

Paris, le 1<sup>er</sup> avril 2019

---

**Décision du Défenseur des droits n°2019-088**

---

**Le Défenseur des droits,**

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

---

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et notamment les articles 8, 12 et 14;

Vu le code d'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et son article L.211-4 ;

Vu le code civil et notamment les articles 143, 169 et 171-9 ;

---

Saisi par Monsieur X, ressortissant français, concernant le refus de visa de court séjour opposé à son compagnon, Monsieur Y, par les autorités consulaires françaises à Bamako (Mali), le 27 août 2018 ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z, ainsi que l'y autorise l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

---

**Observations devant le tribunal administratif de Z en application de l'article 33  
de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011**

---

Monsieur X, ressortissant français, a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation relative au refus de visa de court séjour opposé à son compagnon, Monsieur Y, par les autorités consulaires françaises à Bamako (Mali), le 27 août 2018.

**1. Rappel des faits et de la procédure**

Ce visa de court séjour a été sollicité par Monsieur Y, ressortissant malien, en vue de se marier en France avec son compagnon français, Monsieur X.

Au regard de la prohibition du mariage entre personnes de même sexe au Mali, les autorités diplomatiques et consulaires françaises à Bamako ne peuvent procéder à sa célébration. L'autorité compétente pour célébrer un tel mariage est en conséquence l'officier de l'état civil de la commune de résidence du futur époux français.

Cette faculté est prévue par l'article 171-9 du code civil lequel dispose que :

*« Par dérogation aux articles 74 et 165, lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74. A défaut, le mariage est célébré par l'officier de l'état civil de la commune de leur choix.*

*La compétence territoriale de l'officier de l'état civil de la commune choisie par les futurs époux résulte du dépôt par ceux-ci d'un dossier constitué à cette fin au moins un mois avant la publication prévue à l'article 63. L'officier de l'état civil peut demander à l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente de procéder à l'audition prévue à ce même article 63. »*

Pour cette raison, toutes les démarches ont été effectuées par le couple afin que le mariage soit célébré le 20 octobre 2018 par l'officier d'état civil de la mairie de A, lieu de résidence de Monsieur X.

Conformément à la procédure applicable prévue par l'article 63 du code civil, un agent consulaire a procédé à l'audition de Monsieur Y afin de s'assurer de la sincérité de son intention matrimoniale, et le procureur de la République a dispensé, par ordonnance du 6 juillet 2018, la publication des bans conformément à l'article 169 du code civil au regard des risques encourus au Mali par le réclamant.

Toutefois, un refus de visa de court séjour a été opposé à Monsieur Y le 27 août 2018.

Ce refus a été confirmé par la Commission de recours contre les refus de visas (CRRV) laquelle a estimé par décision du 5 novembre 2018 que :

- « Monsieur Y qui a sollicité un visa de court séjour pour se marier, ne justifie pas de ressources personnelles suffisantes pour garantir le financement de son séjour et de son retour dans son pays de résidence. L'intéressé a certes produit, au moment du dépôt de la demande, une attestation de solde bancaire ainsi qu'une attestation de retrait de devises, mais les sommes qui y figurent, dont l'origine n'est pas connue, ne sauraient se substituer, pour en garantir la disponibilité effective au moment du séjour, à des revenus réguliers pleinement identifiés et d'un montant suffisant ;
- Par ailleurs il ne ressort pas des pièces du dossier que l'attestation d'accueil a été validée dans les conditions requises à l'article R.211-14 du CESEDA et notamment que les justificatifs présentés ont permis d'apprécier les ressources de l'accueillant ».

C'est dans ces circonstances que Monsieur X a saisi le Défenseur des droits.

Un recours a été déposé par son conseil devant le tribunal administratif de Z. La date d'audience devant cette juridiction est fixée au 4 avril 2019.

## **2. Instruction menée par les services du Défenseur des droits**

Compte-tenu du peu de temps écoulé entre la date de saisine de l'institution par les réclamants et celle de l'audience devant le tribunal administratif de Z fixée au 4 avril 2019, par courriel du 1<sup>er</sup> mars 2019, les services du Défenseur des droits ont sollicité de la Sous-direction des visas la communication du mémoire du ministre de l'Intérieur présenté dans le cadre de la procédure contentieuse.

Aucune réponse n'a été apportée à ce courriel. Le Défenseur des droits n'a donc pu mener une instruction contradictoire de cette réclamation auprès des autorités compétentes.

Pour cette raison, le Défenseur des droits entend formuler des observations exclusivement juridiques s'appuyant notamment sur le droit applicable rappelé par le Conseil d'État dans son ordonnance du 9 juillet 2014 (M.A, n°382145).

## **3. Discussion juridique**

Le Défenseur des droits considère, d'une part, que les motifs de refus retenus par la CRRV portant sur l'absence des ressources personnelles suffisantes et sur la validation de l'attestation d'accueil ne semblent pas être justifiés en l'espèce dès lors qu'une attestation d'accueil validée par l'autorité compétente a été produite et qu'il n'a pas été démontré que l'hébergeant se trouverait dans l'incapacité d'assumer effectivement l'engagement qu'il avait ainsi souscrit (I). Le Défenseur des droits relève, d'autre part, que ce refus en ce qu'il empêche au couple de réclamants de pouvoir se marier est contraire à la liberté de mariage qui a valeur constitutionnelle ainsi qu'aux articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme (II).

## ***I. Sur les motifs de refus liés à l'absence de moyens de subsistance suffisants et à la validation de l'attestation d'accueil***

Si le droit de l'Union européenne subordonne effectivement la délivrance des visas de court séjour à une condition de ressources suffisantes, il prévoit toutefois expressément la possibilité pour l'hébergeant de prendre en charge les frais en question.

Ainsi, l'article 21-5 du code communautaire des visas dispose, pour l'appréciation des moyens de subsistance pour le séjour envisagé, qu' « *une preuve de prise en charge ou une attestation d'accueil peut aussi constituer une preuve que le demandeur dispose de moyens de subsistance suffisants* ».

De surcroît, en application de ces dispositions, l'article L.211-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) précise, au sujet de cette attestation d'accueil :

*« Elle est accompagnée de l'engagement de l'hébergeant de prendre en charge, pendant toute la durée de validité du visa ou pendant une durée de trois mois à compter de l'entrée de l'étranger sur le territoire des États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, et au cas où l'étranger accueilli n'y pourvoirait pas, les frais de séjour en France de celui-ci, limités au montant des ressources exigées de la part de l'étranger pour son entrée sur le territoire en l'absence d'une attestation d'accueil ».*

Le Conseil d'État avait considéré dans son arrêt du 24 mai 2011 :

*« qu'il appartient au demandeur de visa dont les ressources personnelles ne lui assurent pas ces moyens, d'apporter la preuve de ce que les ressources de la personne qui l'héberge et qui s'est engagée à prendre en charge ses frais de séjour au cas où il n'y pourvoirait pas sont suffisantes ; que cette preuve peut résulter de la production d'une attestation d'accueil validée par l'autorité compétente et comportant l'engagement de l'hébergeant de prendre en charge les frais de séjour du demandeur, sauf pour l'administration à produire des éléments de nature à démontrer que l'hébergeant se trouverait dans l'incapacité d'assumer effectivement l'engagement qu'il a souscrit ».*

C'est ainsi que la cour administrative d'appel de Nantes a récemment rappelé le 24 septembre 2018 que :

*« Aux termes de l'article 6 du règlement (UE) n°2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 : " 1. Pour un séjour prévu sur le territoire des États membres, d'une durée n'excédant pas 90 jours sur toute période de 180 jours (...), les conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers sont les suivantes : (...) / c) justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer de moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans leur pays d'origine ou le transit vers un pays tiers dans lequel leur admission est garantie, ou être en mesure d'acquiescer légalement ces moyens (...) ". Il résulte de ces*

*dispositions que l'obtention d'un visa de court séjour est subordonnée à la condition que le demandeur justifie à la fois de sa capacité à retourner dans son pays d'origine et de moyens de subsistance suffisants pendant son séjour. Il appartient au demandeur de visa dont les ressources personnelles ne lui assurent pas ces moyens d'apporter la preuve de ce que les ressources de la personne qui l'héberge et qui s'est engagée à prendre en charge ses frais de séjour au cas où il n'y pourvoirait pas sont suffisantes pour ce faire. Cette preuve peut résulter de la production d'une attestation d'accueil validée par l'autorité compétente et comportant l'engagement de l'hébergeant de prendre en charge les frais de séjour du demandeur, sauf pour l'administration à produire des éléments de nature à démontrer que l'hébergeant se trouverait dans l'incapacité d'assumer effectivement l'engagement qu'il a ainsi souscrit. » (Cour administrative d'appel de Nantes, 24 septembre 2018, N° 17NT03676).*

Or, dans le cas d'espèce, la CRRV s'est bornée à indiquer que le réclamant ne justifiait pas de ressources personnelles et suffisantes alors même qu'il se prévalait de l'attestation d'accueil selon laquelle l'hébergeant - son compagnon français - prendrait en charge l'intégralité des frais de séjour.

Pourtant, lorsqu'un maire valide une telle attestation - comme dans le cas d'espèce, le maire de A le 13 juillet 2018 - il vérifie la véracité et la fiabilité des informations qui y sont mentionnées et notamment les conditions d'hébergement pendant le séjour ainsi que les ressources de l'hébergeant.

Une décision de la CRRV qui se fonderait exclusivement sur les ressources propres du demandeur du visa sans prise en compte de l'attestation d'accueil n'est pas suffisamment motivée.

## ***II. Sur l'atteinte de ce refus de visa au droit au respect de la vie privée et familiale et au droit de se marier***

L'article 25 du code communautaire des visas autorise les États membres à délivrer un visa de court séjour à un étranger qui ne satisferait pas à l'ensemble des conditions fixées à l'article 22 du code des visas s'ils estiment que cette délivrance est nécessaire au regard de « *raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales* ».

À cet égard, le juge des référés du Conseil d'État a jugé que ces « *obligations internationales* » pouvaient :

*« découler de la mise en œuvre d'engagements internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'à ce titre, doivent notamment être prises en compte les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (CE, réf., 19 juillet 2006, n°294906).*

Dans ce cadre, le juge administratif exerce un contrôle de proportionnalité des refus de visas, vérifiant que l'atteinte portée par de tels refus au droit de mener une vie privée et familiale

normale des demandeurs n'est pas excessive au regard des objectifs d'ordre public ou d'intérêt général poursuivis par ces refus.

Par exemple, le Conseil d'État a estimé qu'un refus de visa demandé par un étranger en vue d'assister au mariage d'un membre de sa famille proche est susceptible de porter une atteinte grave au droit de mener une vie familiale normale (CE, réf., 3 mars 2004, n° 265056 ; n° 265054 ; n° 265055).

*A fortiori*, un refus de visa demandé pour pouvoir se rendre à son propre mariage peut également porter une atteinte grave au droit au respect à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme.

Si cet article 8 ne garantit pas explicitement le droit de se marier et de fonder une famille, la Cour européenne estime néanmoins que la notion de vie privée et de vie familiale couvre les relations unissant les couples homosexuels (CEDH, 24 juin 2010, Schalk et Kopf c. Autriche).

De surcroît, dès lors que le mariage ne peut être légalement célébré sur le territoire malien par les autorités consulaires françaises, en raison de ce qu'il s'agit d'un mariage entre deux personnes de même sexe, ce refus de visa de court séjour porte une atteinte à la liberté de se marier.

La liberté de mariage a une valeur constitutionnelle<sup>1</sup> et est une liberté personnelle directement rattachée aux articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, reconnue en outre à l'égard des étrangers<sup>2</sup>.

C'est précisément le raisonnement qu'a tenu le Conseil d'État dans un arrêt du 9 juillet 2014 :

*« Considérant qu'il est constant que le mariage de M.A..., citoyen sénégalais, et de M.B..., ressortissant français, ne peut être légalement célébré sur le territoire marocain où résident les deux futurs époux, ni par les autorités marocaines, ni par les autorités consulaires françaises, en raison de ce qu'il s'agit d'un mariage entre deux personnes de même sexe ; que, par suite, en faisant obstacle à la faculté de se marier en France qu'ouvrent à M. A...et M. B...les dispositions citées ci-dessus de l'article 171-9 du code civil, le refus de visa opposé par le consul général de France à Casablanca porte une atteinte grave à l'exercice par M. A...de sa liberté de se marier, laquelle est une liberté fondamentale au sens des dispositions citées ci-dessus de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »* (Conseil d'État, 9 juillet 2014, n°382145).

Le Conseil d'État dans cet arrêt a notamment fait état de la circonstance que ce couple franco-sénégalais partageait depuis quatre années le même appartement à Casablanca.

Lorsque les autorités consulaires envisagent de prendre une décision de refus de visa sollicité pour un mariage, elles ne sauraient ignorer les obstacles empêchant les couples homosexuels de mener une vie commune avant le mariage.

---

1 Décision 93-325 DC du 13 août 1993

2 Décision n°2003-484 DC du 20 novembre 2003

Ces obstacles peuvent porter, d'une part, sur l'impossibilité pour le concubin étranger d'obtenir un visa en vue de son installation sur le territoire français et, peuvent d'autre part, être liés à des difficultés physiques et matérielles rencontrées par les ressortissants français pour pouvoir s'installer dans le pays d'origine du futur époux (activité professionnelle et attaches privées et familiales en France, suivi médical en France et incapacité d'interruption des traitements médicaux, impossibilité de voyager...).

En tout état de cause, les risques encourus par les couples du fait de leur orientation sexuelle (violences, menaces de mort, ostracisme...), la perception de l'homosexualité par la population locale ainsi que le climat général à l'encontre des couples de même sexe doivent également être des éléments pris en considération par le tribunal administratif lors du contrôle de proportionnalité effectué en matière des refus de visas.

En conséquence, dans l'hypothèse où Monsieur X et Monsieur Y apporteraient de tels éléments faisant obstacle à l'existence d'une vie commune, ce refus pourrait porter atteinte à leur vie privée et familiale mais également être contraire à l'article 12 de la CEDH relatif au droit de se marier.

Dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010 (n°30141/04), la Cour européenne des droits de l'Homme a fait en effet évoluer sa jurisprudence vers une consécration d'un droit au mariage ouvert à tous, en s'inspirant de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lequel dispose que « *le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ».

Dans cet arrêt, la Cour a en effet estimé que le droit de se marier prévu par l'article 12 ne devait plus être considéré comme se limitant au mariage entre deux personnes de sexe opposé :

*« Prenant en compte l'article 9 de la Charte, la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé »*

Cette jurisprudence permet dès lors de soutenir que le droit des personnes de même sexe de se marier - désormais prévu par le droit interne - relève du champ d'application de l'article 12, et de l'invoquer conjointement avec l'article 14.

En effet, comme l'a rappelé le Défenseur des droits dans une décision du 9 avril 2014<sup>3</sup>, si le critère de l'orientation sexuelle n'est pas explicitement mentionné à l'article 14, la jurisprudence de la Cour a estimé que « *la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe "notamment"* »<sup>4</sup>. Elle a eu l'occasion de l'affirmer explicitement en ce qui concerne le critère de l'orientation sexuelle dans un arrêt constatant la violation de la Convention par la France<sup>5</sup>.

Enfin, selon la jurisprudence de la CEDH, cet article n'impose pas à un État contractant l'obligation générale de respecter le choix par un couple de l'endroit où il veut fonder une

---

<sup>3</sup> Décision du Défenseur des droits n°MLD-2014-072 du 9 avril 2014

<sup>4</sup> CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*

<sup>5</sup> CEDH, 22 janvier 2008, *Emmanuelle B. c/France*

famille<sup>6</sup>. Ce qui compte pour le respect de la liberté matrimoniale, c'est que le mariage puisse se réaliser, quel que soit le lieu.

Le refus de délivrance de visa de court séjour peut, à l'instar des difficultés que rencontrent les réclamants, être à l'origine de cette entrave à la liberté matrimoniale.

Lorsque le mariage concerne un ressortissant français et un ressortissant étranger dont l'État prohibe l'homosexualité, la liberté matrimoniale est entravée du seul fait du refus de visa, le mariage ne pouvant avoir lieu ailleurs qu'en France. Dans la mesure où la situation serait différente si le couple n'était pas homosexuel, le refus de visa a pour conséquence de créer une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle.

En conséquence, si un État va au-delà de ses obligations découlant de l'article 8 en accordant le droit de se marier à ces couples, il ne peut, dans la mise en œuvre de ce droit, prendre des refus de visas qui auraient des conséquences discriminatoires au sens de l'article 14.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON

---

<sup>6</sup> CEDH, 14 déc. 1998, n° 14069/88, *D. Patel c/ Royaume-Uni*, CE, 28 nov. 2005, n° 271373.