époux homosexuels, mariés à l'étranger, sont de nationalité française, leur mariage n'est pas reconnu sur le sol français.

Lapidairement le Tribunal, lui, a considéré que en réalité que l'article 3 n'était pas applicable à la solution du litige puisque les mariages célébrés à l'étranger entre ressortissants étrangers n'ont pas à être inscrit sur le registre de l'état civil et il a rejeté ma question prioritaire (TGI Nantes 13 octobre 2011 (RG 11/01324).

L'affaire va être jugé maintenant au fond, mais je connais déjà le résultat.

Pour persévérer, il faudrait donc aujourd'hui, le cas d'un couple de français ou binational qui aurait conclu un mariage à l'étranger et dont l'un des membres viendrait à décéder.

Son conjoint survivant dans le cadre de la succession demanderait à être traité comme un conjoint survivant par exemple à l'administration fiscale.

Un recours devant le Tribunal compétent contestant la décision de l'administration serait l'occasion de mettre en place un argumentaire visant à démontrer l'inégalité de traitement entre les couples homosexuels mariés, notamment selon leur loi nationale.

Un argument subsidiaire pourrait aussi être invoquer à savoir demander à ce que le mariage célébré à l'étranger entre deux français soit assimilé à un Pacs en vertu de l'adage « *qui peut le plus peut le moins* ».

Il est indéniable que le mariage offre plus de droit que le pacs, dès lors que l'on est marié, on est à tous le moins pacsé... car les droits et les

obligations du pacs sont allégés au regard des droits et des obligations du mariage.

b) Voyons maintenant la deuxième procédure

C'est l'histoire d'un homme qui est marié avec une femme.

L'homme a changé de sexe et il a saisi le Tribunal de grande instance d'une demande officielle de changement d'état civil : c'est-à-dire qu'après avoir subi toutes les opérations nécessaires pour être physiologiquement une femme, il demande au juge d'accepter que son nouvel acte de naissance porte la mention qu'il est une femme.

Mais il est toujours marié.

Cela veut dire que si le tribunal de grande instance accepte sa demande de changement d'état civil, il sera juridiquement une femme et comme il n'est pas divorcé, il restera marié avec sa femme : on aura un couple de femmes mariés.

La décision est attendue pour la fin de l'année.

Il y a déjà eu deux jugements de ce type et donc déjà deux couples homosexuels mariés.

Vous mesurez à l'aune de ce que je viens de vous raconter, combien il est difficile de faire avancer la question de l'égalité des droits, mais combien aussi ces procédures judiciaires participent du changement de regard sur la question du mariage.

Cela est si vrai que depuis 2004, date de la célébration du mariage de deux hommes à 2011, tous les partis politiques de gauche se sont engagés dans leurs propositions pour la présidentielle à ouvrir le mariage à tous les couples, ce qui évidemment réglerait définitivement la question de sa reconnaissance.

Je peux même ajouter que dans le cadre de l'accord programmatique entre le PS et Europe écologie l'engagement est de déposer une proposition de loi au plus tard le 31 décembre 2012.

II- La reconnaissance sur le sol français des partenariats conclu à l'étranger

Dans ce champs, la situation est, aujourd'hui, du point de vue du droit français, totalement clarifiée par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, qui a introduit un nouvel article 515-7-1 dans le code civil.

Cet article dispose que :

« Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'Etat de l'autorité qui a procédé à son enregistrement. »

L'article 515-7-1 prévoit ainsi une règle de droit international privé suivant laquelle les partenariats étrangers sont soumis à la loi du pays d'enregistrement. Il s'applique à tous les partenariats conclus à l'étranger et ce quel que soit la nationalité des partenaires.

L'article 515-7-1 est d'application immédiate et s'applique donc aux situations juridiques en cours au moment de son entrée en vigueur (Cass, 3^{ème} civ., 13 novembre 1984, Bull. III, n°189).

C'est cet article qui a finalement été appliqué dans une procédure que j'ai initiée en février 2009 et qui a abouti à un jugement rendu par le Tribunal de Grande instance de Bobigny le 8 juin 2010.

Le tribunal a jugé :

« Il n'est pas allégué que les effets en France du « civil partnership » anglais soient contraires à l'ordre public. Il résulte des documents versés aux débats que Monsieur X a valablement fourni à l'administration fiscale les justificatifs – dûment traduits – de son « civil partnership anglais avec Monsieur Y et de son enregistrement du janvier 2006, du testament de Monsieur Y du mars 2006 lequel a été enregistré près la High Court of Justice de Winchester au Royaume-Uni et de l'acte de décès de Monsieur Y du avril 2008.

En conséquence, par l'application combinée des articles 796-O bis du Code général des impôts et de l'article 515-7-1 du Code civil, il est jugé que le « civil partnership » de droit anglais conclu entre Monsieur X et feu Monsieur Y produit pleinement ses effets juridiques et fiscaux en France. L'administration fiscale est donc condamnée à rembourser à Monsieur X les sommes déjà perçues au titre des droits de mutation afférents à la succession de Monsieur Y, outre les intérêts au taux légal à compter de la présente décision par application de l'article 1153-1 du Code civil.

Il n'y a pas eu d'autre décision à ma connaissance car depuis c'est l'article 515-7-1 qui s'applique.