

La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste

Pierre MURAT - Professeur à l'Université de Grenoble

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 39 (DOSSIER : LA CONSTITUTION ET LE DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE) - AVRIL 2013

Résumé : Si la Constitution de la Vème République ne dit mot du mariage, le Conseil constitutionnel a en revanche été appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de certains textes relatifs au mariage. C'est sur le terrain de la liberté matrimoniale que s'est initialement développée la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité a conduit à un élargissement du contrôle des droits fondamentaux et le débat sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe suscite des questions inédites autour des principes constitutifs de l'institution matrimoniale.

« La Constitution ne porte guère attention à la famille, dont le mariage est l'acte fondateur » écrit un privatiste versé dans les questions constitutionnelles [\(1\)](#). On chercherait en effet vainement le mot « mariage » dans la Constitution du 4 octobre 1958. Seul l'article 34 fait une allusion très indirecte à l'institution matrimoniale en incluant dans le domaine de la loi l'édition des règles concernant les régimes matrimoniaux. Rien non plus de manifeste dans les autres textes du bloc de constitutionnalité, en particulier dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ou dans le Préambule de la Constitution de 1946 : même l'alinéa 10 de ce dernier texte, qui dispose que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », ne permet qu'une évocation indirecte du droit civil de la famille et par conséquent aussi du mariage. Depuis longtemps, on a fait remarquer que « de toutes les institutions qui constituent la structure de la société, la famille est ainsi la moins reconnue, la moins représentée, la moins protégée à ce niveau supérieur de l'ordre juridique où se détermine l'aménagement du pouvoir, se définissent les droits fondamentaux et s'organise leur garantie » [\(2\)](#). Ce silence n'a cependant rien d'exceptionnel : un certain nombre de constitutions sont totalement muettes sur le mariage et la famille [\(3\)](#), même si une majorité d'États européens fait expressément mention du mariage. Lorsque le mariage apparaît, les dispositions constitutionnelles les plus usuelles se rapportent à la reconnaissance d'une protection fondamentale, à la compétence du législateur en matière matrimoniale ou à l'égalité des époux [\(4\)](#). Quelques textes mentionnent cependant la dissolution du mariage [\(5\)](#) ou encore la nécessité d'une antériorité du mariage civil sur le mariage religieux [\(6\)](#).

Le silence de notre Constitution s'inscrit dans une tradition ancienne. Seuls les textes de l'époque révolutionnaire se sont quelque peu intéressés au mariage. Dans la Constitution de 1791, il s'agissait de rompre avec le passé. L'article 7 du titre II contient une proclamation révolutionnaire et l'annonce du décret du 20 septembre 1792 qui opérera *in extremis* la laïcisation complète de l'état civil : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. - Le Pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes ». Sous un tour apparemment anodin, l'innovation est immense : « la gloire cachée de la Révolution, c'est d'avoir voulu donner valeur constitutionnelle à la définition du mariage », écrivait le doyen Carbonnier en commentant cet article [\(7\)](#). Le mariage apparaît encore dans les premières constitutions pour ses effets sur l'appartenance au groupe politique : il constitue une des causes, parmi d'autres, de l'acquisition de la citoyenneté française [\(8\)](#) ; mais l'accent est alors mis sur le lien politique et non sur l'institution familiale en tant que telle.

Sinon, il faut bien constater que jusqu'à celle de 1946, les constitutions successives de la France ne se sont guère intéressées à la famille et l'institution matrimoniale disparaît des constitutions françaises. La Constitution de 1848 cite bien dans son préambule la famille au premier rang de ses bases, avant le travail, la propriété et l'ordre public (IV) et elle pose quelques articles plus loin (VIII), que « la République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail... », mais ces textes seront éphémères et les « bases » de la République, parmi lesquelles figure la famille, furent ajoutées *in extremis* après de houleux débats sur le préambule. C'est en fin de compte surtout avec le Préambule de la Constitution de 1946 que la famille est véritablement entrée dans les textes constitutionnels. L'émergence de la famille dans le Préambule de cette Constitution apparaît cependant dans la continuité d'un mouvement à l'origine de l'État-providence qui portait une attention croissante aux questions sociales et qui avait été renforcé après la Première Guerre mondiale par le courant nataliste. Contrairement à ce que l'on pourrait penser au premier abord, les travaux préparatoires de la Constitution de 1946 révèlent que la famille envisagée ne se limite pas uniquement à celle qui est fondée sur le mariage : les deux constituantes ont en effet clairement repoussé des amendements visant à ce qu'il soit précisé que la famille concernée par le Préambule était fondée sur le mariage [\(9\)](#). Si la famille entre dans la Constitution, c'est bien plus pour ses incidences sociales que pour des raisons tenant aux structures civiles qui la constituent ; il est donc normal

que l'institution civile du mariage n'apparaisse pas.

Cette discrétion au sujet de la famille a sans doute des causes multiples. Un auteur souligne que « le droit constitutionnel classique - celui qui, avec l'apparition de constitutions écrites, marque l'aube de l'ère constitutionnelle - ignorera la famille et cette ignorance est, à n'en pas douter, de parti pris. Il s'agit visiblement de rompre avec toutes les projections des structures familiales dans l'univers politique. (...) Reléguée sous surveillance dans l'ordre privé, la famille devient politiquement transparente. Cette transparence (...) doit permettre de n'apercevoir que l'individu » (10). Sans doute, aux origines de notre droit constitutionnel, la volonté de mettre au premier plan les liens de l'individu et de la Nation a-t-elle relégué dans l'ombre les groupements intermédiaires, au nombre desquels la famille. Pourtant, dès qu'il s'agit de revenir à plus d'ordre, à moins d'individualisme, le lien entre la famille, cellule de base de la société, et la structure politique réapparaît et s'opère un parallèle entre vertus familiales et vertus civiques : ainsi la Constitution de 1795 pose-t-elle dans son préambule (art. 4) que « nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux ». Qu'on veuille prendre ses distances avec ou au contraire l'exalter, l'idée que les familles sont le séminaire ou les pépinières des États reste toujours sous-jacente (11).

Aux causes idéologiques ou politiques de la discrétion des constitutions, il faut certainement ajouter, en parallèle, le rôle, le prestige et la pérennité de ce monument que représente dès le XIX^e siècle le code civil : l'effacement de la famille dans l'ordre constitutionnel est en réalité sans doute compensé - sinon provoqué - par le poids du code qui, par sa signification historique, a pu passer pour la véritable Constitution de la France, pour reprendre une analyse bien connue du doyen Carbonnier (12). D'autant plus que les dispositions du code civil sur le mariage apparaissent d'une stabilité remarquable.

En fin de compte, en matière de famille, une tradition constitutionnelle faible d'un côté, une tradition civiliste forte de l'autre, ont sans doute longtemps contribué à créer une sorte de fossé entre le droit civil et le droit constitutionnel : à la croisée des matières, dans la doctrine jusque récemment, on ne rencontrait d'ailleurs que quelques pionniers (13). Cette époque d'ignorance réciproque et de léthargie constitutionnelle est certainement révolue : les dynamiques respectives de chacune des matières ont fait se rencontrer le mariage et la Constitution (I) et le travail d'interprétation de la Constitution saisit aujourd'hui le droit de la famille (II).

I - La convergence des dynamiques propres

Le droit constitutionnel et le droit civil ont des sources et des préoccupations propres qui leur donnent à chacun un mouvement d'ensemble autonome : mais, sous le coup des récentes évolutions juridiques et sociales, les dynamiques constitutionnelles (A) et civiles (B) ont renforcé l'interdépendance de ces matières sur les questions familiales en général et sur le mariage en particulier.

A - Dynamiques constitutionnelles : le renouveau du contrôle

Au silence originel - parce que c'est la Constitution elle-même qui est muette - il faut ajouter les silences et les lacunes dus à l'étroitesse du contrôle de constitutionnalité, du moins avant que l'article 61-1 de la Constitution, issu de la réforme de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, ne vienne fortement dynamiser, grâce à la question prioritaire de constitutionnalité, le rôle du Conseil constitutionnel. Ainsi, antérieurement à cette réforme, un éminent privatiste pouvait-il écrire sans crainte d'être démenti : « Si l'on examine ce que le Conseil constitutionnel a pu appréhender des textes de réforme du droit de la famille, on voit bien que la moisson n'est pas très riche ». Depuis le 1^{er} mars 2010, date d'entrée en vigueur de la QPC, l'ouverture à un plus large contrôle de constitutionnalité place le Conseil constitutionnel en état de connaître largement des questions familiales, de mieux remplir son rôle de gardien des droits fondamentaux et de concurrencer, dans ce domaine, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le principe d'égalité, les concepts de liberté individuelle, de droit de mener une vie familiale développés par le Conseil constitutionnel sur la base de l'alinéa 10 du Préambule de 1946, les garanties procédurales protégées, offrent autant d'accroches évidentes pour un contrôle de constitutionnalité dans le domaine du droit et des procédures familiaux. Or, suite à la montée de l'individualisme, le droit de la famille est devenu une matière très sensible aux droits fondamentaux, si bien qu'en l'absence de contrôle constitutionnel régulier et sérieux, c'est surtout la Cour européenne des droits de l'homme qui avait accaparé le contrôle de la régularité du droit de la famille aux droits fondamentaux. Avec la QPC, cette situation a pris fin (14) et l'on peut penser que notre système se rapproche désormais de la « construction constitutionnelle raisonnable » que certains auteurs semblaient appeler de leurs vœux (15) et que les « trous noirs » du contrôle constitutionnel qui conduisaient à développer abusivement le contrôle des juridictions supranationales en droit de la famille devraient se réduire.

On peut toutefois se demander si les nouveaux équilibres permettront d'éviter certains défauts qui avaient déjà été pointés dans l'ancien système. La montée en puissance d'un contrôle de constitutionnalité peut en effet s'accompagner d'effets pervers. Appréciant le désintérêt de nos constitutions pour la famille et le mariage, un auteur estimait qu'« on peut le déplorer en assumant le risque de paraître verser dans une sorte de moralisme bien-pensant et conservateur (...). On peut au contraire s'en satisfaire, voire s'en féliciter si on estime que la famille perdrait

plus qu'elle ne gagnerait à une constitutionnalisation effective ; celle-ci ne pouvant manquer, en se politisant, de dénaturer ce refuge par excellence de la vie privée » [\(16\)](#).

La tendance à une excessive politisation des recours en matière de droit de la famille a été bien démontrée : « la saisine du Conseil constitutionnel par les parlementaires sur les lois de droit de la famille apparaît aléatoire, arbitraire et pour tout dire abusivement politisée ou médiatisée » écrivait J. Hauser en s'appuyant notamment sur les recours formés contre le Pacs et les mariages blancs, alors que d'autres lois du droit de la famille restaient sans contrôle parce que moins médiatiques [\(17\)](#). L'élargissement du contrôle n'empêchera pas certaines questions du droit de la famille de faire l'objet d'une médiatisation ou d'une politisation excessive qui provoque (et continuera sans doute de provoquer) quelques biais dans un contrôle des droits fondamentaux, mais on peut tout de même espérer que l'ampleur de l'ouverture d'un contrôle désormais alimenté par deux sources différentes - celle de l'article 61 et celle de l'article 61-1 de la Constitution - ainsi que le filtre opéré par la Cour de cassation ou le Conseil d'État pour la QPC conduiront à une diversification des dispositions contrôlées et renforceront un vrai débat juridique au détriment d'une approche plus politique.

Tel semble bien être d'ailleurs le constat qui peut être tiré de la brève expérience du nouveau système : alors que précédemment, en matière matrimoniale, le contrôle portait sur un domaine très étroit et fortement politisé du mariage des étrangers avec un Français et sur ses conséquences, on aperçoit depuis 2010 une diversification des questions soumises au Conseil constitutionnel. Certes, les questions à haute sensibilité politique - l'articulation du mariage et de la nationalité [\(18\)](#), le mariage entre personnes de même sexe [\(19\)](#) - continuent d'occasionner des recours, mais il faut bien constater, d'une part, que la procédure de QPC oblige à leur donner une véritable teneur juridique et, d'autre part, qu'apparaissent des questions techniques inédites [\(20\)](#). Bref, un véritable contrôle constitutionnel semble s'instaurer sur la matière familiale et matrimoniale et l'on peut conjecturer que, progressivement, tous les points controversés seront passés au filtre d'un examen de constitutionnalité au gré des contentieux privés et de l'ingéniosité des avocats. Par exemple, pourraient bien un jour se trouver examinés les articles 171 ou 179 du code civil (C. civ.) qu'un auteur trouve suspects d'inconstitutionnalité : le premier parce qu'il permet au Président de la République d'autoriser discrétionnairement la célébration d'un mariage posthume [\(21\)](#) ; le second parce qu'il écarte toute responsabilité des ascendants qui s'opposeraient à un mariage [\(22\)](#). La dynamique constitutionnelle fournit aujourd'hui tous les ingrédients pour que le droit du mariage croise, beaucoup plus que naguère, un contrôle de constitutionnalité juridiquement sérieux.

B - Dynamiques civiles : la fausse immobilité

« Le code civil n'a pas défini le mariage, et il a eu raison : chacun sait ce qu'il entendre par là ; c'est la plus vieille coutume de l'humanité et l'état de la plupart des individus adultes » écrivait le doyen Carbonnier [\(23\)](#). Depuis 1804, aucune définition ne figure dans le code civil, mais des dispositions techniques révèlent tout de même les éléments constitutifs et donnent une représentation du mariage. Malgré une certaine ambiguïté rédactionnelle - gommée par la loi du 4 avril 2006 - l'article 144 C. civ. a toujours été interprété comme fondant le mariage sur l'union d'un homme et d'une femme, ce que confirme clairement la formulation des prohibitions à mariage contenues dans les articles 162 et 163 ou encore le dernier alinéa de l'article 75 ; les articles 146 et suivants soulignent l'importance du consentement et les articles 165 et suivants imposent un rituel matrimonial public. De là, on a pu tirer une définition très ramassée et un peu sèche du mariage : « l'union de deux sexes différents, contractée avec certaines solennités » [\(24\)](#). En mettant davantage l'accent sur la fonction remplie par l'institution matrimoniale, on peut aussi dire, dans une formule qui saisit bien l'essence de l'institution, qu'« en droit civil, sur les brisées du droit canon, le mariage est un cadre de vie souple, qui ouvre aux époux une double perspective : vocation à la perpétuité et vocation à la perpétuation » [\(25\)](#).

En apparence, notre droit s'est parfaitement passé de définition durant deux siècles : la belle définition de Portalis paraissait devoir éternellement suppléer au silence du code : « Qu'est-ce donc que le mariage en lui-même, et indépendamment de toutes les lois civiles et religieuses ? C'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée » [\(26\)](#). Pourtant, le consensus qui semblait régner dans nos sociétés a bel et bien pris fin avec les revendications de l'accès au mariage des couples de même sexe et la consécration, dans la législation d'un certain nombre de pays, de ce type de mariage, à compter de la loi néerlandaise du 21 décembre 2000 qui a ouvert le mouvement [\(27\)](#). On assiste ainsi, en ce début de XXI^e siècle, à un extraordinaire regain d'intérêt des juristes pour le mariage en raison d'une véritable « querelle du mariage » [\(28\)](#), peut-être une querelle des anciens et des modernes...

À l'échelle de l'évolution et de la diversité de l'humanité, le mariage paraissait surtout reposer sur la volonté d'organiser la reproduction et la socialisation de l'espèce humaine. Cette dimension se retrouve d'ailleurs clairement dans certains projets qui ont précédé le code civil : ainsi le projet adopté par la Convention le 22 août 1793 définissait-il le mariage comme « une convention par laquelle l'homme et la femme s'engagent, sous l'autorité de la loi, à vivre ensemble, à nourrir et élever les enfants qui peuvent naître de leur union ». Dans la droite ligne de cette définition, il a été souligné que deux éléments servent traditionnellement d'ancrage au mariage : « la différence des sexes (le mariage est le cadre social des relations des relations entre l'homme et la femme, le cadre légal de la procréation) et l'engagement (engagement du mari et de la

femme l'un envers l'autre, engagement du couple à l'égard des enfants qui naîtront de l'union, engagement des époux devant leurs familles et devant la société). Au-delà de la pluralité des règles juridiques et des approches culturelles, l'unité du mariage est de constituer l'acte fondateur d'une famille... » (29). L'affinité profonde entre le mariage et la venue de l'enfant a maintes fois été soulignée : d'une part, le mariage a vocation à discipliner les relations sexuelles et à en ordonner les conséquences par les règles du droit de la filiation qui opèrent des rattachements spécifiques de l'enfant ; d'autre part, il a vocation à offrir un cadre propice au développement de l'enfant, surtout grâce aux règles concernant les obligations alimentaires et l'éducation. En une formule synthétique, on a pu dire : « la procréation et l'éducation d'un enfant ne sont ni la condition ni la finalité du mariage. Mais à la différence de toute autre forme de couple, juridiquement organisé ou non, le mariage offre par avance un statut à l'enfant » (30). Il ne faudrait pas se tromper sur la place de l'enfant dans le mariage : le mariage offre un « berceau » à l'enfant (31), mais l'engendrement d'un enfant n'est pas de l'essence du mariage. D'ailleurs, de longue date, le doyen Carbonnier avait noté que « le mariage puise tellement sa fin en lui-même, et en dehors du ciment charnel des enfants, que la loi n'a pas vu de contradiction à faire de lui le fondement de cette filiation purement psychologique qu'est la légitimation adoptive [*mutatis mutandis* : lire aujourd'hui : adoption plénière]. La légitimation adoptive est une spiritualisation de plus du mariage » (32).

Les mutations qui ont affecté nos sociétés contemporaines ont cependant profondément renouvelé la perception du mariage et la grande stabilité de la législation a sans doute occulté l'importance des évolutions souterraines. Si législativement, en matière de mariage *stricto sensu*, « le fait éclatant » (33) est que rien - ou presque - n'a bougé malgré le formidable *aggiornamento* du droit de la famille dans les années 1960-70, sociologiquement, le mariage connaît en revanche de profondes mutations dues à l'égalité des sexes, à l'égalité des filiations en mariage et hors mariage, à la libéralisation du divorce, à la concurrence d'autres modes de conjugalité, à la maîtrise de la fécondité, à l'apparition de nouveaux modes de procréation, à l'allongement de la durée de vie... Ces mutations ont sans doute fait progressivement dériver le sens commun du mariage vers une conception plus matérielle où l'accueil des enfants à naître ne constitue plus l'axe essentiel de l'institution (34). À la suite du bouleversement de mœurs et au fil des réformes juridiques qui ont indirectement affecté le mariage, les fondements du droit de la famille se sont progressivement inversés : « Le code civil voyait dans le mariage l'acte fondateur de la famille, la filiation (légitime) étant la conséquence. C'est désormais la filiation qui va prendre la première place » a-t-on pu écrire (35).

Les nouvelles attentes peuvent se résumer ainsi : « fondé sur l'amour et la sexualité plutôt que la procréation, destiné à l'organisation matérielle d'une vie commune qui durera autant qu'il plaira à chacun, indifférent à une quelconque sexualisation des rôles respectifs, le mariage est devenu l'un des modes de la vie à deux » (36). Sous l'impulsion de l'idéologie individualiste, on assiste aujourd'hui à une « désinstitutionnalisation » du mariage corrélative à une montée des droits de l'individu : il ne s'agit plus guère, pour les futurs époux, d'adhérer à un idéal codifié et de se soumettre aux règles statutaires élaborées par le législateur, mais plutôt de choisir le cadre juridique jugé le plus favorable à l'épanouissement de leur personnalité et de leurs sentiments : le mariage est perçu comme un instrument parmi d'autres de la réalisation de soi (37) et son seul avantage, sur le plan juridique, paraît bien se résumer à « l'intensité de l'engagement » (38). Du coup, « le mariage, comme bien d'autres institutions familiales, devient le noeud de droits et libertés individuels qui heurtent la conception institutionnelle traditionnelle (...) : le centre de gravité du mariage se déplace, de la volonté, ou plus exactement du consentement (cf. art. 146 C. civ., dans la perspective des Lumières, magnifiée par les théories de l'autonomie de la volonté), aux droits fondamentaux » (39).

Les droits fondamentaux prennent un relief nouveau dans un mariage devenu le jouet des désirs individuels ou des revendications de minorités : la conception « systémique » qui accompagnait la primauté du droit objectif déclinant au profit d'un droit pulvérisé en une myriade des droits subjectifs, pour reprendre une analyse du doyen Carbonnier (40), les prescriptions légales passent auprès de ceux qui ne peuvent en profiter pour autant de limites à abattre et engendrent des revendications tous azimuts qui poussent à passer le droit objectif au crible des droits fondamentaux pour tenter de permettre à chacun d'accéder aux objectifs personnels qu'il poursuit. Il ne serait toutefois pas impensable, qu'après avoir été surtout utilisés pour évincer des dispositions jugées gênantes, les droits fondamentaux aident, dans un second temps, à y voir plus clair dans une réorganisation à laquelle il faudra bien un jour s'atteler. En raison de ces mouvements de fond qui, ici comme pour d'autres pans du droit de la famille (41), conduisent à une « fondamentalisation » des sources, voici désormais qu'après s'être confronté à la Convention européenne des droits de l'homme (42) (43), le droit civil de la famille rencontre la Constitution : on peut y voir une certaine réappropriation nationale de l'élaboration de nos principes fondamentaux qui aidera peut-être à recomposer le paysage du droit de la famille. « D'où pourrait venir cette cohérence perdue sinon d'un contrôle sage des foucades et emballements législatifs et d'une vision générale et dotée de recul que seule désormais peut avoir une vraie juridiction ? » s'interrogeait un éminent auteur. Il faut espérer que ceux qui ont mis leurs espoirs dans l'instauration d'un véritable contrôle de constitutionnalité pour retrouver une vision d'ensemble compatible avec notre époque auront prophétisé avec exactitude.

II - Le mariage saisi par la Constitution

Si les réformes des années 60 et leurs toilettes postérieurs n'avaient globalement établi dans le statut de chaque époux une égalité parfaite, on

peut penser que les effets du mariage auraient un jour ou l'autre été jugés en contradiction avec les normes constitutionnelles, en particulier avec le principe d'égalité : l'état hiérarchisé et la différenciation des rôles hérités du code Napoléon paraissent en effet ouvertement contraires au principe d'égalité et tout particulièrement à l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Eu égard à l'étroitesse du contrôle constitutionnel avant l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, il est toutefois probable qu'en l'absence de réformes volontaires, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui se serait chargée de faire pression sur le législateur français, comme elle l'a fait avec l'arrêt *Mazurek* en matière de droits successoraux de l'enfant adultérin (44). La réforme du 13 juillet 1965 en matière de régime matrimonial, et celle du 4 juin 1970 en matière d'autorité parentale, complétées toutes les deux par la loi du 23 décembre 1985 « relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineur » ont sans doute évité d'appeler en renfort les droits fondamentaux, quelle que soit leur source textuelle, pour faire évoluer le droit matrimonial. Ce n'est donc pas sur ce terrain des effets civils du mariage que l'interprétation des normes constitutionnelle s'est forgée.

Chronologiquement, c'est le terrain de la liberté matrimoniale qui a le premier fait l'objet de la sollicitation des textes constitutionnels et, répondant à cette invitation tirée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il est nécessaire d'examiner quelles exigences ont été formulées en matière de mariage (B). Toutefois, une question préalable incite à différer provisoirement cet examen. En effet, l'hypothèse a depuis longtemps été faite, que certaines dispositions du code civil pourraient avoir en elles-mêmes valeur constitutionnelle. La question rebondit actuellement avec le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (45) qui invite précisément à se demander si certains principes constitutifs du mariage, héritage de plus de deux siècles de code civil, ne peuvent pas indirectement se trouver consacrés par le biais de principes tirés du bloc de constitutionnalité (A).

A - La valeur des principes constitutifs du mariage

Le doyen Carbonnier a eu cette phrase célèbre sur un pays qui a vu déferler plus de dix constitutions politiques alors qu'il n'a eu qu'un code civil : « Sa véritable constitution, c'est le code civil » (46). Mais l'auteur ajoutait immédiatement que cette constitutionnalité globale n'est pas formelle mais purement matérielle, sociologique et sans conséquence tangible : « Nul ne prétend que, dans la hiérarchie actuelle des normes écrites, le code civil ait formellement nature constitutionnelle. Du moins *a priori* et en bloc, quand bien même cette nature pourrait indirectement bénéficier à certains de ses articles, en particulier parce qu'ils exprimeraient un des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » que le Conseil constitutionnel a pris sous sa protection » (47). L'hypothèse doit donc être faite que certains principes qui animent le mariage pourraient avoir valeur constitutionnelle. Mais quels principes ? Imaginer que les principes fondamentaux des lois de la République pourraient appréhender des dispositions du droit du mariage oblige à s'interroger sur les principes qui fondent le mariage. Un auteur note que « le code Napoléon ne fit que stabiliser une institution construite sur quatre piliers : la liberté, la monogamie, la prohibition de l'inceste et la différence de sexe ; le cinquième pilier, le sacrement, était remplacé par la laïcité » (48). Ces cinq piliers paraissent en effet bien résumer l'ensemble des principes qui structurent le mariage républicain depuis 1804.

L'un d'eux - l'hétérosexualité - a tout récemment attiré l'attention en raison du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : certains juristes ont en effet avancé que la différence de sexe dans le mariage ne relèverait pas du législateur ordinaire, mais du législateur constitutionnel, précisément à cause de la valeur constitutionnelle des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (49). D'autres réfutent vigoureusement cette analyse (50).

Les critères d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République tournent autour de quelques idées qui sont souvent présentées à partir de cinq points (51) : le principe doit avoir une source législative ; il doit être inscrit dans une législation républicaine, à la fois antérieure à la Constitution de 1946 et d'application continue ; enfin, il doit avoir un caractère fondamental. Pour connaître la valeur constitutionnelle de certaines dispositions du code civil, on peut d'abord rapidement éliminer deux exigences qui ne posent guère de difficulté. Le code civil est bien issu d'une loi : les principes qu'il pourrait contenir ont bien par conséquent une source législative. De même, la laïcité, la monogamie, la différence de sexe, la prohibition de l'inceste et la liberté matrimoniale ont constamment été depuis 1804 des piliers du mariage. S'agissant de la différence de sexe, il serait fallacieux de prétendre que l'absence de disposition expresse du code jette le trouble : non seulement jusqu'aux débats nés du XX^e siècle finissant, il a toujours été admis que le mariage était l'union d'un homme et d'une femme (52), mais encore, certaines formules du code le présupposent (C. civ., art. 75, 162, 163). La discrétion du code découlait de l'évidence de la proposition. Ces critères étant remplis, il reste cependant des exigences temporelles et des exigences substantielles qui posent plus de difficultés.

En ce qui concerne les exigences temporelles, même si la condition d'antériorité à la Constitution de 1946 semble surtout viser la législation de la III^e République, le Conseil constitutionnel n'a jamais interdit de se référer à des lois républicaines plus anciennes. Par ailleurs, il est souvent admis que le code civil est une loi de la République, son dernier titre ayant été promulgué le 25 mars 1804, alors que l'Empire a été proclamé le 18

mai 1804 (53). Mais l'affirmation n'est pas sans pouvoir être contestée, car il est possible de soutenir que la République a pris fin en 1799 avec le coup d'État du 18 brumaire et que, sous des apparences de République, la Constitution de l'an VIII n'en a pas véritablement la nature. L'appartenance du code aux lois républicaines est formellement exacte mais n'est toutefois pas sans quelque incertitude. On ajoutera que toutes les fois qu'un principe issu du code civil a été invoqué devant le Conseil Constitutionnel, celui-ci a refusé de s'y référer (54) : il est peu probable que cette ligne de conduite prudente change.

Enfin, il doit s'agir d'un principe et même d'un principe fondamental. La notion de « principe » est floue et délicate à cerner. « Ce qui marque la spécificité des principes », écrit très justement un auteur, « c'est qu'il s'agit de propositions premières, qui servent de fondements à d'autres. Alors que le contenu de la règle est limité à la seule prescription qu'elle énonce, les principes au contraire sont à l'origine d'un nombre indéterminé de prescriptions y trouvant leur support » (55). Laïcité, monogamie, différence de sexe, prohibition de l'inceste et liberté matrimoniale pourraient répondre à cette définition : ce sont des propositions qui rayonnent non seulement dans le code civil mais aujourd'hui bien au-delà et dont découlent toute une organisation sociale. Plus particulièrement - puisque c'est là une question actuellement très agitée - la différence de sexe irrigue bien traditionnellement le mariage dans toute une série de conséquences qui découlent de sa dimension d'acte fondateur d'une famille. La différence de sexe en mariage trouve par exemple des prolongements dans le droit de la filiation et de l'adoption : elle sert notamment de fondement à la présomption de paternité (C. civ., art. 312) ou de condition à l'adoption par plusieurs personnes car celle-ci est construite sur l'imitation de l'engendrement biologique (56) (C. civ., art. 346). On a vu toutefois plus haut qu'avec l'évolution, le lien entre mariage et filiation tend à se distendre et se fragiliser, si bien que l'on assiste à une dissociation du mariage et de la parenté (57) : c'est constater que le rayonnement du mariage, son pouvoir d'ordonner des conséquences juridiques secondaires et de servir de fondement à d'autres propositions diminue actuellement. La revendication d'un mariage ouvert aux couples de même sexe s'inscrit dans le prolongement d'un tel mouvement, en poussant l'évolution plus loin : c'est l'idée même que la condition d'hétérosexualité serait désormais dans nos sociétés une « proposition première » - élément central de la définition du principe - qui est contestée ; c'est l'idée même qu'il y a un principe qui est attaquée. La question posée est donc celle du renouvellement des principes et du rôle que l'on veut donner à la technique des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans ce renouvellement. Sous cet angle, il ne faudrait évidemment pas que ces principes fondamentaux dérivent vers un instrument de défense du conservatisme social et de verrouillage des questions de société (58). Tel n'est pas leur rôle.

On pressent alors que le débat risque fort de se cristalliser sur le caractère « fondamental » que doit prendre le principe pour avoir valeur constitutionnelle. Il entre naturellement beaucoup de subjectivité dans l'appréciation de ce qui est fondamental ou non, mais il semble bien qu'en la matière, le Conseil constitutionnel mette très haut la barre de ses exigences afin que les principes reconnus par les lois de la République ne dérivent pas vers une technique « à tout faire » (59). L'exigence du caractère fondamental n'est pas autre chose que l'obligation d'effectuer un tri entre des principes : des « propositions premières » peuvent en effet se trouver à divers niveaux ; or ne doivent être constitutionnellement consacrées que celles qui se situent au plus haut niveau et pour lesquelles n'existent pas d'autres moyens d'une constitutionnalisation. Comme l'a bien aperçu un auteur, une difficulté consiste alors à sélectionner ce qui constitue un principe fondamental dans la masse des dispositions secondaires qui ne constituent que des modalités. En d'autres termes, cela revient à s'interroger sur l'étendue du principe : « il faut donc distinguer dans le texte ce qui fait corps avec le principe ou en est la conséquence nécessaire de ce qui n'en constitue qu'une modalité d'application pouvant être remplacée par une autre modalité sans que le principe soit altéré » (60).

Avec le mariage, le niveau de « fondamentalité » pose précisément problème : où faut-il le placer ? Dans le principe que notre législation a toujours organisé depuis 1804 une structure juridique particulière liée aux singularités de la « vie familiale » (61) ou bien dans les principes organisationnels que constituent la laïcité, la monogamie, la différence de sexe, la prohibition de l'inceste et la liberté matrimoniale ? Il ne serait pas impensable de considérer que c'est l'existence même d'une institution spécifique aux relations de couple qui constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République et que les cinq piliers actuels de l'institution ne sont que des modalités qui permettent de définir l'institution, sans avoir pour autant l'onction constitutionnelle. Une telle interprétation rapprocherait seulement nos normes constitutionnelles des pays où la reconnaissance du mariage est inscrite en toutes lettres dans la constitution (62). En conséquence, contrairement à ce qui a parfois été proposé (63), la suppression de l'institution matrimoniale pourrait éventuellement être jugée inconstitutionnelle, mais demeurerait intacte la possibilité de modifier les principes organisationnels du mariage par des lois ordinaires, du moins ceux qui ne pourraient être protégés par d'autres normes constitutionnelles (64).

En définitive, une consécration constitutionnelle des principes matrimoniaux issus du code civil semble avoir bien peu de chance de passer par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. En premier lieu, peu de principes ont été consacrés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (65) : l'étroitesse de la sélection opérée par le Conseil ne milite pas en faveur de la reconnaissance de principes tirés du code civil (66). En deuxième lieu, ces principes semblent essentiellement se répartir en deux catégories qui tournent, l'une autour des droits fondamentaux, l'autre autour de l'activité juridictionnelle (67) et dans lesquelles il semble difficile de faire rentrer l'un ou l'autre des cinq principes constitutifs du mariage, sauf peut-être le principe de l'existence d'un mariage laïc. Notamment, la condition d'hétérosexualité qui

réalise une restriction permettant de profiler l'institution (68) semble particulièrement éloignée des standards habituellement retenus et, sous cet angle, il n'est pas neutre d'ajouter, à la suite d'une récente décision de la Cour constitutionnelle espagnole, que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ne porte aucunement atteinte au droit au mariage des personnes de sexe différent (69). En troisième lieu, le Conseil constitutionnel qui a été récemment saisi de la question de l'impossibilité du mariage entre personnes de même sexe a rappelé non seulement que « la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel », et il a également ajouté « qu'il n'appartenait pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation » (70) : après un tel rappel il paraîtrait bien surprenant que le Conseil reconnaisse une valeur constitutionnelle à la condition d'hétérosexualité (71). En matière de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, comme ailleurs (72), le Conseil constitutionnel opère une autolimitation qui est une des conditions de sa légitimité et qui lui évite de se placer à un niveau d'appréciation qui ne serait pas le sien ; on peut légitimement penser qu'en matière de mariage, notamment sur des débats de société, il ne dérogera pas à cette ligne de conduite.

B - Les exigences constitutionnelles en matière de mariage

Malgré le silence du bloc de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a dégagé un principe constitutionnel de liberté matrimoniale ; d'autres normes constitutionnelles peuvent cependant encore être appliquées au mariage.

Il n'est guère étonnant que ce soit par le biais de la liberté matrimoniale que le Conseil constitutionnel ait d'abord eu à connaître du mariage : avant même la consécration d'une valeur constitutionnelle de la liberté matrimoniale par la décision du 13 août 1993 (73), la doctrine voyait déjà dans celle-ci une liberté publique ou un droit fondamental de la personnalité (74) et l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui stipule que « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit », ne pouvait évidemment que renforcer une telle analyse.

Il est plus étonnant en revanche que la liberté matrimoniale ait un temps été rattachée à la liberté individuelle tirée de l'article 66 de la Constitution (75) alors que ce texte ne paraît pourtant guère adapté à la situation : autant on peut comprendre qu'il soit par exemple possible de tirer d'un article qui vise la détention arbitraire et l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles, la protection du domicile (76) ou la liberté d'aller et venir (77), autant il paraît artificiel d'y rattacher la liberté matrimoniale. Ce rattachement s'inscrivait cependant dans une conception extensive de la liberté individuelle que le Conseil Constitutionnel, sans doute sensible à l'artifice, a abandonnée depuis 1999, restreignant le champ de la liberté individuelle aux mesures privatives de liberté (78). En conséquence, il a par la suite placé la liberté du mariage dans le champ de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (79), faisant du coup de cette liberté une des libertés dites « actives » qui mettent en cause autrui et repose donc non seulement sur l'article 2 de la Déclaration de 1789, mais aussi sur son article 4. Cette construction prétorienne, qui paraît aujourd'hui bien rodée, permet ainsi au Conseil de surmonter les silences de la Constitution au sujet du mariage.

Au fil des décisions, se dessinent progressivement les frontières d'une liberté matrimoniale qui n'apparaît évidemment pas sans limites. Un commentateur de la décision fondatrice de 1993 avait pu juger « un peu courte » (80) la réponse faite par le Conseil constitutionnel lors du contrôle de l'article 175-2 du code civil qui aurait permis de surseoir à célébrer un mariage lorsqu'il existe des indices sérieux de détournement, l'officier d'état civil saisissant le procureur, lequel aurait disposé d'un délai de quinze jours pour décider d'un sursis à statuer nécessairement inférieur à trois mois, sans que la décision ne soit susceptible de recours. Le Conseil avait jugé qu'« en subordonnant la célébration du mariage à de telles conditions préalables, ces dispositions méconnaissent le principe de la liberté du mariage qui est une des composantes de la liberté individuelle ». Avec une telle formule, il n'était en effet guère évident de connaître les raisons exactes de la censure - l'étroitesse des conditions d'ensemble ? l'absence de recours ? - alors que l'existence bien réelle de fraudes en matière matrimoniale aurait pu inviter à donner un contour plus précis à la liberté affirmée et à faire preuve de réalisme.

Des décisions ultérieures ont complété le tableau et s'en dégagent peu à peu une méthode et des enseignements. D'abord, on y aperçoit aujourd'hui nettement que le Conseil préserve la compétence législative : il ne cesse de rappeler au fil de décisions récentes que « la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel » (81). En d'autres termes, l'existence d'un principe constitutionnel n'empêche pas l'intervention du législateur mais oblige seulement celui-ci à veiller scrupuleusement au respect des divers droits et libertés constitutionnellement protégés.

Ensuite, l'existence indispensable de limites à la liberté matrimoniale conduit obligatoirement à des conciliations et donc à une pesée qui, selon une méthode désormais éprouvée en matière de droits fondamentaux, fait intervenir à la fois la légitimité des objectifs législatifs et la

proportionnalité des moyens mis en oeuvre. Le Conseil constitutionnel a lui-même synthétisé sa méthode dans une formule : « il est loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi » (82). Face à d'éventuelles atteintes à la liberté matrimoniale, le Conseil constitutionnel vérifie donc d'abord la légitimité même de l'atteinte. Ainsi le Conseil répète-t-il, selon une formule désormais consacrée, que la liberté du mariage « ne fait pas obstacle à ce que le législateur prenne des mesures de prévention ou de lutte contre les mariages contractés à des fins étrangères à l'union matrimoniale » (83), reconnaissant par là la légitimité des législations destinées à combattre les détournements du mariage. Sur ce terrain, on pourrait peut-être même noter un durcissement dans le ton du Conseil qui n'hésite plus aujourd'hui à déclarer fermement que « la protection constitutionnelle de la liberté du mariage ne confère pas le droit de contracter mariage à des fins étrangères à l'union matrimoniale » (84). De même est-il affirmé la légitimité de certaines dispositions destinées à protéger la qualité du consentement. Par exemple, la récente décision du 22 juin 2012 intervenue au sujet de la conformité des articles 146, 175-1 et 180 du code civil souligne que certaines dispositions du code civil - en l'espèce l'opposition du ministère public et l'ouverture au parquet de l'action en nullité du mariage - quoique contrariant en apparence l'accès au mariage, tendent au contraire à assurer la protection de la liberté du mariage (85). De même une autre décision récente, dans laquelle le recours critiquait les dispositions de l'article 460 du code civil soumettant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur, souligne d'abord que ces dispositions s'insèrent dans un ensemble législatif qui a pour finalité l'intérêt de la personne protégée et qui favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci par une protection nécessaire, subsidiaire, proportionnée et individualisée (86).

Une fois contrôlé l'objectif d'intérêt général du législateur, reste encore à établir l'absence d'excès dans les moyens législatifs utilisés, si l'on veut que la disposition échappe à la censure. Ainsi, en 2003 à propos des dispositions prévoyant que, s'il existait des indices sérieux de fictivité du mariage, l'officier de l'état civil pourrait saisir le procureur de la République, le Conseil a-t-il jugé que « le respect de la liberté du mariage (...) s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé » (87). Le Conseil constitutionnel a en effet estimé excessives les atteintes portées à la liberté matrimoniale par deux dispositions législatives : d'une part, il a censuré la règle selon laquelle l'absence de justification par un étranger de la régularité de son séjour, à la suite de la demande de l'officier de l'état civil, constituait un indice sérieux de l'absence de consentement ; d'autre part, il a estimé trop dissuasives les dispositions prévoyant le signalement à l'autorité préfectorale de la situation d'un étranger accomplissant les formalités de mariage sans justifier de la régularité de son séjour et qui opéraient une transmission automatique au préfet de la décision du procureur de la République de s'opposer au mariage. Législativement, le mariage ne peut donc pas être systématiquement subordonné à une condition de régularité du séjour, mais le législateur peut parfaitement encadrer l'exercice de la liberté matrimoniale par des mesures visant à lutter contre les mariages fictifs ou frauduleux.

Sans grande originalité, on assiste donc à la vérification que le législateur a bien opéré une conciliation équilibrée entre des objectifs d'intérêt général et les droits fondamentaux des individus. La méthode est désormais bien fixée et on aperçoit même de mieux en mieux les ressorts qui permettent de débusquer les excès jugés contraires à la Constitution. Le contenu du nouveau chapitre du code civil relatif aux mariages célébrés à l'étranger entre Français ou entre un Français et un étranger, inséré par la loi du 14 novembre 2006 (art. 171-1 à 171-8) n'a pas été jugé anticonstitutionnel malgré la prétention des parlementaires qui l'estimaient manifestement disproportionné au regard de l'objectif de lutte contre les mariages frauduleux. Après avoir vérifié que « le législateur a pris en compte la diversité des situations au regard de la liberté du mariage, qu'il a prévu des délais adaptés aux caractéristiques de chacune des situations et garanti des recours juridictionnels effectifs contre les décisions, explicites ou implicites, des autorités concernées », le Conseil a estimé qu'aucune de ces dispositions ne fait par elle-même obstacle à la célébration du mariage par l'autorité étrangère et ni à ses effets civils entre les époux eux-mêmes ni entre ceux-ci et leurs enfants (88). La motivation laisse bien apercevoir que le contrôle de proportionnalité repose sur un « ciblage » adéquat des mesures législatives, tant au regard de leur domaine d'application que de leurs effets, et sur l'existence effective de garanties procédurales. Dès lors qu'une procédure est en cause, les garanties et les délais offerts jouent un rôle déterminant comme le révèlent plusieurs décisions (89).

Le contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives sur le mariage ne se réduit cependant plus à la seule vérification du respect de la liberté du mariage, même si cette liberté apparaît toujours manifestement la plus sollicitée dans les recours concernant le mariage : on voit bien aujourd'hui que d'autres exigences constitutionnelles peuvent être mobilisées pour apprécier la législation matrimoniale. En raison de la montée en puissance du contrôle de constitutionnalité et à partir des fondements avancés par les requérants, le Conseil constitutionnel est de plus en plus souvent amené à évoquer les questions matrimoniales sous l'angle du droit de mener une vie familiale normale, voire du droit au respect de la vie privée ou encore de l'égalité devant la loi. Dans un exercice prospectif, on peut imaginer que d'autres principes constitutionnels puissent un jour être mobilisés ou avoir à se concilier entre eux : notamment si, comme l'imaginent certains (90), la question de la place du mariage religieux devait resurgir, elle donnerait peut-être l'occasion de s'interroger sur les liens entre le mariage et le principe de laïcité (91).

Le Conseil constitutionnel a consacré, sur le fondement du dixième alinéa du Préambule de 1946, la valeur constitutionnelle du « droit de mener une vie familiale normale » dans sa décision du 13 août 1993 (92). En matière de mariage, le droit de mener une vie familiale se conçoit d'abord

comme une protection contre les dispositions législatives qui empêcheraient les époux de développer effectivement une vie de couple. Par conséquent, le Conseil a pu juger que méconnaît le droit de mener une vie familiale normale l'obligation faite à l'étranger qui après avoir divorcé ou fait annuler son mariage aurait à attendre deux ans avant de pouvoir faire venir son nouveau conjoint ; en revanche, ont été déclarées conformes à la Constitution des restrictions apportées au regroupement familial des polygames aux motifs que « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie » (93). De même a-t-il plus récemment été retenu que les conditions d'acquisition de la nationalité française par mariage (C. civ., art. 21-2) n'étaient pas contraires à la Constitution : après avoir posé « que ni le respect de la vie privée ni aucune autre exigence constitutionnelle n'impose que le conjoint d'une personne de nationalité française puisse acquérir la nationalité française à ce titre » (94), le Conseil ajoute que « l'article 21-2 du code civil, dans sa rédaction résultant de la loi du 26 novembre 2003, qui n'empêche pas l'étranger de vivre dans les liens du mariage avec un ressortissant français et de constituer avec lui une famille, ne porte, par lui-même, atteinte ni au droit au respect de la vie privée ni au droit de mener une vie familiale normale » (95).

Mais, à la suite des revendications au sujet d'un mariage entre personnes de même sexe, on a pu se demander si le droit de mener une vie familiale normale devait également s'entendre du droit d'accéder à un certain statut juridique. La réponse formulée à l'occasion de la décision sur l'adoption au sein des couples de même sexe montrait déjà clairement que le droit de mener une vie familiale normale doit se comprendre comme une protection contre des mesures législatives qui empêchent ou entravent *de facto* le déroulement de la vie familiale (96). Dans la droite ligne de cette analyse, lors de l'examen du recours formé au sujet de l'impossibilité du mariage entre personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel a ultérieurement retenu, après avoir souligné que les dispositions du code civil ne faisaient pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage, que « le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les personnes de même sexe » (97). Selon le Conseil, c'est par conséquent l'obstacle à l'effectivité de la vie familiale qui réalise l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale et non les restrictions d'accès à un statut juridique. Comme on l'a très justement souligné, « ce n'est que lorsque l'impossibilité d'accéder à un statut juridique donné a pour effet d'empêcher de mener une vie familiale normale que la norme juridique en cause doit être regardée comme portant atteinte à ce droit » (98). Le droit de mener une vie familiale normale, tel que dégagé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, protège contre les obstacles qui empêchent concrètement des époux de développer une vie de couple, mais il ne permet pas de modifier les conditions d'accès au mariage et la définition de celui-ci.

Quant au principe d'égalité, il a été invoqué pour tenter d'une part d'étendre au Pacs certains des effets du mariage (99), d'autre part d'évincer la condition d'hétérosexualité du mariage (100). A chaque fois, le Conseil constitutionnel s'est réfugié derrière la différence de situation pour conclure à la constitutionnalité des dispositions critiquées. On peut penser que, fidèle à une réserve qu'il observe chaque fois qu'il s'agit de questions de société, le Conseil a estimé qu'il appartenait au législateur de se prononcer sur ces évolutions qui touchent, l'une, au pluralisme des modes de conjugalité, l'autre, à une transformation radicale de la définition du mariage.

Par comparaison avec la décision de 1993, on mesure le chemin parcouru dans la précision juridique. Il n'y a pas si longtemps, en 2006, un spécialiste du droit de la famille pouvait écrire : « les réponses du Conseil sur les rares questions de droit de la famille qui lui sont posées ne paraissent pas, pour le dire sans fard, à la hauteur de ce qu'est son raisonnement dans d'autres matières plus marquées par le droit public » (101). Manifestement, on est aujourd'hui entré, même dans le droit de la famille, dans l'ère d'un véritable contrôle juridictionnel, solidement argumenté sur la base des droits et libertés fondamentaux. Les risques d'atteinte à la liberté matrimoniale peuvent désormais être évalués selon une méthode reconnaissable qui permet de vérifier que les restrictions portées par la loi à l'accès au mariage sont pleinement justifiées et raisonnables et il est opéré un contrôle des obstacles érigés au développement effectif d'une vie matrimoniale, alors que, parallèlement, le Conseil constitutionnel reste soucieux de ne pas empiéter sur les prérogatives du législateur et de se substituer à lui. Outre les évolutions internes du droit constitutionnel, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la généralisation d'un « dialogue des juges » ne sont peut-être pas totalement étrangères à ces évolutions qui permettent sans doute de mieux tempérer un législateur parfois pris d'emballements en raison d'un surinvestissement idéologique du droit de la famille. On peut espérer que ces nouvelles dynamiques seront un facteur de régulation qui permettra d'atteindre au meilleur équilibre juridique : au législateur ordinaire l'appréciation des évolutions nécessaires et leur juste traduction technique ; au Conseil constitutionnel la surveillance des principes, des droits et des libertés fondamentaux, afin que, comme par le passé, le code civil des français continue de faire oeuvre unificatrice entre des courants de pensée différents... même si chacun voit bien, pour l'heure, que le mariage va être un terrain d'affrontement.

(1) N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997, n° 169.

(2) J. Boulouis, « Famille et droit constitutionnel », *Études offertes à Pierre Kaiser*, t. 1, PUAM, 1979, p. 153.

(3) V. J.-B. d'Onorio, « La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe », *RTD civ.*, 1988, p. 1 et s.

(4) Par exemple les constitutions allemande (art. 6.1), suisse (art. 14), polonaise (art. 18), espagnole (art. 32), portugaise (art. 36. 1 à 3), italienne

(art. 29), grecque (art. 21. 1).

(5) Ainsi du Portugal (art. 36. 2), mais surtout de l'Irlande (art. 41. 3).

(6) Les constitutions belge (art. 21, al. 2) et luxembourgeoise (art. 21).

(7) « Sur un air de famille », *in La famille, la loi, l'État ; de la Révolution au Code civil*, Imprimerie nationale éditions - Centre Georges Pompidou, 1989, p. XVII.

(8) V. Constitution du 4 septembre 1791, titre II, art. 3 ; Constitution du 24 juin 1793, art. 4 ; Constitution du 5 fructidor an III, art. 10.

(9) V. F. Colcombet, « Les principes constitutionnels du droit de la famille », *in La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 212 ; J.-B. d'Onorio, art. préc., p. 20.

(10) J. Boulouis, art. préc., p. 149.

(11) V. J. Hauser, « Une république familiale », *in Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 139 et s.

(12) *Droit civil*, PUF, Quadrige Manuel, 2004, t. 1, n° 112, p. 206 ; *adde* « Le Code civil », *in Les lieux de mémoire*, P. Nora (dir.), t. II, La Nation, Gallimard, 1986, p.309.

(13) Il faut notamment rappeler les écrits de F. Luchaire, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD civ.*, 1982, p. 248 et s. et de N. Molfessis, thèse préc. ; *adde* très récemment, V. Larribau-Terneyre, « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques », *in Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 259 et s.

(14) Entre 2010 et 2012, on recense un peu moins d'une dizaine de décisions du Conseil constitutionnel qui concernent le mariage.

(15) J. Hauser, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004, p. 106.

(16) J. Boulouis, art. préc.

(17) J. Hauser, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », art. préc., p. 104.

(18) Cons. const., déc. n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012 (conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage) ; déc. n° 2012-264 QPC du 13 juillet 2012 (conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage) ; accessoirement, concernant le mariage mais par le biais de la filiation, déc. n° 2011-186/187/188/189 QPC du 21 octobre 2011.

(19) Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

(20) Cons. const., déc. n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012 (mariage d'une personne en tutelle) ; déc. n° 2012-261 QPC du 22 juin 2012 (consentement au mariage et opposition à mariage) ; accessoirement, concernant les effets des différents modes de conjugalité : déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011 (pension de réversion et couples non mariés).

(21) J. Hauser, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », art. préc., p. 106 et spéc. note 23 : « L'intervention obsolète du président de la République dans des problèmes d'état civil (comp. C. civ., art. 164 sur les dispenses en matière de mariage), résidu d'un pouvoir régalien des rois, pourrait, dans son ensemble susciter discussion : quelle garantie de jugement, quelle garantie d'objectivité, quels recours, etc. ? ».

(22) *Ibid.*, v. spéc. note 24.

(23) *Droit civil, op. cit.*, t. 1, n° 522, p. 1140.

(24) V. J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 522, p. 1140, reprenant la définition d'Aubry et Rau.

(25) R. Libchaber, « La notion de mariage civil », *in Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 333.

(26) Présentation du projet de loi sur le mariage au corps législatif, le 16 ventôse an XI, Fenet, t. IX, Paris, 1827, p. 140.

(27) V. F. Granet-Lambrechts, « La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé », in *Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité*, H. Fulchiron (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 3 et s.

(28) R. Libchaber, art. préc., p. 326.

(29) H. Fulchiron, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in *Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité, op. cit.*, p. IX.

(30) H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 409.

(31) V. H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu... », art. préc., p. 409.

(32) « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 336.

(33) V. J. Carbonnier, « Sur un air de famille », art. préc., p. XVII ; *adde* du même, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1^{re} éd., 1996, p. 205.

(34) On a pu dire que « le mariage ne fonde plus la filiation » (H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu... », art. préc., p. 413). Comme par un effet réflexe qui se comprend dans un système d'ensemble où tout se tient, on peut ajouter qu'en retour la filiation ne fonde plus guère le mariage.

(35) F. Dekeuwer-Défossez, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, spéc. p. 292.

(36) R. Libchaber, art. préc., p. 340.

(37) À la lumière de ce constat, on peut sans doute penser avec d'autres, que l'accès au mariage des couples de même sexe, ne fera que révéler de manière plus flagrante une « désinstitutionnalisation » du mariage déjà acquise et que cette législation - si elle est votée - ne créera pas (en ce sens, v. notamment, R. Libchaber, art. préc., p. 341).

(38) V. H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu... », art. préc., p. 415.

(39) *Ibid.*, p. 398

(40) *Droit et passion du droit sous la V^e République, op. cit.*, p. 121 et s.

(41) Pour un autre exemple en droit de la famille, V. F. Bicheron, « Le renouvellement des sources en droit des successions », *Revue de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012, p. 65 et s.

(42) V. A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Thèse Paris-II, Dalloz, 2002.

(43) J. Hauser, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », art. préc., p. 110.

(44) V. F. Sudre *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Thémis, 6^e éd., 2011, p. 588.

(45) Projet n° 344 enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 7 nov. 2012.

(46) « Le Code civil », art. préc., spéc. p. 309.

(47) *Ibid.* *Adde* les réf. citées in N. Molfessis, *op. cit.*, n° 557.

(48) H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu... », p. 395.

(49) L. Sertor, « Non, ils ne le peuvent pas ! », *D.*, 2012, p. 1321, réponse publiée par Félix Rome ; L. Candide, « Le sexe, le mariage la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.*, 4 oct. 2012, n° 278, p. 7 ; F.-X. Bréchet, « La constitutionnalité du »mariage pour tous« en

(50) X. Dupré de Boulois, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *Rev. Droits et libertés fondamentaux*, 2012, chron. n° 23 ; D. Rousseau, « Le »mariage pour tous« relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2012, n° 348, p. 5.

(51) V. par exemple, L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 16^e éd., 2011, p. 59 ; X. Prétot, P. Jan, J.-Cl. Administratif, fasc. 1418, n° 68.

(52) V. Par exemple les conclusions du procureur général Baudouin en 1903 : « La condition essentielle du mariage, c'est donc bien que les époux soient de sexe différent : l'un, un homme, l'autre, une femme. Et c'est si évident que le Code n'a même pas cru qu'il fut nécessaire de l'exprimer » (Cass., Civ., 6 avril 1903, *DP*, 1904, I, p. 396).

(53) V. F. Luchaire, p. 251 ; N. Molfessis, *op. cit.*, n° 562.

(54) V. N. Molfessis et les exemples cités.

(55) D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse Paris-II, 1992, n° 67, p. 60.

(56) Sur cette imitation, v. P. Murat, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », *Mélanges en l'honneur de J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 405 et s.

(57) V. H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu », art. préc., p. 409 et s.

(58) *Mutatis mutandis*, v. commentaire de la déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 relative à l'adoption par un couple de même sexe, *site Internet du Cons. const.*, p. 10 : « Le Conseil a donc jugé, en octobre 2010, qu'il en va de l' »homoparentalité« comme il en allait, en janvier 1975, de l'interruption volontaire de grossesse ou, en juillet 1994, de la sélection des embryons : cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur ».

(59) V. N. Molfessis, *op. cit.*, n° 573 et s. ; *adde* D. Rousseau, art. préc. qui écrit : « en l'absence de définition, la fondamentale d'un principe est appréciée par le juge constitutionnel qui, sachant la part de subjectivité inhérente à cette opération de qualification d'un principe, agit avec une extrême prudence ».

(60) F. Luchaire, art. préc, spéc. p. 251.

(61) Sur le glissement significatif de la famille à la vie familiale, v. notamment Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit civil. La famille*, Defrénois/Lextenso éditions, 4^e éd., 2011, n° 20 et s.

(62) V. note 4. On notera d'ailleurs que le fait même que la Constitution espagnole vise à propos du mariage l'homme et la femme (art. 32.1) n'a pas empêché la Cour constitutionnelle espagnole de rejeter le recours en inconstitutionnalité introduit contre la loi du 1^{er} juillet 2005 ayant donné au mariage les mêmes conditions et les mêmes effets que le couple soit de sexe différent ou de même sexe (Cour constitutionnelle espagnole, 6 nov. 2012, n° 198/2012, *D.*, 2012, p. 2890, obs. C. Mialot).

(63) V. X. Labbé, « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP*, 2012, 977.

(64) La liberté matrimoniale et la laïcité notamment peuvent trouver d'autres fondements de protection que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

(65) Comme on l'a noté, « seulement dix principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont été consacrés comme normes constitutionnelles depuis l'origine. Ce nombre pouvant être aujourd'hui ramené à neuf, si on exclut la liberté individuelle désormais rattachée directement au texte de la Constitution de 1958. (...) Il convient donc de relativiser très nettement certaines analyses faites au début de la formation de cette jurisprudence (...). Ces principes, en réalité, n'occupent qu'une place très limitée au sein du bloc de constitutionnalité ». L. Favoreu, L. Philip, *op. cit.*, p. 60.

(66) V. notamment N. Molfessis, *op. cit.* : Après avoir fait le constat que « l'inventaire des décisions illustre (...) la faible incorporation du droit privé dans les sources de la jurisprudence constitutionnelle sur le fondement des principes fondamentaux reconnus par les lois de la

République » et « que la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République n'a permis la consécration d'aucun principe de droit privé touchant au droit substantiel » (n° 558), l'auteur conclut, à la suite d'une étude minutieuse, que les critères posés par le Conseil constitutionnel pour reconnaître l'existence d'un principe fondamental laissent penser que, pour l'avenir, la probabilité que des principes essentiels du droit civil accèdent par cette voie au niveau constitutionnel est très faible (v. n° 562 et s.).

(67) X. Prétot, P. Jan, *J.-Cl. Administratif* préc., n° 78.

(68) V. X. Dupré de Boulois, art. préc. ; *contra*, F.-X. Bréchet, art. préc., n° 16.

(69) V. déc. du 6 nov. 2012, n° 198/2012, préc. ; remarque déjà faite de longue date par un auteur français : « les hétérosexuels conserveraient évidemment le même droit de se marier si la loi venait à autoriser le mariage entre homosexuels ! » (Ph. Jestaz, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 418.

(70) Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, cons. 7 et 9.

(71) En ce sens, v. D. Rousseau, art. préc. ; *contra*, F.-X. Bréchet, art. préc., n° 16.

(72) Comp. avec le principe d'égalité qui pourrait également être un principe « à tout faire » : v. notamment, F. Mélin-Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelle perspective pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, oct. 2010.

(73) Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993.

(74) V. N. Molfessis, *op. cit.*, n° 169 et réf. cit.

(75) Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 107.

(76) Cons. const., déc. n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, cons. 29.

(77) Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 février 1992, cons. 13.

(78) Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 2 et 20. Sur cette évolution, v. par ex. V. Tchen, *J.-Cl. Administratif* Fasc. 1440, n° 54 et 81 ; *adde* commentaire de la déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *site Internet du Cons. const.*, p. 5. Pour un refus récent de placer l'accès au mariage sur le terrain de l'article 66, v. déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, cons. 6.

(79) Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 94 et déc. n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, cons. 4.

(80) J. Hauser, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », art. préc., p. 105 ; *adde* dans le même sens, N. Molfessis, *op. cit.*, n° 172.

(81) V. Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, cons. 7 ; déc. n° 2012-260 du 29 juin 2012, cons. 4 ; déc. n° 2012-261 QPC du 22 juin 2012, cons. 5.

(82) Cons. const., déc. n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012, cons. 4.

(83) Cons. const., déc. n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, cons. 4. ; déc. n° 2012-261 QPC du 22 juin 2012, cons. 4.

(84) Cons. const., déc. n° 2012-261 QPC du 22 juin 2012, cons. 7.

(85) Cons. const., déc. n° 2012-262 QPC du 22 juin 2012, cons. 11.

(86) Cons. const., déc. n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012, cons. 5.

(87) Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 94.

(88) Cons. const., déc. n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, cons. 12.

(89) V. au sujet de l'opposition à mariage du ministère public et de son droit de poursuivre l'annulation, Cons. const., déc. n° 2012-261 QPC du 22

(90) V. R. Libchaber : « ce n'est que dans sa composante civile que le mariage cédera du terrain. (...) ce qu'il abandonnera bénéficiera par contre-coup aux mariages religieux, qui auront conservé une rigidité issue de la tradition, des références à un au-delà qui font tout son prix. D'où un risque, difficile à apprécier avec pertinence : parce qu'il se « civilise », notre droit contribue à réhabiliter le mariage des Églises, seul à pouvoir être considéré comme authentique. Revient-il à une société qui, au moins dans les apparences, fait de l'exigence de laïcité le pilier porteur de son ordre juridique, de constituer les Églises en arbitres de la nuptialité ? » (art. préc., p. 341).

(91) V. par exemple les questions récemment posées au sujet de l'article 433-21 du Code pénal qui sanctionne les célébrations religieuses effectuées sans justification de l'existence d'un mariage civil : C. Eoche-Duval, « Faut-il dépenaliser les célébrations religieuses effectuées sans mariage civil ? », *D.*, 2012, p. 2615.

(92) Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 69 et 70.

(93) *Ibid.*, cons. 75 et 77.

(94) Cons. const., déc. n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012, cons. 8 et déc. n° 2012-264 QPC du 13 juillet 2012, cons. 6.

(95) Cons. const., déc. n° 2012-264 QPC du 13 juillet 2012, cons. 6.

(96) Cons. const., déc. n° 2012-39 QPC du 6 octobre 2012, cons. 8.

(97) Cons. const., déc. n° 2012-92 QPC du 28 janvier 2011, cons. 8. Comp. CEDH, 1^{re} sect., 24 juin 2010, *Shalk et Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04 : « En bref, la Cour conclut que l'article 12 [Conv. EDH] n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants » (n° 63).

(98) V. commentaire de la déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *site Internet du Cons. const.*, p. 9.

(99) Cons. const., déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011 (admettant la constitutionnalité de la pension de réversion réservée aux couples mariés).

(100) Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

(101) J. Hauser, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », art. préc., p. 104-105.