



Dissolution par divorce d'un mariage bigame conclu à l'étranger

(Civ. 1^{re}, 17 novembre 2021, n° 20-19.420, F-B, D. 2022. 389, note F. Jault-Seseke ; *ibid.* 764, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; JDI 2022, comm. 2, J. Guillaumé ; D. actu., 23 nov. 2021, obs. F. Mélin ; Dr. fam. 2022, comm. 25, obs. C. Bois-Farinaud et M. Poncet ; JCP 2021, 1290, obs. C. Reitzer) - Cour de cassation (1^{re} civ.), 17 novembre 2021, n° 20-19.420

Elise Ralser

DANS **REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 2022/2 N° 2**, PAGES 418 À 430
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-0958

ISBN 9782995422029

DOI 10.3917/rcdip.222.0418

Date de mise en ligne : 05/07/2022

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2022-2-page-418?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

loi française? Mais dans le Règlement Rome I, et lui seul, pareille réserve étant absente de la Convention de La Haye... Par où l'on revient au problème de la qualification, évoqué ci-dessus.

6. Intéressante affaire, donc, au titre d'une étude de la tectonique des plaques internationalistes, et de leurs possibles glissements : de la qualification *lege fori* à une qualification alternative conduisant elle-même à une qualification en sous-

ordre, *lege causae*; du rattachement subjectif à la localisation objective du contrat; de rattachements prédéterminés à une certaine idée de la proximité... Mouvements disruptifs, pourrait-on dire aujourd'hui, en ce qu'il ne s'inscrivent pas même dans une quelconque querelle des anciens et des modernes : après une incursion vers le droit international privé *vintage*³⁶, est-ce donc ainsi que se dessinerait un droit international privé *New Age*³⁷?

- (36) Sur l'emploi de ce terme, v. nos obs. sous Civ. 1^{re}, 4 mars 2020, n° 18-26.661, Rev. crit. DIP 2020. 369, et spéc. p. 375.
- (37) *Mutatis mutandis*, bien sûr, mais partageant au moins sous cet aspect une certaine forme de bricolage syncrétique (sur lequel, v. spéc. M. Geoffroy, *Pour une typologie du nouvel âge*, Cahiers de recherche sociologique, n° 33, 1999, p. 51-83).

Dissolution par divorce d'un mariage bigame conclu à l'étranger

(Civ. 1^{re}, 17 novembre 2021, n° 20-19.420, F-B, D. 2022. 389, note F. Jault-Seske; JDI 2022, comm. 2, J. Guillaumé; D. actu., 23 nov. 2021, obs. F. Mélin; Dr. fam. 2022, comm. 25, obs. C. Bois-Farinaud et M. Poncet; JCP 2021, 1290, obs. C. Reitzer)

Élise Ralser

Professeur à l'université de La Réunion

Mots clés | CONFLIT DE LOIS – Autorité de la règle de conflit – Droits indisponibles – Application de la loi étrangère – Application d'office par le juge – Requête en divorce – Question préalable – Statut personnel – Mariage polygamique – Validité – Effets en France – Conditions de fond – Loi applicable – Loi personnelle des époux

Il résulte de [l'article 3 du code civil], d'une part, qu'en matière de droits indisponibles, il incombe au juge français de mettre en œuvre les règles de conflit de lois et de rechercher le droit désigné par cette règle, d'autre part, que les conditions de fond du mariage sont régies par la loi personnelle de chacun des époux (§ 4).

Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable une requête en divorce, retient que le mariage entaché de bigamie n'a pas d'existence légale, alors qu'elle aurait dû rechercher si la loi personnelle des époux, dont elle avait constaté qu'ils étaient tous deux libyens, n'autorisait pas la bigamie (¶ 5 et 6).

Arrêt

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Orléans, 15 mai 2019), Mme [S] et M. [H], tous deux de nationalité libyenne, se sont mariés le 22 septembre 2000 en Libye.
2. Le 23 novembre 2017, Mme [S] a déposé une requête en divorce.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en sa seconde branche

Enoncé du moyen

3. Mme [S] fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable sa requête en divorce, alors « qu'en se bornant à relever, pour statuer comme elle l'a fait, que la loi française ne reconnaissait pas le mariage bigame, de sorte que le second mariage n'avait pas d'existence légale et ne pouvait donc être dissous par une juridiction française, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la loi personnelle des époux n'autorisait pas le mariage bigame, de sorte que ce mariage, célébré à l'étranger, produisait effet en France, où il pouvait être dissous, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 3 et 147 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 3 du code civil :

4. Il résulte de ce texte, d'une part, qu'en matière de droits indisponibles, il incombe au juge français de mettre en œuvre les règles de conflit de lois et de rechercher le droit désigné par cette règle, d'autre part, que les conditions de fond du mariage sont régies par la loi personnelle de chacun des époux.
5. Pour déclarer irrecevable la requête en divorce de Mme [S], l'arrêt retient qu'avant son mariage avec celle-ci, M. [H] avait contracté une précédente union en Libye et que, la loi française ne reconnaissant pas la bigamie, ce second mariage n'a pas d'existence légale et ne peut donc être dissous par une juridiction française.
6. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il lui incombait, si la loi personnelle des époux, dont elle avait constaté qu'ils étaient tous deux libyens, n'autorisait pas la bigamie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche, la Cour :
CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 mai 2019, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ;

Remet l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris [...].

Du 17 novembre 2021 – Cour de cassation (Civ. 1^{re}) – Pourvoi n° 20-19.420 – M. Chauvin, prés. – M^e Goldman, av.

Avec une sobriété, une concision et une simplicité bienvenues, l'arrêt sous commentaire rappelle, au visa de l'emblématique article 3 du code civil, comme d'autres avant lui, d'une part « *qu'en matière de droits indisponibles, il incombe au juge français de mettre en œuvre les règles de conflit de lois et de rechercher le droit désigné par cette règle* » et, d'autre part, que « *les conditions de fond du mariage sont régies par la loi personnelle de chacun des époux* ». La formule, même si elle n'est pas inédite, frappe une nouvelle fois et dénote avec le style parfois inutilement compliqué ou obscur de certains textes contemporains ou de certaines décisions qui les interprètent. À l'heure où le législateur s'emploie régulièrement à dénaturer, petit à petit, le titre préliminaire du code civil, on saluera cette décision qui souligne avec élégance la qualité des textes qu'il contient, leur origine et leur objet principal. Par leur place dans l'ouvrage, ces articles forment en quelque sorte l'introduction à la « constitution civile de la France »¹ et de ceux qui sont régis par la loi française. Leur fonction est aussi simple qu'essentielle : poser les grands principes de lecture de notre droit civil et des règles qui le gouvernent ! Rien de moins... mais rien de plus non plus.

L'article 3 du code civil appartient à ces textes rares qui n'ont jamais été modifiés depuis leur promulgation en 1804. Texte peut-être négligé par ses rédacteurs, pleinement attelés à la tâche de faire disparaître les conflits internes de lois, par l'abrogation solennelle (mais seulement symbolique) des coutumes existantes, mais seul texte ou presque consacré aux conflits de lois dans l'espace (en sus de celui relatif au droit applicable aux sociétés dont le siège est en France), il eut une destinée excep-

tionnelle² : depuis son adoption jusqu'à ce jour il est « le » texte qui, en droit français, a permis la construction d'une théorie générale des conflits de lois. Faute d'autre base possible et sous la menace de ses voisins les articles 4 et 5 prohibant le déni de justice et les arrêts de règlement, il a permis au juge statuant sur les questions comportant un élément d'extranéité de trouver un fondement juridique à ses décisions. Devenu le symbole de la règle de conflit de lois française, applicable à défaut de règle spéciale, il constitue aujourd'hui encore le socle de notre « droit commun », entendu comme règle de droit international privé applicable à défaut de règles conventionnelle ou européenne. C'est dire qu'en visant l'article 3 du code civil, on vise aussi, symboliquement, l'ensemble du droit international privé français et de son système de résolution des conflits de lois.

Mais, on l'aura compris, l'article 3 du code civil ne serait rien sans l'interprétation qui en a été faite. Et si celle qui nous est livrée dans la présente décision n'offre rien *a priori* que nous ne savons déjà, elle a l'immense mérite, avec force et efficacité, d'énoncer deux règles simples et incontournables. D'une part, l'autorité de la règle de conflit de lois s'impose au juge dans tous ses éléments lorsque les droits litigieux sont indisponibles, ce qui est assurément le cas pour apprécier la validité d'un mariage comportant des éléments d'extranéité. D'autre part, l'appréciation de la validité (sur le fond) d'un mariage célébré entre étrangers à l'étranger, avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013³, s'effectue tout simplement par application de la loi désignée par la règle de conflit contenue à l'article 3 du code civil.

- (1) P. Mazeaud, *Le code civil et la conscience collective française*, Pouvoirs 2004. 152. Sur les origines de cette expression, v. P. Noual, *Sur les traces de la « Constitution civile de la France »*, RTD civ. 2020. 563.
- (2) B. Ancel, *Destinées de l'article 3 du code civil*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 1.
- (3) Sur la question de son application en l'espèce, v. *infra*.

L'enjeu pratique de cette dialectique, dans l'affaire qui nous occupe, était assez simple, tout comme ses faits : la requête en divorce de la seconde épouse d'un bigame est-elle recevable en France ? Un couple de nationalité libyenne s'était marié, en Libye, en septembre 2000, tandis que le mari était encore lié par une union non dissoute. Dix-sept années plus tard, en novembre 2017, l'épouse, domiciliée en France, introduit une requête en divorce devant les tribunaux français, qui la rejettent en appel : considérant que la loi française interdit la bigamie, le second mariage n'avait pour eux

aucune existence légale et ne pouvait donc être dissous par une juridiction française.

La décision est censurée car les juges du fond auraient dû vérifier si la loi personnelle des époux autorisait la bigamie. Si les premiers termes de l'arrêt de cassation nous semblent familiers, les seconds laissent planer un doute... En effet, à les lire, l'existence d'un mariage valable serait une question préalable à la demande en divorce (III). Sur le terrain de la méthode, en revanche, cette question doit nécessairement être résolue selon le raisonnement conflictuel (I).

I – La validité d'un mariage polygamique s'apprécie selon la méthode conflictuelle

Que le mariage polygamique soit « inexistant » ou « nul », en vertu de quelle loi le serait-il ? En vertu du droit libyen ou du droit français et selon quelle méthode cette loi se trouverait-elle applicable ?

Distinctement, en rappelant, au visa de l'article 3 du code civil, « qu'en matière de droits indisponibles, il incombe au juge français de mettre en œuvre les règles de conflit de lois et de rechercher le droit désigné par cette règle », l'enjeu, pour la Cour, était moins de rappeler l'autorité de la règle de conflit à l'égard du juge que d'affirmer que la validité du mariage devait être éprouvée sur le terrain de la méthode conflictuelle. Notre affaire soulevait ici une question de nullité pour bigamie, mais la solution pourrait certainement être généralisée toutes les fois où la validité

d'un mariage comportant un élément d'extranéité est en cause. La décision pourrait s'inscrire dans la longue série de décisions ayant martelé le principe dans des situations où c'était le consentement de l'époux étranger qui était défaillant ou vicié⁴. Au visa de l'article 3 du Code civil, rappelant une formule devenue classique, la Cour de cassation rappelle donc, non moins classiquement, que les conditions de fond du mariage sont régies par la loi personnelle de chacun des époux.⁵

A – Le choix de la méthode conflictuelle

Ne visant ni l'article 147 du code civil, comme y invitait la deuxième branche du moyen du pourvoi, ni spécifique-

- (4) Not. Civ. 1^{re}, 25 mai 2016, n° 15-14.666, Rev. crit. DIP 2016. 668, note E. Ralser ; Civ. 1^{re}, 16 mars 2016, n° 15-14.365, Dr. fam. 2016. comm. 116, A. Devers ; JCP 2016. 629, note M.-C. de Lambertye-Autrand ; Civ. 1^{re}, 6 mars 2013, n° 11-23.174 et n° 12-12.351, D. 2013. 1089, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 2014. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; Dr. fam. 2013. comm. 80, obs. M. Farge ; Civ. 1^{re}, 28 mars 2012, n° 11-18.549 ; Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, n° 10-16.482 et n° 09-71.992, D. 2011. 1618, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2011. 380 ; Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, n° 09-16.904 ; Civ. 1^{re}, 11 mars 2009, n° 08-13.390 ; Civ. 1^{re}, 17 juin 2009, n° 08-13.293.
- (5) Civ. 1^{re}, 25 mai 2016, n° 15-14.666, préc.

ment l'alinéa 3 de l'article 3 du code civil, tout en rappelant les principes dégagés à propos de l'autorité de la règle de conflit à l'égard du juge⁶, la Cour prend parti pour la règle de conflit. Toute autre méthode de choix du droit applicable se trouve par conséquent exclue !

Souvent présentée comme concurrente à la méthode conflictuelle, et inspirant parfois les juges européens, la méthode de reconnaissance des situations ne saurait ici aider à réceptionner, en France, un mariage polygamique contracté à l'étranger. La méthode conduirait le for à renoncer à faire usage de ses règles de conflit, comme y invite par exemple la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, lorsque le mariage est valablement célébré selon le droit de l'État de célébration. Mais la France n'a pas ratifié cette convention et quant aux applications de la méthode par la Cour de justice de l'Union européenne, celles-ci semblent cantonnées aux hypothèses où la situation à reconnaître est née dans un État membre⁷.

La condition de monogamie pouvait-elle alors être appréciée directement, par la voie de la méthode substantielle ? Comme il n'existe pas de règle matérielle de droit international privé en vigueur précisant qu'un mariage polygamique est inexistant ou nul,⁸ seule la méthode des lois de police pourrait être ici envisagée. Il semblerait en effet que, dans notre affaire, les juges du fond aient appliqué directement l'interdiction de bigamie édictée à l'article 147 du code

civil. Ils ont même précisé que cette interdiction était d'ordre public. Cela évoque indéniablement une discussion passée : cette disposition est-elle une simple règle matérielle impérative du droit interne, applicable seulement si la loi française est désignée en tant que loi personnelle de l'époux, que l'on pourrait éventuellement évincer pour contrariété à notre ordre public international, ou une loi de police évinçant la règle de conflit de lois et s'appliquant directement dans l'ordre international ? D'un côté, l'article 147 du code civil pose un empêchement à mariage qui s'applique à tout Français, quel que soit le lieu de célébration du mariage qu'il conclut, empêchement qui produit même un effet bilatéral, en ce sens qu'il empêche une personne dont la loi prohibe la polygamie d'en épouser une autre dont la loi l'autoriserait. Ladite loi se trouve alors évincée pour contrariété à l'ordre public international. D'un autre côté, le texte empêche également la célébration d'un mariage polygamique sur le territoire français, même entre personnes dont la loi personnelle autorise la polygamie. Si le mariage est célébré en France, évince-t-on la loi étrangère autorisant la bigamie pour contrariété à l'ordre public international ou bien fait-on une application « immédiate » de l'article 147 du Code civil français, en tant que règle impérative, « d'ordre public », dont l'impérativité est étendue à l'ordre international ?

En définitive, le droit positif combine ces méthodes. Lorsque le mariage est célébré en France, le rattachement territorial avec la France justifie l'application de l'article 147 du code civil en tant que loi de police, serait-il conclu entre étran-

- (6) Civ. 1^{re}, 26 mai 1999, n° 97-16.684, *Belaid*, Rev. crit. DIP 1999. 707, note H. Muir Watt ; Gr. arrêts DIP n° 78 ; JCP 1999, II, 10192, note F. Mélin ; Defrénois 1999. 1261, obs. Massip.
- (7) CJUE, 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman*, qui a imposé la reconnaissance d'un mariage conclu en Belgique entre personnes de même sexe entre un ressortissant roumain et un ressortissant d'un État tiers à l'Union européenne pour en tirer des conséquences sur le droit au séjour.
- (8) La Commission internationale de l'état civil (CIEC) a élaboré un instrument contenant des règles matérielles, mais il n'est pas ratifié par la France : Convention (n° 7) tendant à faciliter la célébration des mariages à l'étranger, signée à Paris le 10 septembre 1964.

gers dont la loi autorise la polygamie.⁹ Lorsque le mariage est célébré à l'étranger, le texte ne s'applique qu'en tant que loi personnelle applicable au Français ou comme loi française substituée à une loi étrangère dont l'application est contraire à l'ordre public international. Par conséquent, l'article 147 du code civil qui interdit la bigamie ne saurait être appliqué ici en tant que loi de police, à un mariage célébré à l'étranger entre personnes qui ne sont pas de nationalité française. Lorsque le mariage est célébré à l'étranger, c'est donc indirectement, par le truchement de la méthode conflictuelle, que l'empêchement de bigamie doit d'abord être apprécié.

B – La loi applicable à la validité du mariage est celle désignée par l'article 3 du code civil

Dans un contexte international, les conditions de validité d'un mariage s'apprécient par application de la loi personnelle des époux, pour les conditions de fond, comme le rappellent d'ailleurs les juges du fond dans notre affaire, et au regard de la loi du lieu de célébration du mariage, pour les conditions de forme. Mais quelle est la règle de conflit de lois qui permet de désigner ces différentes lois ? L'hésitation est permise depuis que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a introduit dans notre code civil deux nouveaux textes ayant cet objet, aux articles 202-1 et 202-2, tandis que la règle de conflit traditionnelle, pour les conditions de fond du mariage, reposait

sur l'article 3, alinéa 3, du Code civil (selon lequel l'état d'une personne est régi par sa loi personnelle) ou encore, pour le Français se mariant à l'étranger, sur l'article 171-1 du même code qui, par renvoi au chapitre relatif aux « qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage », revient à lui appliquer également sa loi nationale. Désormais, la même règle est inscrite très clairement à l'article 202-1, al. 1, 1^{re} phrase, du Code civil : « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle ».

À première vue, cela revient au même et il n'y aurait aucun enjeu à fonder la solution sur l'un ou l'autre texte. En réalité, il n'en est rien car le nouveau texte complète la règle traditionnelle de règles particulières applicables au mariage forcé, au mariage sans intention matrimoniale ou encore au mariage entre personnes de même sexe, règles qui de surcroît ne sont pas toutes de même nature.¹⁰ Comment donc trancher ce conflit transitoire ? La loi du 17 mai 2013 ne comporte pas de disposition transitoire spéciale autre que celle de son article 21 : « Le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu, dans ses effets à l'égard des époux et des enfants, en France, sous réserve du respect des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 et 191 du code civil. Il peut faire l'objet d'une transcription dans les conditions prévues aux articles 171-5 et 171-7 du même code. À compter de la date de transcription, il produit effet à l'égard

- (9) B. Ancel, Nullité pour bigamie d'un mariage contracté entre les mêmes époux déjà mariés par mariage coutumier, note sous Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 00-19.838, Rev. crit. DIP 2004. 395 ; D. 2004. 3171, note J.-G. Mahinga ; *ibid.* 2963, obs. J.-J. Lemouland ; *ibid.* 2005. 1192, obs. P. Courbe et H. Chanteloup ; AJ fam. 2004. 144, obs. F. Bicheron ; RTD civ. 2004. 267, obs. J. Hauser. V. aussi B. Bourdelois, note sous Civ. 2^e, 14 févr. 2007, JDI 2007. 14 ; *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly, 1993. On laissera ici de côté le cas de Mayotte où la célébration de mariages polygamiques a été permise jusqu'à sa suppression complète par l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître. L'article 433-20 du code pénal, interdisant la bigamie, n'y était pas applicable.
- (10) L'art. 202-1, al. 1, *in fine*, C. civ., contient une règle matérielle et son al. 2, une règle de conflit à coloration matérielle, avec des rattachements alternatifs.

des tiers ». Pour l'application dans le temps des nouvelles règles de conflit de lois, on appliquerait donc la jurisprudence *Ortiz-Estacio*, selon laquelle on choisit entre l'ancienne et la nouvelle règle de conflit par extension des principes généraux du droit transitoire.¹¹

La loi nouvelle est alors applicable immédiatement aux situations en cours dont elle régit les effets à venir (ce qui permet d'appliquer immédiatement une nouvelle règle de conflit de lois relative au divorce même à des époux qui se sont mariés avant son entrée en vigueur), mais la loi nouvelle n'est pas rétroactive et ne pourrait faire entrer dans son champ la question de l'appréciation de la validité d'un acte juridique qui doit relever de la règle qui était en vigueur au moment de sa conclusion. On peut illustrer cette interprétation par certaines décisions où la Cour de cassation n'a pas appliqué le nouveau texte à des mariages contractés avant l'entrée en vigueur de la loi, pour des cas où il s'agissait de vérifier l'existence et la qualité du consentement, notamment l'absence d'erreur sur une qualité essentielle du conjoint.¹² La Cour de cassation a pu certes, occasionnellement, appliquer la nouvelle règle de conflit pour un mariage conclu antérieurement, mais le visa citait l'article 202-1 du code civil « dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2014 » (c'est-à-dire l'alinéa 1^{er}, *in fine*) et la combinaison de textes que l'arrêt effectuait était du reste très confuse et donc difficile à interpréter.¹³

Cela tranche assurément avec la stricte orthodoxie du présent arrêt : en commandant l'application de l'article 3 du code

civil à l'appréciation de la validité d'un mariage célébré avant l'entrée en vigueur du nouvel article 202-1, on prend le parti de mettre en œuvre la règle en vigueur au moment de la constitution de la situation juridique. On enseigne certes que la jurisprudence *Ortiz-Estacio* devrait se limiter au cas où la règle de conflit est neutre et indirecte (ce qui est bien celui de l'alinéa 1^{er}, 1^{re} phrase, du nouveau texte, ainsi que de notre classique article 3), et qu'il faut tenir compte des objectifs de la règle de conflit,¹⁴ ce qui ne met pas à l'abri d'une approche différente du conflit transitoire pour l'alinéa 2 et de la 2^e phrase de l'alinéa 1 de l'article 202-1 du code civil. Toutefois, ce tronçonnage ne nuirait-il pas à la cohérence des principes du droit transitoire ? Les conditions de validité d'un acte s'apprécient au regard des règles en vigueur au moment de la conclusion de cet acte et non au regard de celles qui le sont devenues au moment où le juge statue. Si les limites de ce que notre for est prêt à accepter se trouvaient dépassées, on peut toujours opposer à l'application de la loi étrangère désignée au moyen de cette ancienne règle de conflit sa contrariété à notre ordre public international et l'évincer à ce titre...

C – La logique de la méthode conflictuelle

Avant d'en arriver là, il convient naturellement de rechercher d'abord le contenu de la loi désignée, ce qui relève encore de l'office du juge, selon une jurisprudence désormais bien établie,¹⁵ même s'il peut toujours solliciter le concours

(11) Civ. 1^{re}, 13 janv. 1982, *Ortiz-Estacio*, Gr. arrêts DIP n° 62 ; Rev. crit. DIP 1982. 551, note H. Batiffol.

(12) Civ. 1^{re}, 25 mai 2016, n° 15-14.666, D. 2017. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1082, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; Rev. crit. DIP 2016. 668, note E. Ralsler ; Civ. 1^{re}, 16 mars 2016, n° 15-14.365, Dr. fam. 2016. comm. 116, A. Devers ; JCP 2016. 629, note M.-C. de Lambertye-Autrand.

(13) Civ. 1^{re}, 18 mars 2020, n° 19-11.573, D. 2020. 822 ; *ibid.* 2021. 499, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 819, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2020. 428, obs. A. Boiché ; Rev. crit. DIP 2020. 821, note E. Ralsler.

(14) Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10^e éd., n° 324 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso éd., 11^e éd., n°s 252 s. ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, I, PUF, Thémis, 5^e éd., n°s 410 s., spéc. n° 414.

(15) Civ. 1^{re}, 28 juin 2005, *Aubin*, et Com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, *Itraco*, D. 2005. 1883 ; *ibid.* 2748, obs. H. Kenfack ; *ibid.* 2006. 1495, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2005. 645, note B. Ancel et H. Muir Watt.

des parties. Le droit libyen, dans ce domaine, a évolué. Si en 2000, la Libye faisait partie des 49 États admettant la polygamie,¹⁶ il semblerait qu'elle n'y était cependant pas spécialement favorisée sous le régime de Muammar Kadhafi¹⁷. La principale loi régissant la famille est la loi n° 10 de 1984 (telle que modifiée par la loi n° 9 de 1993), qui autorisait la polygamie à condition d'obtenir le consentement écrit de la première épouse et l'autorisation d'un tribunal. C'est peut-être la raison pour laquelle l'arrêt emploie le verbe « autoriser », assez peu familier du contentieux de la validité des mariages. En revanche, depuis octobre 2011, la *Charia* a été adoptée comme loi essentielle, et le Président par intérim a déclaré que les lois en contradiction avec la loi islamique telles que la loi limitant la polygamie et la loi autorisant le divorce seraient nulles et non avenues.¹⁸

Une fois le contenu de la loi étrangère rapporté, il faudra aussi l'interpréter : indiquer la disposition du droit étranger appliquée et expliquer pourquoi elle a été retenue.¹⁹ Le juge doit donc motiver son interprétation de la loi étrangère. Ce n'est qu'ainsi qu'il pourra être vérifié si, dans l'espèce qui nous préoccupe, la loi libyenne *autorisait* réellement la bigamie. En réalité, le droit libyen applicable au moment du mariage semblait exiger une double autorisation : celle de la première épouse et celle d'un tribunal. Le juge ne doit pas s'abstraire de cette

recherche, quand bien même les intéressés ne contesteraient pas, comme ici, que la loi libyenne autorise la bigamie.²⁰ Il doit s'assurer que, concrètement, ces autorisations ont bien été données.

Il s'agit enfin d'appliquer la loi étrangère et de conduire le raisonnement jusqu'au bout : lorsque les droits sont indisponibles, les obligations du juge portent désormais sur l'intégralité du mécanisme conflictuel et il doit, d'office, vérifier, avant de l'appliquer, que la loi étrangère n'est pas contraire à notre conception de l'ordre public international.²¹ Mais qu'en serait-il ici ? Le mariage a été célébré à l'étranger, entre étrangers qui résidaient en Libye, en application d'une loi qui admet la bigamie, la première épouse est elle-même étrangère ; cela conduirait à faire jouer l'ordre public international sous son effet atténué²² : le mariage serait non seulement valable, mais produirait tous ses effets ; par conséquent il peut être dissous par divorce.

Il reste alors une dernière étape stratégique : désigner la loi applicable à ce divorce. Celle-ci déterminera les conditions de celui-ci. Le mari contestait la recevabilité de la requête, mais, subsidiairement, réclamait l'application de la loi libyenne. On le comprend : selon le droit libyen, les femmes peuvent divorcer, mais à des conditions très restrictives : incapacité financière du mari, son absence sans justification, ou son

(16) Précision apportée sous l'art. 432-3, CESEDA, éd. LexisNexis.

(17) Rép. min. n° 51349 : JOAN Q, 20 nov. 2000, p. 6625 ; Le Point, 20 oct. 2011, Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH), Monde arabe : quel printemps pour les femmes ?, p. 37 ; dans sa note sous l'arrêt, un auteur précise aussi : « la loi libyenne n° 10 de 1984 régissant le mariage, le divorce et leurs effets a soumis la célébration d'un mariage polygamique à l'autorisation du juge, qui devait s'assurer de l'existence de conditions préalables [une situation familiale particulière ; un état de santé physique et une situation matérielle permettant au mari d'assumer ses épouses]. La loi n° 22 de 1991 a ajouté une autre condition : le second mariage ne pouvait pas être célébré sans l'accord de la première épouse sous peine de nullité » (J. Guillaumé, JDI 2022, comm. 2).

(18) Libération, Inquiétudes sur la réintroduction de la charia en Libye, 24 oct. 2011.

(19) Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, n° 98-17.416, *Arab Investment Company*, Rev. crit. DIP 2001. 335, note H. Muir Watt.

(20) TGI Tours, 22 juin 2018, n° 18/01678.

(21) Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 03-10.192 et Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 03-16.675.

(22) Jurisprudence *Rivière*, Ch. civ., 17 avr. 1953, *Gr. arrêts DIP* n° 26 ; Rev. crit. DIP 1953. 412, note H. Batiffol ; JDI 1953. 860, note R. Plaisant ; JCP 1953, II, note Buchet ; *RabelsZ* 1955, 520, note Francescakis, et jurisprudence *Chemouni*, Ch. civ., 28 janv. 1958 et Ch. civ., 19 févr. 1963, *Gr. arrêts DIP*, n° 30-31 ; et pour le 1^{er} arrêt : Rev. crit. DIP 1958. 110, note Jambu-Merlin ; D. 1958. 265, note Lenoan ; JCP 1958, II, 10488, note Louis-Lucas ; JDI 1958. 776, note A. Ponsard ; pour le 2^e arrêt : Rev. crit. DIP 1963. 559, note G. H. ; JDI 1963. 986, note A. Ponsard ; Rec. gén. lois, 1963, 315, note Droz.

abandon injustifié de plus de quatre mois; elles peuvent également initier un divorce dans le cadre de la procédure « khôl », mais doivent dès lors rendre leur dot et renoncer à tout entretien financier et si le tribunal estime que la femme est en faute, elle perd le droit de garde de ses enfants.²³

Le mari pouvait-il toutefois raisonnablement voir la loi libyenne appliquée à son divorce? En théorie, c'est vrai, le règlement « Rome III »²⁴ donne aux époux la possibilité de choisir la loi applicable et, parmi les choix possibles, ils peuvent

choisir la loi nationale de l'un d'eux (art. 5). La condition essentielle de ce choix repose toutefois sur l'existence d'une convention qui faisait défaut en l'espèce. La règle subsidiaire prévoit dans ce cas la désignation de la loi de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine du juge (art. 8), ce qui conduit à désigner la loi française. L'article 10 du texte aurait pu conduire au même résultat: lorsque la loi désignée ignore le divorce ou qu'elle contient une inégalité entre époux pour accéder au divorce, le juge fait application de la loi du for. Il reste alors à en vérifier les exigences.

II – L'existence d'un mariage valable serait un préalable au divorce

Qu'une demande en divorce suppose l'existence d'un mariage, cela résonne comme une évidence. Mais c'est là une question de *preuve* de l'union, que nul ne contestait ici, et qui ne préjuge pas de sa validité; faut-il pour autant que ce mariage soit valable? En l'espèce, le mariage dont on demandait la dissolution avait bien eu lieu, en septembre 2000, en Libye, mais ce mariage était le second contracté par le mari, ce qui le rendait bigame. C'était là, selon lui, un obstacle: un mariage entaché de bigamie ne pourrait pas être dissous en France par divorce. La requête en divorce, introduite en France et opposant des époux de nationalité étrangère, serait donc irrecevable pour cause de bigamie de l'un d'eux! Allant plus loin, la cour d'appel semble même voir dans la bigamie une cause d'*inexistence* du mariage alors qu'on y voit généralement une cause possible de sa nullité. Ce point de vue est nettement rejeté par la Cour de cassation, ce qui laisse cependant entrouverte la question des effets

que peut produire le second mariage d'un bigame au regard de sa dissolution par divorce.

A – Un mariage polygamique n'est pas un mariage inexistant (rejet de la théorie de l'inexistence du mariage)

Le mariage célébré en Libye était-il inexistant ou nul? C'est cette question que suggère (entre autres) la lecture d'un extrait de la décision rendue en appel: « Pour déclarer irrecevable la requête en divorce [...], la cour d'appel avait retenu [...] que, la loi française ne reconnaissant pas la bigamie, ce *second mariage n'a pas d'existence légale* [...] ». Était-ce là une qualification délibérée ou une simple tournure de phrase? Pourtant, inexistance et nullité n'obéissent pas au même régime et les conséquences pratiques de l'analyse retenue sont considérables: quelque chose qui

(23) FIDH, *ibid.*

(24) Règl. (UE) n° 1259/2010 du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

n'existe pas ne peut produire d'effet ! Il en résulte plusieurs suites logiques :

Un mariage inexistant ne peut notamment avoir pour effet d'être déclaré « putatif ». Le bénéfice du mariage putatif ne peut être accordé qu'en cas de nullité, et seulement si la loi de la condition violée le permet aussi, comme c'est le cas en droit français.²⁵ Si cet effet est obtenu, le mariage sera anéanti sans rétroactivité, comme un divorce, ce qui entraînera la liquidation du régime matrimonial existant et peut permettre par exemple le versement d'une prestation compensatoire. En revanche, l'absence de mariage, et l'irrecevabilité du divorce qui en découlerait, suppriment du même coup tout espoir de versement d'une quelconque indemnité ce qui, après dix-sept ans de mariage, peut s'avérer matériellement catastrophique pour celui ou celle qui s'est consacré entièrement au foyer familial. De même, cette fois sur le terrain des conséquences extrapatrimoniales, si la nullité du mariage n'a pas d'incidence sur la filiation des enfants nés de l'union (du moins si la loi de la condition violée le prévoit ainsi), la négation du mariage entraînerait assurément l'absence de légitimité des enfants qui en seraient issus. Or, si ce résultat ne préoccupe plus le législateur français qui est même allé jusqu'à supprimer notre règle de conflit de lois en matière de légitimation (art. 311-16, anc., C. civ.), il reste de nombreux systèmes juridiques qui attachent encore une importance très nette à cette distinction entre filiation légitime et non légitime, notamment dans les systèmes juridiques musulmans. Bref, en cas d'inexistence du mariage, les « époux » seraient considérés comme

des concubins qui, ni en droit interne ni en droit international privé, ne bénéficient des honneurs d'une catégorie juridique claire ni d'un régime juridique correspondant et qui, au regard de certains droits étrangers, peuvent même se rendre coupables du délit de fornication (*zina*).

L'inexistence du mariage bigame pourrait aussi avoir d'autres conséquences inattendues : la situation de polygamie dans laquelle l'étranger se trouve disparaîtrait comme par enchantement et ne serait plus un obstacle à l'acquisition de certains droits. Il n'y aurait par exemple plus de raison de lui refuser la possibilité d'acquérir la nationalité française à raison d'un défaut d'assimilation. Or on sait que si la situation de bigamie est expressément considérée comme attestant d'un défaut d'assimilation par certains textes (C. civ., art. 21-4 – acquisition par déclaration à raison du mariage avec un Français), elle est interprétée en ce sens pour d'autres (C. civ., art. 21-24 – acquisition de la nationalité par naturalisation)²⁶. Si l'étranger n'est pas bigame, on peut lui délivrer un titre de séjour, qui ne pourra lui être retiré pour ce motif (CESEDA, art. L. 412-6). À l'inverse des conséquences négatives citées plus haut, l'étranger bigame vivant en France pourrait donc tirer un certain bénéfice de l'inexistence juridique de son mariage. Cela irait évidemment à contre-courant des objectifs posés par la nouvelle loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République et qui réduit encore la liste des effets que peut produire un mariage polygamique, mais c'est pourtant le résultat auquel cela pourrait conduire.

(25) Ch. civ., 6 mars 1956, *Veuve Moreau c/ Dame Bazbaz*, Rev. crit. DIP 1956. 305, note P. Francescakis ; D. 1958. 709, note H. Batiffol ; *Gr. arrêts DIP* n° 28 ; JCP 1956, II, 9549, note A. Weill. Pour le droit français : C. civ., art. 201 et Civ. 1^{re}, 23 oct. 1990, n° 89-10.250, Bull. civ. I, n° 221 ; D. 1991. 214, note C. Mascala ; RTD civ. 1991. 299, obs. J. Hauser ; JCP 1991. II. 21774, note F. Monéger ; Gaz. Pal. 1991. 1. 256, note J. Massip.

(26) La bigamie exclut aussi la communauté de vie, condition nécessaire à l'acquisition de la nationalité française par mariage : Civ. 1^{re}, 4 nov. 2020, n° 19-50.027, D. 2021. 819, obs. J.-J. Lemoulant et D. Vigneau ; RTD civ. 2021. 102, obs. A.-M. Leroyer.

Quoi qu'il en soit, cette théorie de l'inexistence²⁷ n'a pas rencontré beaucoup de succès en droit positif. Notre droit interne ne considère pas non plus la situation de bigamie comme une cause d'inexistence, mais bien comme une cause de nullité absolue (C. civ., art. 184, qui renvoie à l'art. 147, C. civ.). C'est même, statistiquement, l'une des causes de nullité les plus fréquemment invoquées, après celle pour défaut d'intention matrimoniale²⁸. Il est vrai qu'on a parfois pu débattre de la question de la qualification même d'un mariage polygamique, mais celle-ci est résolue par voie d'adaptation des catégories du for.²⁹ La motivation des juges du fond, dans notre affaire, était donc assez surprenante. Dire que « la loi française ne reconnaît pas la bigamie, de sorte que le second mariage n'a pas d'existence légale » méconnaît le sens même de la loi française. Aussi, quand bien même une union serait potentiellement entachée de nullité, la nullité n'est pas de droit : il faut la demander et la faire prononcer en justice.³⁰

B – On ne pourrait dissoudre par divorce qu'un mariage valable

La conséquence principale de ce qui précède est généralement la suivante : tant que le mariage n'est pas annulé, et à partir du moment où son existence est établie, il est présumé valable et produit tous ses effets, serait-il un mariage polygamique. Dans cette der-

nière hypothèse, cela supposera de les adapter comme cela a été récemment illustré dans quelques décisions mettant en jeu le droit de toutes les épouses survivantes à une pension de réversion.³¹ Dans tous les cas, clairement, dans notre affaire, même si elle ne le dit pas directement, la Cour de cassation ne suit pas les juges d'appel dans leur tentative de considérer le mariage bigame comme inexistant. Par conséquent, le mariage bigame autorisé par la loi personnelle de chacun des époux peut produire ses effets en France et notamment être dissous par les juridictions françaises lorsque celles-ci sont internationalement compétentes, cette condition étant remplie si les époux ont leur résidence en France, comme ici.³²

Cependant, la formulation des magistrats reste légèrement ambiguë : la cour d'appel aurait dû « rechercher si la loi personnelle des époux, dont elle avait constaté qu'ils étaient tous deux Libyens, n'autorisait pas la bigamie » (§ 6).

Si la loi étrangère autorise la bigamie, le mariage est valable et le divorce est par conséquent, indéniablement, recevable. Le prononcé d'un divorce permet même de sortir de cette situation de bigamie tandis que l'annulation du mariage s'avère du même coup impossible. Cela prend tout son sens lorsque la famille étrangère vit en France, comme c'était le cas dans notre espèce, d'autant que si un mariage polygamique n'est pas nul, il produit en réalité de moins en moins d'effets.³³ En droit des étran-

(27) Introduite par Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. IV, 4^e éd., n° 450 s.

(28) G. Raoul-Cormeil, La conception objective de la bigamie, cause de nullité absolue du mariage, D. 2012. 258.

(29) Not., H. Fulchiron, Le droit français et les mariages homosexuels, D. 2006. 1253.

(30) A. Bénabent, *Droit de la famille*, LGDJ, Lextenso éditions, 3^e éd., 2014, n° 231 ; F. Terré, C. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, Dalloz, Précis, 9^e éd., 2018, nos 146 s. Une action en justice est nécessaire pour constater la nullité de l'union, dès lors qu'il y a eu une apparence de célébration : Req. 14 mars 1933 : DH 1933, p. 219 ; Civ. 1^{re}, 9 oct. 1991, n° 89-21.902, Rev. crit. DIP 1992. 61, note P. Lagarde.

(31) Civ. 2^e, 9 oct. 2014, n° 13-22.499, et 12 févr. 2015, n° 13-19.751, Rev. crit. DIP 2015. 621, note E. Ralser.

(32) En vertu du Règlement « Bruxelles II bis » (Règl. (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale). Le Règlement « Bruxelles II ter » n'entrera en application que le 1^{er} août 2022 (Règl. (UE) n° 1111/2019 du 25 juin 2019).

(33) F. Jault-Seseke, Divorce et polygamie, note sous l'arrêt commenté, D. 2022. 389 ; La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République. Aperçu des dispositions relatives au droit des étrangers et au droit international privé, AJ fam. 2021. 472.

gers, par exemple, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ne permet pas à l'étranger polygame de faire venir en France toutes ses épouses par regroupement familial, limite la délivrance de certains titres de séjour ou ne lui garantit plus une immunité contre l'expulsion. Certaines de ces restrictions existaient déjà tandis que d'autres ont été renforcées par la loi précitée du 24 août 2021. Cette loi a également mis un terme aux effets que produit un mariage polygamique en matière de pension de réversion,³⁴ ce qui ne rend pourtant pas complètement obsolète la jurisprudence citée plus haut (selon laquelle le mariage doit d'abord être annulé avant d'être privé d'effets).

Si la loi étrangère n'autorise pas la bigamie, que se passerait-il dans ce cas ? Le mariage serait donc *a priori* nul, mais produirait-il des effets tant que la nullité ne serait pas prononcée ? La requête en divorce serait-elle irrecevable ? Cela irait à contresens des conséquences rappelées plus haut et n'est-ce d'ailleurs pas plutôt à la loi applicable au divorce de délimiter les conditions de sa recevabilité sur le fond, ou bien à la loi du for, en tant que loi applicable à la procédure ? Silencieuse sur ce point, la présente décision pourrait-elle donc remettre en cause cette solution ? Pourrait-elle signifier que si la loi personnelle des époux n'autorise pas la bigamie, le mariage est privé de tout effet y compris celui, ultime, de permettre le relâchement du lien conjugal par séparation de corps ou sa dissolution par divorce ? Dans le prolongement de la jurisprudence *Veuve Moreau*, cela ne reviendrait-il pas à donner à la loi de la condition violée le soin de dire les conséquences à tirer de la

nullité du mariage, y compris celle de savoir si cela conduit à paralyser une demande en divorce ?

D'un côté, cela nous semble peu opportun : si le divorce n'empêche pas un ex-époux de demander la nullité du mariage dissous pour bigamie s'il justifie d'un intérêt à agir,³⁵ l'inverse semble également envisageable : il pourrait y avoir un intérêt à demander la dissolution du mariage bigame par divorce, plutôt que de faire prononcer sa nullité, notamment si l'on craint de ne pouvoir bénéficier, comme en droit français, du mariage putatif.

De l'autre, ce serait nous semble-t-il confondre la question de la recevabilité du divorce avec celle de la question préalable de la validité du mariage. C'est la loi applicable au divorce qui précise si, sur le fond, la requête est recevable. On pourra donc s'étonner, avec un autre auteur, que cette loi n'ait pas été déterminée en premier lieu, même si cela n'empêche pas que soit soulevée la question préalable de la validité du mariage.³⁶ La loi du divorce exige-t-elle que le mariage existe ? exige-t-elle, en sus, que le mariage soit valable ? Si l'un des plaideurs soulève alors l'exception de nullité, le juge devra alors effectivement résoudre cette question préalable en premier lieu. Que la loi du divorce n'ait pas été précisée est d'autant plus étonnant que, en première instance, c'est bien en partie sur ce terrain que se plaçait *a priori* l'époux libyen (même s'il prétendait à titre principal que son second mariage ne pouvait être reconnu en France, comme contraire à l'ordre public) : en premier lieu il demandait l'application de la loi libyenne et, en

(34) Le nouvel article L. 161-23-1, A du code de la sécurité sociale prévoit désormais qu'elle « ne peut être versée qu'à un seul conjoint survivant » ; v. aussi C. Bois-Farinaud et M. Poncet, *Dissolution du mariage bigame*, Dr. fam. 2022. Comm. 25.

(35) Civ. 1^{re}, 12 avr. 2012, n° 11-11.116, D. 2012. 1125 ; *ibid.* 2013. 1089, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2012. 412, obs. J. Antipapas ; RTD civ. 2012. 511, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2012. Comm. 115, note V. Larribau-Terneyre.

(36) F. Jault-Seseke, *Divorce et polygamie*, D. 2022. 389, et rappelant que l'article 1^{er} du texte renvoie aux droits nationaux l'appréciation de la validité du mariage, et que l'article 13 envisage la possibilité pour un juge de ne pas prononcer le divorce (en application du règlement) s'il ne considère pas le mariage comme valable.

conséquence, de voir déclarer irrecevable la demande en divorce.³⁷ Les premiers juges ont alors examiné la recevabilité de la demande en vérifiant (succinctement) la validité du mariage en application de la loi personnelle des époux ; ce mariage étant selon eux valable, il pouvait être dissout par divorce. Ce n'est que dans un second temps qu'ils ont déterminé la loi applicable au divorce (par application du règlement « Rome III »). C'est en appel que le mari, réclamant toujours l'application de la loi libyenne, précise qu'il faut en conséquence déclarer irrecevable la demande en divorce de son épouse comme contraire à celle-ci (très restrictive quand la requête en divorce est formulée par l'épouse). Mais cette argumentation était présentée à titre subsidiaire et la cour d'appel n'avait alors retenu que la première question tenant à la violation selon elle de l'article 147 du code civil, qu'elle avait appliqué directement, sans la médiation de la règle de conflit de lois. Il est probable que, sous l'influence d'une argumentation de l'époux qui pouvait prêter à confusion et sous celle des récents changements du droit français restreignant les effets d'un mariage polygamique, les juges d'appel se sont un peu emballés... Ils ont pu aussi, tout simplement, faire une interprétation extensive de l'article 13 du règlement « Rome III » qui, dans des termes généraux, n'oblige pas le juge à prononcer un divorce qu'il ne considère pas comme valable et qui même, à la lumière du considérant n° 26, assimile le mariage non valable à un mariage inexistant, interprétation que, comme nous l'avons dit plus haut, rejette la Cour de cassation.

Le tout est bouclé et l'interprétation à donner à l'arrêt pourrait être la suivante : le juge saisi d'une demande en

divorce intervient dans une matière où les droits sont indisponibles. Une fois vérifiée sa compétence internationale, il examine la recevabilité de la demande, en application ici du droit français, désigné par la règle de conflit européenne³⁸. Comme l'y invite le règlement, et même si cette précision avait été introduite pour refuser de prononcer le divorce d'un couple homosexuel, si la question de la validité du mariage à dissoudre se pose, il ne faut pas y répondre par application immédiate de la loi du for, mais la traiter comme une question préalable qui doit être résolue indépendamment de la question principale, en mettant en œuvre la règle de conflit de lois correspondante, dans tous ses éléments et d'en tirer toutes les conséquences. Il pourrait même être envisagé, ne l'oublions pas, d'écartier l'application de la loi étrangère si celle-ci venait à heurter les principes et valeurs auxquels la société française est attachée, comme le principe d'égalité entre l'homme et la femme et entre les époux, à tous les stades de leur union³⁹. Rappelons aussi que selon la loi du juge ici saisi, la nullité d'un mariage ne se confond pas avec son inexistence et n'empêche pas d'introduire une demande en divorce, tant que la nullité de l'union n'a pas été prononcée. D'ailleurs, si le texte européen « n'oblige pas » le juge à prononcer le divorce quand le mariage n'est pas valable, il ne le lui interdit pas non plus. C'est à notre sens l'orientation qu'il faudrait donner aux contentieux qui pourraient, en matière de divorce, se présenter sous cet angle, car si la nullité de l'union ne conduit pas nécessairement à l'issue la plus favorable, au regard des droits et libertés fondamentaux, il peut en être de même de son inexistence.

- (37) Nous tenons ici à remercier tout particulièrement M^e Laurent Goldman qui nous a permis de prendre connaissance des décisions des juges du fond.
- (38) Le juge semble désormais également tenu de soulever la règle de conflit de lois lorsque celle-ci est issue du droit de l'Union européenne et revêt un caractère impératif : Civ. 1^{re}, 26 mai 2021, n° 19-15.102, D. 2021. 1522, note J. Guillaumé ; JCP 2021. 733, L. d'Avout.
- (39) Art. 5 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.