

**N° 369834**  
**M. C... et autres**

**370459, 370468, 370583, 370697**  
**Union départementale des associations**  
**familiales des Hauts-de-Seine**

**M. C... et autres**

**Confédération des associations familiales**  
**catholiques**

**Union des familles en Europe**

**10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> sous-sections réunies**  
**Séance du 23 novembre 2015**  
**Lecture du 18 décembre 2015**

## **CONCLUSIONS**

**Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public**

Ces litiges vous replongeront dans l'effervescence qui a marqué en France l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. On sait que les opposants à ce qu'il est convenu d'appeler le « mariage pour tous » ont pour beaucoup choisi la voie de la « manif' pour tous » pour exprimer dans la rue leur mécontentement. Une proportion moindre mais pas anecdotique a également choisi votre prétoire comme forum d'expression. Vous voilà donc saisis de cinq requêtes, mais au soutien desquelles se sont greffées plus de mille interventions, tendant à l'annulation de différents textes pris dans le sillage de la loi en cause : sous les numéros 370459, 370468, 370583 et 370697, le décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 portant application de la loi, l'arrêté du même jour modifiant le contenu du livret de famille et la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi adressée aux procureurs généraux et procureurs de la République ; sous le numéro 369834, la circulaire du ministre de l'intérieur du 13 juin 2013 relative aux « conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier d'Etat civil ».

Nous commencerons par le premier bloc de requêtes, que vous joindrez.

Toutes les associations, dont le statut renferme chaque fois une allusion à ce que la famille, qu'elles se donnent toutes pour mission de protéger, doit être fondée par un homme et une femme, nous semblent avoir intérêt pour agir. Il en va différemment M. et Mme Paul, qui ne se prévalent que du traumatisme infligé par la dégradation de l'institution du mariage que représente la loi à leurs yeux, mais dont les conclusions sont sauvées par leur présentation conjointe avec celles, recevables, de l'Union des familles d'Europe. Nous sommes également

sceptique sur l'intérêt pour agir des maires qui vous saisissent sous le numéro 370468 en se prévalant de leur seule qualité d'officier d'état civil. Vous savez que les fonctionnaires et leurs syndicats n'ont en principe par qualité pour, si l'on simplifie, discuter les ordres. Par analogie nous ne voyons pas bien en quoi les officiers d'état civil, qui exercent leur fonctions au nom de l'Etat sous l'autorité hiérarchique des procureurs, devraient pouvoir contester les textes qu'ils sont chargés d'exécuter dans l'exercice de fonctions, aussi révéulsés soient-ils à cette perspective. Et si vous cherchiez à transposer aux officiers d'état civil la réserve, admise pour les fonctionnaires des atteintes à leurs droits statutaires (ce qui n'est pas vraiment pertinent pour les maires) ou leurs prérogatives (CE, Assemblée, 26 octobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*, n° 26266, p. 391), ou à leurs conditions d'emploi et de travail des (CE, 11 octobre 1985, *Syndicat général de la recherche agronomique CFDT*, n° 28106, p. 278), nous peinerions à trouver de tels effets ici. La seule mesure qui pourrait y prétendre serait le rappel, dans la circulaire, de ce que la loi du 17 mai 2013 place expressément les officiers d'état civil sous le contrôle des procureurs de la République. Mais outre que la loi ne procède sur ce point, nous y reviendrons, qu'à une codification de l'existant, ce passage de la circulaire n'est pas visé en tant que tel par la requête.

S'agissant des interventions au soutien de la requête de la Confédération nationale des associations familiales catholiques, leur recevabilité au regard de la jurisprudence CE, Section, 25 juillet 2013, *OFPRA c/ A...*, n° 350661, p. 224, qui exige « un intérêt suffisant eu égard à la nature et à l'objet du litige », ne fait pas de doute en tant qu'elles émanent de l'Union des familles en Europe, requérante recevable sous un autre numéro, et des associations Collectif familles 94 et Cosette et Gavroche, qui ont pour objet la défense du modèle familial fondé sur le couple homme/femme. Elle nous semble plus douteuse pour les autres associations (Agence européenne des adoptés, Juristes pour l'enfance et Parti des enfants du monde) dont l'objet vise la protection de l'enfance en des termes extrêmement généraux. Même chose, pour les mêmes raisons, pour les particuliers se prévalant de leur qualité de parents et les 26 intervenants au soutien de la requête de l'Union des familles d'Europe, qui ne démontrent en rien être affectés par les quelques dispositions des textes relatives à la filiation et à l'adoption. Vous n'admettez donc trois interventions.

Pour ajouter encore un peu de sel à l'instruction des dossiers, l'Union des familles d'Europe a cru devoir présenter vendredi après-midi une question prioritaire de constitutionnalité portant sur des dispositions de la loi du 17 mai 2013. Nous n'ignorons pas son caractère prioritaire, mais compte tenu de l'argumentation qui y est développée, nous croyons plus pédagogique de la traiter, dans les conclusions, avec les autres moyens de légalité interne.

Les moyens sont presque aussi nombreux que les intervenants, mais encore plus inconsistants que nombreux.

Des moyens de légalité externe sont dirigés respectivement contre le décret, l'arrêté et la circulaire.

S'agissant du décret, il n'avait pas à être contresigné par la ministre des affaires sociales et de la santé, en l'absence de mesures d'exécution devant nécessairement être prises par elle.

S'agissant de l'arrêté, il pouvait légalement être signé par la chef de service adjointe à la directrice des affaires civiles et du sceau et par le directeur général des collectivités territoriales au nom respectivement de la garde des sceaux et du ministre de l'intérieur. C'est l'effet de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, dont les 1° et 2° donnent aux directeurs et chefs de service délégation de signature automatique du ministre, ès qualité. Quant au moyen tiré du défaut de consultation de la commission consultative d'évaluation des normes, à supposer que celle-ci soit requise, il manque en fait.

S'agissant enfin de la circulaire, elle est adressée par la garde des sceaux aux services placés sous son autorité et se borne à interpréter, de façon certes impérative, les dispositions de la loi sans édicter de règle nouvelle : elle n'est donc entachée d'aucun des deux cas d'incompétence proscrits par votre jurisprudence *Duvignères* (CE, Section, 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, n° 233618, p. 463). En particulier, la ministre n'innove guère en rappelant que le mariage religieux ne revêt aucune valeur juridique ; l'allusion faite au « caractère républicain du mariage » est une reprise du nouvel article 165 du code civil ; c'est l'article 432-1 du code pénal, et non la circulaire, qui interdit aux maires de faire échec à l'exécution de la loi<sup>1</sup> ; la ministre n'invente rien en expliquant que les dispositions des articles 357 et 363 du code civil issus de la nouvelle loi sont, faute de dispositions transitoires, d'application immédiate ; et elle pouvait compétemment, dans le cadre de son pouvoir d'organisation du service, demander aux officiers d'Etat civil d'informer les futurs époux de l'état du droit s'appliquant à eux.

Au fond, le premier moyen à examiner est celui demandant le renvoi au Conseil constitutionnel de la question de conformité à la Constitution de certaines décisions de la loi du 17 mai 2013.

La première branche du moyen porte sur l'article 5 de la loi, qui a modifié l'article 165 du code civil pour y préciser que le mariage est célébré publique « lors d'une cérémonie républicaine ». Il est applicable au litige (la circulaire en particulier s'y réfère). Mais malheureusement pour les requérants, il a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013. L'article 62 de la Constitution fait donc obstacle à ce que vous vous prononciez à nouveau.

La seconde branche du moyen semble dirigée contre la loi dans son ensemble : sans doute peut-on estimer qu'il a une portée utile s'agissant des seules dispositions de celle-ci, applicables au litige, qui n'ont pas été déclarées conformes dans la décision précitée du Conseil constitutionnel.

Même si l'on fait cet effort, le moyen est dépourvu de sérieux. Il consiste à soutenir que la loi serait contraire à l'article organique LIV de la convention du 26 messidor an IX, que la loi du 18 germinal an X a rendu exécutoire sur le territoire français, selon lequel « *Les curés ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront, en bonne et due forme,*

---

<sup>1</sup> « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

*avoir contracté mariage devant l'officier civil* ». Bien entendu, un tel moyen ne relève pas de la QPC. Mais il s'en déduirait que la loi serait inapplicable en Alsace-Moselle et que du coup, elle créerait une rupture d'égalité inconstitutionnelle en tant qu'elle ne s'appliquerait pas à l'ensemble du territoire.

Le chemin le plus court pour répondre est d'affirmer, ce qui ne fait aucun doute, que la possibilité d'unir civilement par le mariage des personnes de même sexe ne modifie en rien l'obligation faite aux « curés » de ne marier que des personnes ayant contracté mariage civil, ni ne les oblige, comme semble le suggérer le mémoire, à marier des personnes de même sexe religieusement.

Vous ne renverrez donc pas la QPC au Conseil constitutionnel.

Les autres moyens de légalité interne sont dirigés tous azimuts contre l'ensemble des textes attaqués ainsi que contre la loi elle-même. Ils sont presque tous tirés de la méconnaissance de conventions internationales, les requérants s'étant sans doute avisés de ce que, le Conseil constitutionnel ayant déclarée la loi conforme à la Constitution dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, leur argumentation dirigée contre le principe même d'unir par le mariage des couples de même sexe avait, sur le terrain du droit national, peut de chance de prospérer.

Plusieurs des stipulations invoquées ne peuvent utilement l'être.

C'est le cas, d'abord, de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, qui n'a pas été ratifiée par la France (JRCE, 21 mai 2014, *SARL Dakar Ice*, n° 379812).

C'est le cas, ensuite, de plusieurs stipulations dépourvues d'effet direct. Contrairement à ce que certains des requérants soutiennent, vous n'avez en effet pas abandonné ce critère d'invocabilité d'une convention hors droit de l'Union européenne (v. sur le refus d'un tel abandon même partiel votre décision CE, Assemblée, 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des immigrés et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, n° 322326, p. 142), et vous ne l'avez en particulier pas fait à l'occasion d'une décision CE, Section, 31 octobre 2008, *SFOIP*, n° 293785, p. 374, invoquée par les requérants, qui juge pourtant précisément que les articles 3-2 et 3-3 de la convention de New York relative aux droits de l'enfant, qui sont dépourvus d'effet direct. Vous prenez en compte, pour déterminer l'existence ou non d'un tel effet, l'intention exprimée des parties, l'économie générale du traité ainsi que son contenu et ses termes. L'effet direct est dénié lorsque la convention a pour objet exclusif de régir les relations entre Etats ou qu'elle requiert l'intervention d'un acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers.

A l'aune de ces critères, les conventions internationales d'état civil n°s 3, 15, 16 et 26, qui sont relatives aux obligations qui s'imposent aux Etats parties pour favoriser l'échange international d'informations entre officiers d'état-civil, n'ont pas pour objet de créer pas de droits dans le chef des particuliers et sont dans leur ensemble dépourvues d'effet direct. Pour rassurer les requérants sur le respect par la France de ses engagements internationaux, nous précisons qu'à supposer même que les modèles d'actes de mariage et de naissance annexés à l'arrêté et à la circulaire prévoyant la prise en compte de mariages entre personnes

de même sexe aient méconnu les stipulations prescrivant l'identification, sur les actes d'état civil, de cases « mari », « femme », « père » et « mère », ce problème a été résolu par une convention n° 34 du 14 mars 2014, désormais ratifiée par la France, qui adapte les formulaires internationaux.

Pas d'effet direct non plus, à notre sens, pour les stipulations du 2 de l'article 1 et de l'article 2 de la charte des Nations-Unies signée à San Francisco le 26 juin 1945, qui stipulent que l'Organisation des Nations-Unies respecte un principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats membres, ce qui ne crée aucun droit pour les particuliers. En tout état de cause, l'obligation faite par le point 2.1.3 de la circulaire aux officiers d'état civil d'informer les futurs époux de même sexe dont l'un au moins est ressortissants d'un Etat où le mariage homosexuel est prohibé des risques qu'ils encourent au regard de la législation applicable dans celui-ci ne constitue en rien une ingérence dans les affaires des Etats concernés.

Au nombre des stipulations invoquées qui, elles, sont d'effet direct, figure l'article 23 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 (v. CE, 26 septembre 2008, *Association collectif contre l'handiphobie*, n° 248357, p.). Ces stipulations prévoient que le droit de se marier et de fonder une famille « est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile ». Mais même si, à l'époque où la convention a été rédigée, ses rédacteurs percevaient sans doute le mariage comme ayant vocation à unir un homme et une femme, l'unique objet de cette stipulations est d'assurer à l'homme comme à la femme le droit de se marier et d'instaurer un âge plancher (l'âge nubile) en-deçà duquel le mariage ne peut être contracté. Elle n'impose donc en rien que le couple marié soit hétérosexuel (v., même s'il ne vous lie pas, le raisonnement mené par la Cour EDH s'agissant de l'article 12 de la Convention qui prévoit que « l'homme et la femme (...) ont le droit de se marier », pour démontrer qu'il n'interdit ni n'impose le mariage entre personnes de même sexe, quand vient même seul le mariage hétérosexuel était envisagé à la date de conclusion de la convention : CEDH, Première section, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, § 54 à 66, même s'il tient compte également de l'article 9 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

Bien qu'ils commencent par la formule « les Etats parties » qui a longtemps, avant la clarification apportée par la décision *GISTI* précitée, été la marque de l'absence d'effet direct, nous pensons qu'un tel effet s'attache aux stipulations de l'article 21 de la convention internationale des droits de l'enfant, qui imposent aux Etats d'assurer un certain nombre de garanties en matière d'adoption internationale, et de son article 22, qui leur impose de prodiguer une aide humanitaire aux enfants réfugiés. Les termes de « père et mère » sont employés dans ces stipulations à plusieurs reprises, pour affirmer que : « l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux », que l'enfant réfugié est visé « qu'il soit seul ou accompagné de ses père et mère ou de toute autre personne », et qu'il convient d'« aider les enfants qui se trouvent en pareille situation et pour rechercher les père et mère ou autres membres de la famille ». Les requérants en déduisent que ces stipulations impliquent que les parents soient de sexe différent, et condamnent donc en partie la possibilité d'adoption par des couples de même sexe ouverte par l'ouverture à ces derniers de l'institution du mariage. Or rien de tel, les stipulations visant très nettement, comme la référence systématique à tout autre membre de la famille le souligne, le ou les père(s) et/ou mère(s), le cas échéant. Même raisonnement pour les stipulations invoquées, d'ailleurs sans grande précision, de la convention sur la protection des

enfants et l'adoption internationale signée à la Haye le 29 mai 1993, dont aucune n'a pour objet, en visant les parents, d'imposer qu'ils désignent un homme et une femme.

L'article 1<sup>er</sup> de la convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages conclue à New-York le 7 novembre 1962, qui exige le libre et plein consentement des époux, est d'effet direct à nos yeux. Quant à l'article 2, qui stipule que : « Les Etats parties à la présente Convention prendront les mesures législatives nécessaires pour spécifier un âge minimum pour le mariage. Ne pourront contracter légalement mariage les personnes qui n'auront pas atteint cet âge, à moins d'une dispense d'âge accordée par l'autorité compétente pour des motifs graves et dans l'intérêt des futurs époux », nous pensons que même s'il renvoie à la législation des Etats membres le soin de fixer l'âge minimum, il crée le droit dans le chef des particuliers de bénéficier d'une législation protectrice dans cette mesure.

Pour autant, l'invocation de ces stipulations à l'encontre des textes contestés nous semble totalement inopérante, les premières n'imposant rien quant au sexe des personnes contractant mariage, et les seconds ne portant pas sur le consentement au mariage ou l'âge pour le conclure. Même effet direct, mais même inopérance, s'agissant des stipulations de la convention sur les régimes matrimoniaux de La Haye du 14 mars 1978, qui a pour seul objet de déterminer la loi interne applicable en cas de mariage en fonction de la nationalité et du lieu de résidence des époux.

Enfin, la circulaire n'ajoute rien à la loi en prévoyant une célébration républicaine du mariage civil. Dès lors, les nombreux moyens selon lesquels elle méconnaîtrait par elle-même, sur ce point, un certain nombre de conventions internationales est dépourvu de portée. Quant à la loi, qui précise ce caractère républicain de la célébration, le seul défaut que nous lui trouvons est d'être très largement dépourvue de caractère normatif. Ainsi que le précise la garde des sceaux elle-même dans la circulaire litigieuse, cette précision « ne modifie par les conditions de célébration du mariage », dont le déroulement reste inchangé – publication des bans, vérifications légales visant à s'assurer de la véritable intention matrimoniale des époux, lecture du code civil, signature des registres et remise du livret de famille. L'intention du législateur était seulement d'inscrire dans la loi un symbole, afin d'ancrer dans les textes la solennité du mariage civil, seul à produire des effets juridiques, mais pourtant perçu comme une formalité moins marquante que le mariage religieux par certains futurs époux. En particulier, il ne s'agit pas de faire obligation aux époux, en particulier étrangers, desquels il n'est pas exigé qu'ils portent serment d'allégeance à la République, d'adhérer aux valeurs de cette dernière. Au regard de cette portée symbolique, nous sommes d'avis que la loi ne peut méconnaître aucune convention.

Après les moyens d'inconventionnalité, nous retrouvons, cette fois sous l'angle de leur méconnaissance par les textes attaqués, des textes concordataires, ainsi que de l'article 433-21 du code pénal qui punit de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende tout ministre du culte célébrant un mariage religieux sans que lui soit justifié l'acte de mariage civil préalablement conclu. Ainsi que nous l'avons vu, les textes attaqués ne modifient en rien l'état du droit sur la subordination du mariage religieux au mariage civil et le moyen ne vaut donc rien.

Vous écarterez donc l'ensemble des moyens dirigés contre ce premier bloc de textes.

\*

Nous en venons à la requête dirigée par M. C... contre la circulaire du ministre de l'intérieur du 13 juin 2013 adressée aux préfets et relative aux « conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier d'état civil ».

A l'appui de leur requête, les requérants avaient soulevé une QPC à l'encontre des dispositions des articles 34-1, 74 et 165 du code civil ainsi que de l'article L. 2122-18 du CGCT, par laquelle ils critiquaient l'incompétence négative du législateur à n'avoir pas introduit de « clause de conscience » permettant aux officiers d'état-civil de s'abstenir de célébrer un mariage entre personnes de même sexe. Par une décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, le CC a déclaré ces articles conformes à la Constitution.

Nous pensons pour le coup, même si votre décision de renvoi de la QPC ne préjuge pas forcément la question (CE, 21 novembre 2014, *Société mutuelle des transports assurances*, n° 384353, T. p.), que les maires en question ont intérêt pour agir en leur qualité d'officiers de l'état civil, ceux-ci étant la cible des instructions données aux préfets.

Pour le même motif, vous admettez les interventions émanant de maires, d'adjoints ou de conseillers municipaux susceptibles de recevoir délégation pour célébrer des mariages.

Le premier moyen est tiré de ce que la circulaire méconnaîtrait par elle-même, en ce qu'elle consacre l'absence d'une « clause de conscience » ouverte aux officiers d'état civil ne souhaitant pas célébrer des mariages entre personnes de même sexe, la liberté de conscience garantie par la Constitution. Mais le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision n° 2013-353 QPC écartant le même moyen dirigé contre les dispositions de la loi elle-même, « qu'en ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil ; qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience ». Cette réponse, que vous ne pouvez que faire vôtre, fait doublement tomber le moyen, en estimant implicitement que le vice allégué se niche dans la loi et non dans la circulaire, et en jugeant surtout que la liberté de conscience n'est pas méconnue.

Le moyen suivant, sur le fond, est le même, mais il est soulevé cette fois sous l'angle de la conventionnalité, au titre des articles 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 18 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, relatifs à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Les deux articles sont bien d'effet direct (v., pour l'article 18, parmi de nombreuses décisions ou vous écarté le moyen tiré de sa méconnaissance au fond : CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, n°s 269077 269704, T. p. ; pour l'article 9, même si c'est évident : CE, 22 février 1995, *Mme X...*, n° 120407, T. p.). Sous cet angle, la loi elle-même peut utilement être visée, et la décision du Conseil constitutionnel ne vous tient que par son autorité persuasive.

Pour autant, nous n'avons pas d'hésitation à vous proposer de faire la même réponse sur le terrain conventionnel que celle que le Conseil constitutionnel a faite sur le terrain de la Constitution.

D'abord, parce que telle est, sous l'angle de l'article 9, la jurisprudence de la Cour EDH elle-même, qui a jugé que les couples homosexuels se trouvent dans une situation comparable à celle des couples hétérosexuels pour ce qui est de leur besoin de protection juridique et de protection de leur relation, et surtout que la Convention laisse aux autorités nationales une marge d'appréciation importante en la matière (CEDH, Quatrième Section, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*, req. nos 48420/10 ; 59842/ 10 ; 51671/10 et 3516/10, § 79 à 88 et 102 à 106 ; v. aussi CEDH, 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/04, §97) ; (arrêt *Schalk et Kopf* précité §§ 99-108).

D'autre part parce que c'est également l'orientation de votre jurisprudence, qui affirme très radicalement, s'agissant certes du service militaire, que l'objection de conscience n'est pas au nombre des droits civils et politiques reconnus par l'article 18 du Pacte (CE, 3 novembre 2003, *M. H...*, n° 239559, inédite).

Enfin parce que nous approuvons ces jurisprudences : aucun des deux articles invoqués ne consacre une liberté absolue et l'intérêt général qui s'attache au bon fonctionnement et à la neutralité du service public de l'état-civil justifie pleinement les restrictions apportées à la liberté de conscience des officiers de l'état civil.

Vous écarterez donc le moyen d'inconventionnalité.

Deux moyens sont ensuite dirigés contre les dispositions de la circulaire relatives au signalement par les préfets des situations dans lesquelles des officiers de l'état-civil feraient obstacle au déroulement de certains mariages. Il est d'abord soutenu qu'elles impliqueraient la création d'un fichier de données à caractère personnelles sans respecter pour autant les dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite informatique et libertés. Mais rien ne laisse à penser qu'un fichier pourrait être mis en place, de sorte que le moyen est totalement inopérant. Il est ensuite soutenu qu'elles méconnaissent l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 qui prévoit la communication aux fonctionnaires faisant l'objet d'une procédure disciplinaire de leur dossier. Contrairement à ce qui est soutenu, cet article n'interdit pas de faire figurer certaines mentions au dossier de l'agent, pas plus d'ailleurs que la circulaire attaquée ne prescrit d'y inscrire quoi que ce soit. Le moyen est donc inopérant également.

Un autre moyen repose sur l'idée que la circulaire, en précisant que « l'officier d'état-civil ne peut refuser de célébrer un mariage », interdirait qu'il s'abstienne de célébrer un mariage au profit d'un autre officier de l'état-civil. En d'autres termes, un maire qui ne souhaite pas célébrer un mariage ne pourrait pas se faire remplacer. Mais telle n'est pas du tout la portée de la circulaire, qui précise non seulement que l'officier d'état-civil peut refuser de célébrer un mariage dans les cas prévus par la loi (existence d'une opposition régulièrement formée, empêchement à mariage, absence des formalités administratives requises par le code civil), mais également qu'il peut se faire remplacer par un autre officier d'état civil s'il le souhaite, pour peu que la situation n'aboutisse pas à un refus pur et simple de célébration par quiconque, ce que les exigences de bon fonctionnement et de la neutralité du service public interdiraient.

De la même façon, la circulaire ne prévoit pas que l'abstention d'un officier de l'état-civil donné de célébrer lui-même un mariage constituerait un délit au regard de l'article 432-1 du code pénal, qui sanctionne le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi : le moyen tiré de méconnaissance de cet article au motif qu'il n'a pas vocation à punir de délits par omission doit donc être écarté. Même chose pour le moyen de méconnaissance, pour le même motif, des articles 225-1 et 432-7 du code pénal, relatifs aux discriminations commises par les personnes dépositaires de l'autorité publique dans l'exercice de leurs fonctions : la circulaire n'indique pas qu'ils s'appliqueraient à une abstention de célébrer soi-même, mais simplement à une entrave aboutissant à un refus pur et simple de célébration.

Le moyen d'incompétence négative de la circulaire à n'avoir pas indiqué les conditions dans lesquelles un maire refusant de célébrer un mariage pourrait bénéficier de la protection fonctionnelle est inopérant : une circulaire n'est jamais entachée d'incompétence négative, puisque son édicton n'est jamais juridiquement requise sur aucun point (CE, 8 décembre 2000, *Syndicat Sud-PTT-Pays de Savoie*, T. p. 1141 ; CE, 14 mars 2003, *Le G...*, T. pp. 617-897 ; CE, 30 mars 2005, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, n° 266127, T. p. ; pour un rappel récent, CE, 9 novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) et SARL Les producteurs de la Plume et M. B... M'A...M'A...*, n°s 376107 376291, p.).

En définitive – nous avons gardé le meilleur pour la fin –, il n'est que le dernier moyen qui ait un intérêt. Il est tiré de ce que le ministre aurait commis une erreur de droit en écrivant dans sa circulaire que le préfet ne peut pas utiliser son pouvoir de substitution au maire dans un domaine de compétence du Procureur de la République (v. aussi la réponse ministérielle à la question écrite n° 8620 posée par le député Gérald Darmanin, publiée au JO du 10 mars 2015).

Les requérants font valoir que l'article L. 2122-34 du code général des collectivités territoriales, qui dispose que le « Dans le cas où le maire, en tant qu'agent de l'Etat, refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, le représentant de l'Etat dans le département peut, après l'en avoir requis, y procéder d'office par lui-même ou par un délégué spécial », ne fait réserve d'aucune matière, et notamment pas des dispositions de l'article L. 2122-32, figurant au sein de la même subdivision du code relative aux « attributions exercées au nom de l'Etat », qui disposent que « Le maire et les adjoints sont officiers d'état civil. »

Eu égard à l'économie du code, le moyen ne manque pas de force. Il en acquière encore à la lecture des travaux préparatoires de la loi du 18 juillet 1837 dont sont issues les dispositions relatives au pouvoir de substitution, qui laissent clairement entendre que ce pouvoir de substitution s'étend aux actes de l'état-civil.

Mais d'une part, en 1837, le pouvoir de substitution n'était pas borné, comme il l'a été par la suite, aux activités des maires agissant au nom de l'Etat, ce qui tempère la portée des travaux préparatoires de l'époque pour expliquer l'état du droit actuel.

D'autre part, est intervenu depuis l'article 34-1<sup>2</sup> du code civil, qui dispose que : « (...) les officiers de l'état civil (...) exercent leurs fonctions sous le contrôle du procureur de la République. ». Cet article est précisément issu de la loi du 17 mai 2013 et a entendu prévoir expressément que les fonctions d'officier de l'état civil sont exercées sous le contrôle du procureur de la République, compétence générale déjà reconnue en pratique mais qui ne s'était manifestée au niveau législatif que par une juxtaposition de (nombreuses) dispositions spéciales<sup>3</sup>.

De ces dispositions successives découlent nettement que le fonctionnement des services d'état-civil est placé sous le contrôle de l'autorité judiciaire, ainsi que l'avait déjà jugé le tribunal des conflits (TC, 17 juin 1991, n° 02650 *Mme M...*, p.), l'autorité hiérarchique étant exercée par le procureur de la République.

Or il nous semble assez logique de juger que les pouvoirs de substitution du préfet sont intrinsèquement bornés par le champ de sa propre autorité hiérarchique et qu'il ne peut, de se fait, les exercer dans le chef du maire en tant qu'il exerce ses fonctions d'officier de l'état civil.

Nous vous proposons donc d'écarter ce dernier moyen.

PCMNC – Admission des interventions des associations Cosette et Gavroche, Union des familles en Europe et Collectif familles 94, ainsi que des interventions motivées au soutien de la requête 369834, à l'exclusion des autres interventions ; non renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel ; rejet du surplus des requêtes.

---

<sup>2</sup> v. la décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013 et son commentaire à propos de cet article.

<sup>3</sup> L'article 53 du code civil sur la vérification des registres de l'état civil lors de leur dépôt au greffe du tribunal de grande instance, l'article 75 sur la possibilité pour le procureur de la République de requérir le transport de l'officier de l'état civil au domicile des futurs époux, l'article 99 sur les instructions à l'officier de l'état civil aux fins de rectification d'erreur matérielle, l'article 169 sur la faculté pour le procureur de dispenser les époux de la publication des bans, les articles 171-4 et 175-2 sur la saisine du procureur par l'officier de l'état civil suspectant un mariage blanc ou arrangé et l'article 175-1 sur l'opposition que peut former le procureur à la célébration du mariage.