

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE MARIAGE.

GOTTOT SALOMÉ

LE TEXTE DE LA CONSTITUTION DE LA VÈME RÉPUBLIQUE NE FAIT QUASIMENT PAS RÉFÉRENCE AU MARIAGE. IL N'Y FAIT ALLUSION QUE DANS SON ARTICLE 34, FAISANT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX LE DOMAINE DE LA LOI. DANS CES CONDITIONS, QUELLE PEUT-ÊTRE LA DIMENSION DU MARIAGE VU DES FENÊTRES DE LA RUE DE MONTPENSIER ?

LE MARIAGE EST L'INSTITUTION FONDATRICE DE LA SOCIÉTÉ CIVILE. LE CODE CIVIL NE DONNE PAS DE DÉFINITION DE CETTE NOTION CENTRALE, MAIS IL EN TRACE LES CONTOURS : SES CONDITIONS DE FORMATION, SES FINALITÉS ET SES SANCTIONS. NOUS RETIENDRONS LA DESCRIPTION QU'EN FAISAIT PORTALIS AU COURS DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL : LE MARIAGE « *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* ». LA DOCTRINE S'EST LONGTEMPS AFFRONTÉE, PUIS RASSEMBLÉE, AUTOUR DE LA NATURE JURIDIQUE DU MARIAGE. EST-IL UN ACTE JURIDIQUE FORMÉ DE DEUX VOLONTÉS ? EST-IL UN STATUT FIXÉ À L'AVANCE AUQUEL NE PEUVENT PAS DÉROGER LES ÉPOUX ? LE CODE CIVIL LE QUALIFIE EXPRESSÉMENT DE CONTRAT¹ ET EN FIXE UN CADRE GÉNÉRAL SOUSTRAIT À LA SEULE VOLONTÉ DES INDIVIDUS. AUJOURD'HUI, LE MARIAGE EST DÉCRIT À LA FOIS COMME UNE INSTITUTION ET COMME UN CONTRAT. IL EST UNE INSTITUTION AU REGARD DU STATUT QU'IL CRÉE ET QUI S'IMPOSE AUX FUTURS ÉPOUX COMME AUX TIERS. IL EST UN CONTRAT AU REGARD DE LA RELATION DE RÉCIPROCITÉ QU'IL CRÉE ENTRE LES ÉPOUX.

LE MARIAGE EST AUSSI UNE FORME DE PROJECTION DE L'IDÉE D'AUTORITÉ SUR LA SOCIÉTÉ CIVILE. LA FAMILLE EST LE PREMIER LIEU D'EXPRESSION DE L'AUTORITÉ DU CHEF². L'OBÉISSANCE AU CHEF DE FAMILLE EST LE MIROIR DE CELLE DUE AU SOUVERAIN. « *LA FAMILLE RESTE LE FONDEMENT DE L'ÉTAT ET LE MARIAGE CELUI DE LA FAMILLE* »³. LA SPHÈRE PUBLIQUE SE CONSTRUIT PAR OPPOSITION ET EN

¹ ARTICLE 1398 ALINÉA 1 DU CODE CIVIL : « *LE MINEUR CAPABLE DE CONTRACTER MARIAGE EST CAPABLE DE CONSENTIR TOUTES LES CONVENTIONS DONT CE CONTRAT EST SUSCEPTIBLE ET LES CONVENTIONS ET DONATIONS QU'IL Y A FAITES SONT VALABLES, POURVU QU'IL AIT ÉTÉ ASSISTÉ, DANS LE CONTRAT, DES PERSONNES DONT LE CONSENTEMENT EST NÉCESSAIRE POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE.* »

² E. MILLARD, *FAMILLE ET DROIT PUBLIC*, LGDJ, 1995, P. 4 ET S.

³ J.-P. AGRESTI, « JALON POUR UNE HISTOIRE DE LIBERTÉ DU MARIAGE (XVI-XX) LA LIBERTÉ DU MARIAGE, UNE LIBERTÉ RATIONALISÉE. », IN *LA LIBERTÉ FONDAMENTALE DU MARIAGE, ACTE DU*

COMPLÉMENT DE LA SPHÈRE PRIVÉE. CE LIEN APPARAÎT SUFFISAMMENT FORT POUR JUSTIFIER L'INTERVENTION DE L'ÉTAT DANS LA SPHÈRE FAMILIALE. LE MARIAGE, LIEU D'INSTITUTIONNALISATION DE LA FAMILLE, DEVIENT LE MOYEN D'INTERVENTION DE L'AUTORITÉ ÉTATIQUE DANS LA SPHÈRE PRIVÉE. IL EST UN ACTE PUBLIC QUI PERMET À L'ÉTAT DE CONTRÔLER LES FAMILLES⁴. HISTORIQUEMENT, LE DROIT DE LA FAMILLE (HÉRÉDITÉ, PRIMOGÉNITURE, MASCULINITÉ PARENTÉ OU ALLIANCE) EST LE PREMIER TRAIT DE L'INSTITUTIONNALISATION DU RÉGIME DE LA COURONNE⁵. AVANT MÊME QUE LE DROIT CONSTITUTIONNEL N'ACQUIÈRE SON IDENTITÉ MODERNE LA FAMILLE ET LE MARIAGE FONDAIENT LE STATUT DU POUVOIR ROYAL⁶. CE LIEN ENTRE ÉTAT ET MARIAGE EST RENFORCÉ PAR LA SÉCULARISATION DU MARIAGE. SI L'ÉGLISE EST LE CENTRE DE LA VIE DE LA CITÉ PENDANT L'ANCIEN RÉGIME, C'EST LA RÉPUBLIQUE QUI EST EN CHARGE DU CITOYEN DE LA RÉVOLUTION⁷. POUR PREUVE, LES CONSTITUTIONS RÉVOLUTIONNAIRES ÉVOQUENT EXPLICITEMENT LE MARIAGE. IL EST VERTUEUX ET GARANTI LE BON ORDRE DANS LA FAMILLE⁸. IL DEVIENT MÊME UN DES ÉLÉMENTS DE DÉFINITION ET UN MOYEN D'ACQUÉRIR LA CITOYENNETÉ⁹. CEPENDANT, IL APPARAÎT ÉVIDENT QUE LE TEXTE FONDAMENTAL SE PRÉOCCUPE

COLLOQUE DU 6 JUIN 2008 DE L'UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR, PRESSE UNIVERSITAIRE D'AIX-MARSEILLE, 2009, P 31.

⁴ *Id*, p. 21

⁵ NOUS RETROUVONS, ÉGALEMENT, CETTE CARACTÉRISTIQUE DANS LES TEXTES DE L'EMPIRE : CONSTITUTION IMPÉRIALE DE L'AN XII, ARTICLE 12 : « ILS [LES MEMBRES DE LA FAMILLE ROYALE] NE PEUVENT SE MARIER SANS L'AUTORISATION DE L'EMPEREUR. - LE MARIAGE D'UN PRINCE FRANÇAIS, FAIT SANS L'AUTORISATION DE L'EMPEREUR, EMPORTE PRIVATION DE TOUT DROIT À L'HÉRÉDITÉ, TANT POUR CELUI QUI L'A CONTRACTÉ QUE POUR SES DESCENDANTS. - NÉANMOINS, S'IL N'EXISTE POINT D'ENFANT DE CE MARIAGE, ET QU'IL VIENNE À SE DISSOUDRE, LE PRINCE QUI L'AVAIT CONTRACTÉ RECOUVRE SES DROITS À L'HÉRÉDITÉ ». ARTICLE 13 « LES ACTES QUI CONSTATENT LA NAISSANCE, LES MARIAGES ET LES DÉCÈS DES MEMBRES DE LA FAMILLE IMPÉRIALE, SONT TRANSMIS SUR UN ORDRE DE L'EMPEREUR, AU SÉNAT, QUI EN ORDONNE LA TRANSCRIPTION SUR SES REGISTRES ET LE DÉPÔT DANS SES ARCHIVES. ».

⁶ J. BOULOUIS, « FAMILLE ET DROIT CONSTITUTIONNEL », IN MÉLANGES EN L'HONNEUR DE PIERRE KAYSER, PRESSE UNIVERSITAIRE D'AIX-MARSEILLE, 1979, P.148

⁷ L'ORIGINE RELIGIEUSE DU MARIAGE NE FAIT PAS DE DOUTE. ELLE EST LA PRINCIPALE JUSTIFICATION À LA COEXISTENCE DU MARIAGE RELIGIEUX EN PLUS DU MARIAGE CIVIL, À LA CONDITION QUE CE DERNIER SOIT CÉLÉBRÉ AVANT LE PREMIER.

⁸ CONSTITUTION 1791, ARTICLE 7 « 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. »

DÉCLARATION DES DROITS ET DES DEVOIRS DE LA CONSTITUTION DU DIRECTOIRE, ARTICLE 4 « NUL N'EST BON CITOYEN, S'IL N'EST BON FILS, BON PÈRE, BON FRÈRE, BON AMI, BON ÉPOUX. »

⁹ CONSTITUTION DE 1793, ARTICLE 4 : « TOUT HOMME NÉ ET DOMICILIÉ EN FRANCE, ÂGÉ DE VINGT ET UN ANS ACCOMPLIS ; - TOUT ÉTRANGER ÂGÉ DE VINGT ET UN ANS ACCOMPLIS, QUI, DOMICILIÉ EN FRANCE DEPUIS UNE ANNÉE - Y VIT DE SON TRAVAIL - OU ACQUIÈRE UNE PROPRIÉTÉ - OU ÉPOUSE UNE FRANÇAISE - OU ADOPTE UN ENFANT - OU NOURRIT UN VIEILLARD ; - TOUT ÉTRANGER ENFIN, QUI SERA JUGÉ PAR LE CORPS LÉGISLATIF AVOIR BIEN MÉRITÉ DE L'HUMANITÉ - EST ADMIS À L'EXERCICE DES DROITS DE CITOYEN FRANÇAIS. »

CONSTITUTION DE L'AN III DE 1795, ARTICLE 10 : « L'ÉTRANGER DEVIENT CITOYEN FRANÇAIS, LORSQUE APRÈS AVOIR ATTEINT L'ÂGE DE VINGT ET UN ANS ACCOMPLIS, ET AVOIR DÉCLARÉ L'INTENTION DE SE FIXER EN FRANCE, IL Y A RÉSIDÉ PENDANT SEPT ANNÉES CONSÉCUTIVES, POURVU QU'IL Y PAIE UNE CONTRIBUTION DIRECTE, ET QU'EN OUTRE IL Y POSSÈDE UNE PROPRIÉTÉ FONCIÈRE, OU UN ÉTABLISSEMENT D'AGRICULTURE OU DE COMMERCE, OU QU'IL Y AIT ÉPOUSÉ UNE FEMME FRANÇAISE. »

PEU DU MARIAGE. MALGRÉ LE LIEN ENTRE CE DERNIER ET L'ÉTAT, LA NORME PRIVILÉGIÉE POUR RÉGLER CETTE RELATION RESTE LA LOI. IL S'AGIT DE NE PAS FAIRE INTERVENIR LES INSTITUTIONS CONSTITUTIONNELLES DANS LA STRUCTURE FAMILIALE AUTREMENT QUE POUR MÉNAGER L'ORDRE PUBLIC. CETTE IGNORANCE DU DROIT CONSTITUTIONNEL CLASSIQUE EST HÉRITÉE, SANS AUCUN DOUTE, DE LA VISION INDIVIDUALISTE DE LA SOCIÉTÉ DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE. « *L'ATOMISATION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE* » N'EST PAS COMPATIBLE AVEC UNE CONSTITUTION TROP INTRUSIVE DANS LES RELATIONS PRIVÉES¹⁰.

SI EN 1804 LE MARIAGE « *N'OFFRAIT AUCUNE PRISE AU SOUPÇON* »¹¹ ET NE NÉCESSITAIT PAS UNE DÉFINITION EXPLICITE, L'INSTITUTION FONDATRICE DE LA SOCIÉTÉ CIVILE EST AUJOURD'HUI EN CRISE. LE NOMBRE DE MARIAGE NE CESSE DE DIMINUER. À VRAI DIRE, IL NE FAIT PLUS PARLER DE LUI QUE PAR CES DÉVIANCES (MARIAGE DE COMPLAISANCE, MARIAGE FORCÉ) OU PARCE QUE SES DÉLIMITATIONS CLASSIQUES NE CORRESPONDENT PLUS À NOS SOCIÉTÉS LIBÉRALES CONTEMPORAINES (MARIAGE TRANSSEXUEL, MARIAGE HOMOSEXUEL). LE CONCUBINAGE, « HORS LA LOI », EST CONSACRÉ PAR LE CODE CIVIL. LES STATUTS INTERMÉDIAIRES VIENNENT SUPPLANTER UNE INSTITUTION QUI NE JOUE PLUS SON RÔLE. LE DROIT CONSTITUTIONNEL APPARAÎT, AUJOURD'HUI, COMME LE MOYEN DE FORTIFIER UNE INSTITUTION EN PERTE DE FONDATIONS. LE JUGE CONSTITUTIONNEL DISPOSE-T-IL RÉELLEMENT D'ARMES QUI LUI PERMETTRAIENT D'IDENTIFIER UNE DÉFINITION CONSTITUTIONNELLE DU MARIAGE? LE RAPPORT ENTRE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET MARIAGE N'A PU SE METTRE EN ŒUVRE QUE PAR LE PROCESSUS DE CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT. CECI EXPLIQUE QUE LE SEUL POINT D'ACHOPPEMENT ENTRE CONSTITUTION ET MARIAGE EST LA LIBERTÉ DE MARIAGE¹². LES SAISINES PARLEMENTAIRES, EN DROIT DE LA FAMILLE, SONT SOUVENT DÉCRITES COMME « *ALÉATOIRE(S), ARBITRAIRE(S) ET POUR TOUT DIRE ABUSIVEMENT POLITISÉE(S) OU MÉDIATISÉE(S)* »¹³. ELLES NE SONT PAS À LA HAUTEUR DE CE QUE L'ON SERAIT EN DROIT D'ATTENDRE DE DÉCISIONS RELATIVES À UN DOMAINE AUSSI FONDAMENTAL. LA MISE EN PLACE, D'UNE QUESTION PRÉJUDICIELLE DE CONSTITUTIONNALITÉ PERMETTAIT DE PENSER QUE LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL SERAIT AMENÉ À SE PRONONCER DE MANIÈRE PLUS PRÉCISE SUR LA DIMENSION DE CETTE LIBERTÉ ET PLUS PARTICULIÈREMENT SUR LA CONSTITUTIONNALITÉ DES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE QUI PORTERAIENT, OU NON,

¹⁰ J. BOULOUIS, *OP CIT.* P. 149

¹¹ A. SERIAUX, « UNE DÉFINITION CIVILE DU MARIAGE (PRIÈRE D'INCÉRER) », *RECUEIL DALLOZ*, 2005, P. 1966

¹² CETTE LIBERTÉ EST CONSACRÉE DANS LA DÉCISION DU 13 AOÛT 1993 RELATIVE À LA LOI SUR LA MAÎTRISE DE L'IMMIGRATION.

¹³ J. HAUSER, « CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DROIT DE LA FAMILLE », *CCC*, N°16, 2004, P. 1

ATTEINTE À CETTE LIBERTÉ. CELA EST CHOSE FAITE PUISQUE LE 28 JANVIER 2011¹⁴, LE CONSEIL RÉPONDAIT À UNE QUESTION RELATIVE À LA CONSTITUTIONNALITÉ DES ARTICLES 75 ET 144 DU CODE CIVIL OU PLUS PRÉCISÉMENT, SUR L'INTERPRÉTATION QUE FAISAIT LA COUR DE CASSATION DU CARACTÈRE MIXTE DU MARIAGE. L'INTERDICTION DU MARIAGE HOMOSEXUEL AYANT ÉTÉ JUGÉE SUFFISAMMENT SÉRIEUSE PAR LA COUR DE CASSATION, LE CONSEIL EST RESTÉ DANS UNE DÉLIMITATION CLASSIQUE DE L'OPPORTUNITÉ DU LÉGISLATEUR.

L'ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL PERMET D'IDENTIFIER UNE DÉFINITION CONSTITUTIONNELLE DU MARIAGE BORNÉE DANS SA DOUBLE DIMENSION. UN ASPECT CONSENSUEL, D'ORDRE PRIVÉ, DANS LEQUEL LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL VEILLERA À CE QUE LE LÉGISLATEUR NE PORTE PAS UNE ATTEINTE DISPROPORTIONNÉE AU LIBRE CONSENTEMENT DE SE MARIER. UN ASPECT INSTITUTIONNEL D'ORDRE PUBLIC, LAISSÉ À LA LIBRE APPRÉCIATION DU LÉGISLATEUR. CE DERNIER PEUT DÉLIMITER LES CONDITIONS DE MISES EN ŒUVRE DU MARIAGE, LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL REFUSANT DE METTRE EN ŒUVRE UN CONTRÔLE DANS CE DOMAINE.

CETTE DISSOCIATION CONDUIT À UN CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS RELATIVES AU MARIAGE À DEUX VITESSES. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL EST TRÈS PROTECTEUR DE LA LIBERTÉ DE CONTRACTER MARIAGE (I) ALORS QU'IL NE CE PRONONCE PAS SUR LA DÉFINITION INSTITUTIONNELLE DU MARIAGE (II).

I) UNE PROTECTION ACCRUE DE L'ASPECT CONSENSUEL DU MARIAGE.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A FAIT DE LA LIBERTÉ DE MARIAGE UNE COMPOSANTE DE LA LIBERTÉ PERSONNELLE (A) CE QUI JUSTIFIE L'ATTENTION PARTICULIÈRE QU'IL ACCORDE AU CONSENTEMENT (B).

A) LA LIBERTÉ PERSONNELLE DE SE MARIER.

LA DIFFICULTÉ EN DROIT CONSTITUTIONNEL INTERNE TIENT AU FAIT QUE LA CONSTITUTION N'ÉVOQUE PAS LA LIBERTÉ DE MARIAGE. IL FAUT ATTENDRE 1993 ET

¹⁴ C.C., DÉCIS., N° 2010-92 QPC, DU 28 JANVIER 2011.

LA DÉCISION SUR LA LOI RELATIVE À LA MAÎTRISE DE L'IMMIGRATION POUR QUE LE CONSEIL CONSTATE QUE FIGURE PARMIS LES LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE, LA LIBERTÉ DE MARIAGE¹⁵. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL CENSURA UNE DISPOSITION DE LA LOI QUI FAISAIT OBLIGATION À L'OFFICIER D'ÉTAT CIVIL DE SAISIR LE PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE LORSQU'IL EXISTAIT DES INDICES SÉRIEUX LAISSANT PRÉSUMER QUE LES FINALITÉS DU MARIAGE EN CAUSE ÉTAIENT DIFFÉRENTES DE L'UNION MATRIMONIALE. LE PROCUREUR DISPOSAIT, DANS UN DÉLAI ALLANT DE QUINZE JOURS À TROIS MOIS, DE LA POSSIBILITÉ DE SUSPENDRE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE, SANS QU'IL NE SOIT PRÉVU DE VOIE DE RECOURS.

CETTE LIBERTÉ DE MARIAGE N'ÉTANT PAS EXPLICITEMENT PRÉSENTE DANS LES TEXTES DE LA CONSTITUTION, LE CONSEIL SE FONDAIT SUR LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE¹⁶. LE RECOURS AU FONDEMENT DE L'ARTICLE 66 DE LA CONSTITUTION S'INSCRIVAIT DANS UNE JURISPRUDENCE CLASSIQUE DU JUGE CONSTITUTIONNEL, QUI CONSISTAIT À CONSACRER UNE VISION PARTICULIÈREMENT LARGE DE LA NOTION DE LIBERTÉ INDIVIDUELLE. AINSI, L'ARTICLE 66 C ÉTAIT ÉTENDU AU-DELÀ DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE DANS LE CADRE DES MESURES PRIVATIVES DE LIBERTÉ.

LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE COMME FONDEMENT DE LA LIBERTÉ DE MARIAGE, A ÉTÉ REMISE EN CAUSE DIX ANS PLUS TARD À L'OCCASION DU CONTRÔLE D'UNE NOUVELLE LOI RELATIVE À LA MAÎTRISE DE L'IMMIGRATION¹⁷. L'UN DES OBJECTIFS DE LA LOI SOUMISE AU CONTRÔLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ÉTAIT LE RENFORCEMENT DU CONTRÔLE DE L'IMMIGRATION PAR LA LUTTE CONTRE LES MARIAGES DE COMPLAISANCE ; C'EST-À-DIRE LA LUTTE CONTRE LES UNIONS AYANT POUR FINALITÉ, NON PAS LA VIE MATRIMONIALE MAIS LA RÉGULATION ADMINISTRATIVE DE LA SITUATION D'UN ÉTRANGERS PAR LE BIAIS DU MARIAGE. LE JUGE N'A PAS CENSURÉ LE PRINCIPE DE LA LUTTE CONTRE LE MARIAGE DE COMPLAISANCE. EN REVANCHE, LE FAIT QUE LE CARACTÈRE IRRÉGULIER DU SÉJOUR D'UN ÉTRANGER SUFFISE EN LUI-MÊME À FAIRE OBSTACLE AU MARIAGE EST JUGÉ CONTRAIRE AU PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE LA LIBERTÉ DE MARIAGE. CETTE DÉCISION PERMET ÉGALEMENT D'ÉCLAIRCIR DÉFINITIVEMENT LA DÉCISION DE 1993. EN EFFET LA FORMULATION UN PEU CONFUSE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

¹⁵ C.C., DÉCIS., N°93-325 DC, DU 13 AOUT 1993, *LOI RELATIVE À LA MAÎTRISE DE L'IMMIGRATION ET AUX CONDITIONS D'ENTRÉE, D'ACCUEIL ET DE SÉJOUR DES ÉTRANGERS EN FRANCE*, REC. P. 224, CONSIDÉRANT N°3

¹⁶ CONSIDÉRANT N°107

¹⁷ C.C., DÉCIS., N°2003-484 DC, *LOI RELATIVE À LA MAÎTRISE DE L'IMMIGRATION, AU SÉJOUR DES ÉTRANGERS EN FRANCE ET À LA NATIONALITÉ*.

FAISAIT PESER UN DOUTE SUR LE FAIT DE SAVOIR SI C'ÉTAIT LA PROCÉDURE TOUTE ENTIÈRE OU SEULEMENT L'ABSENCE DE RECOURS QUE LE CONSEIL AVAIT JUGÉ INCONSTITUTIONNEL. LE JUGE CONFIRME CETTE FOIS QUE « *DANS CES CONDITIONS, LES DISPOSITIONS PRÉCITÉES GARANTISSENT DE FAÇON SUFFISANTE LA TENUE D'UN PROCÈS JUSTE ET ÉQUITABLE* »¹⁸.

CEPENDANT, L'ÉLÉMENT LE PLUS MARQUANT DE CETTE DÉCISION EST TOUT AUTRE. CETTE FOIS, LE CONSEIL FAIT DE LA LIBERTÉ DE MARIAGE UNE COMPOSANTE DE LA LIBERTÉ PERSONNELLE¹⁹. CE CHANGEMENT S'INSCRIT DANS UNE ÉVOLUTION DE POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL. DÉCOUVERTE À LA FIN DES ANNÉES 80²⁰, LA LIBERTÉ PERSONNELLE A CONNU UN ESSOR CONSIDÉRABLE DEPUIS LA FIN DES ANNÉES 90. CETTE LIBERTÉ TIRE SON FONDEMENT DES ARTICLES 2 ET 4 DE LA DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN. « *LA NATURE MAGNÉTIQUE* »²¹ DE LA LIBERTÉ PERSONNELLE VIENT PONCTIONNER LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE DE TOUT CE QUI VA AU-DELÀ DE LA NOTION DE SURETÉ. CE CHANGEMENT DE RÉFÉRENTIEL S'EXPLIQUE, PRINCIPALEMENT, PAR UN CHANGEMENT DE PHILOSOPHIE DANS LA PROTECTION DES LIBERTÉS FONDAMENTALES. DÈS SON ORIGINE, LA NOTION DE LIBERTÉ PERSONNELLE EST DÉVELOPPÉE DANS LE DOMAINE DU DROIT SOCIAL AUX FINS DE LIMITER L'INTRUSION EXTENSIVE DE LA SOCIÉTÉ SUR LA PERSONNE. CETTE LIBERTÉ REPRÉSENTE L'IDÉE D'UNE PROTECTION DE LA PERSONNE DANS SA SPÉCIFICITÉ, SA SINGULARITÉ ET SON INDIVIDUALITÉ ET ELLE DEVIENT OPPOSABLE DANS SA VIE PUBLIQUE. IL S'AGIT D'UN « *DROIT QUE CHACUN A SUR SA PERSONNE* »²². AUTREMENT DIT, LA LIBERTÉ PERSONNELLE SE CONSTRUIT AUTOURS DE DEUX AXES. LE PREMIER, EST LA PROTECTION DE L'INDIVIDU CONTRE L'INTRUSION DU GROUPE (DROIT À L'INDIFFÉRENCE) ET LE SECOND RELÈVE DE L'EXPRESSION DES CHOIX PRIVÉS DANS LA SPHÈRE SOCIALE (DROIT À LA DIFFÉRENCE)²³. « *PROTÉGER LA LIBERTÉ PERSONNELLE REVIENT ALORS À TROUVER*

¹⁸ CONSIDÉRANT N°83

¹⁹ CONSIDÉRANT N°14

²⁰ LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A UTILISÉ POUR LA PREMIÈRE FOIS CETTE NOTION DANS SA DÉCISION N°88-244 DC, DU 20 JUILLET 1988, RELATIVE À LA *LOI PORTANT AMNISTIE*. MAIS C'EST L'ANNÉE SUIVANTE DANS SA DÉCISION N°89-257 DC DU 25 JUILLET 1989, RELATIVE À LA *LOI MODIFIANT LE CODE DU TRAVAIL ET RELATIVE À LA PRÉVENTION DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE ET AU DROIT À LA CONVERSION*, QUE LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL CONSACRE LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DE LA LIBERTÉ PERSONNELLE.

²¹ A. PARIENTE, « LA LIBERTÉ PERSONNELLE DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL », IN *MÉLANGES EN L'HONNEUR DE D.-G. LAVROFF*, DALLOZ, 2005, P. 276

²² A. EISMEN, *ÉLÉMENTS DE DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS ET COMPARÉ*, JGDJ, ÉD. PANTHÉON-ASSAS, 2001, P. 1109, CITÉ PAR A. PENA-SOLER, « A LA RECHERCHE DE LA LIBERTÉ PERSONNELLE DÉSESPÉRÉMENT... », IN *MÉLANGES EN L'HONNEUR DE LOUIS FAVOREU*, DALLOZ, P.1695

²³ X. BIOY, *LE CONCEPT DE PERSONNE HUMAINE EN DROIT PUBLIC, RECHERCHE SUR LE SUJET DES DROITS FONDAMENTAUX*, NOUVELLE BIBLIOTHÈQUE DES THÈSES, DALLOZ, 2003, P. 282-283.

*UN POINT D'ÉQUILIBRE ENTRE LES SACRIFICES D'ORDRE PERSONNEL QUI PEUVENT ÊTRE DEMANDÉS AUX INDIVIDUS DANS L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ET LE MAINTIEN DE L'UNITÉ DE LA PERSONNE, C'EST-À-DIRE, LE DROIT DE CETTE PERSONNE DE NE PAS COMPROMETTRE SON IDENTITÉ PERSONNELLE AU POINT DE LA NIER*²⁴. IL NE S'AGIT DONC PLUS SEULEMENT DE MÉNAGER POUR L'INDIVIDU UNE SPHÈRE DE LIBERTÉ DANS LAQUELLE CHACUN PEUT AMÉNAGER SA VIE COMME IL LE SOUHAITE, MAIS IL S'AGIT ÉGALEMENT DE LA POSSIBILITÉ POUR CHACUN DE POUVOIR PROJETER SA PROPRE PERSONNALITÉ DANS SA VIE PUBLIQUE.

LA LIBERTÉ DU MARIAGE, MISE EN RELIEF PAR LA LIBERTÉ PERSONNELLE, LAISSAIT IMAGINER UNE ÉVOLUTION DE LA VISION QUE POURRAIT IMPULSER UN TEL CHANGEMENT DE FONDEMENT. CELUI-CI NE FAIT QU'ACCOMPAGNER UN PHÉNOMÈNE GÉNÉRAL DANS LA CONCEPTION DU MARIAGE : DEPUIS LE MILIEU DU XXÈME SIÈCLE LE COUPLE N'EST PLUS AU CENTRE DU MARIAGE, IL EST SUPPLANTÉ PAR L'INDIVIDU ET SA LIBERTÉ²⁵. CETTE ÉVOLUTION PEUT APPARAÎTRE CURIEUSE DANS LA MESURE OÙ LE MARIAGE NÉCESSITE FONDAMENTALEMENT UNE RELATION AVEC UNE AUTRE PERSONNE. CE CHANGEMENT DE FONDEMENT NE REMET PAS EN CAUSE LA CONCEPTION CLASSIQUE DU MARIAGE NÉANMOINS IL REND COMPTE DE LA RÉALITÉ DU CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, PUISQU'EN LA MATIÈRE C'EST BIEN LA LIBERTÉ DE MARIAGE ET NON LE MARIAGE QUE CONSACRE LE JUGE, C'EST DONC LA LIBERTÉ PERSONNELLE DE POUVOIR CONTACTER MARIAGE ET NON L'INSTITUTION FONDATRICE D'UNE FAMILLE QUI EST PROTÉGÉE.

B) LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DU CONSENTEMENT.

LA LIBERTÉ PERSONNELLE DE SE MARIER S'EXPRIME PAR L'ÉCHANGE DE VOLONTÉ. LE CONSENTEMENT A UNE PLACE CENTRALE DANS L'UNION MATRIMONIALE : LUI-SEUL FAIT LE MARIAGE. L'ARTICLE 146 DU CODE CIVIL DONNE LE TON : « *IL N'Y A PAS DE MARIAGE LORSQU'IL N'Y A POINT DE CONSENTEMENT* ». L'ÉCHANGE DE VOLONTÉ DOIT POUVOIR ÊTRE CONSTATÉ, IL DOIT ÊTRE SÉRIEUX ET CONSENTI. IL DOIT ÊTRE PROTÉGÉ DANS SON INTÉGRITÉ AVANT LE MARIAGE COMME AU MOMENT DE LA CÉLÉBRATION. L'ABSENCE OU L'ALTÉRATION DU CONSENTEMENT CONSTITUE UNE CAUSE DE NULLITÉ DU MARIAGE²⁶, L'ÉCHANGE DE VOLONTÉ ÉTANT

²⁴ A. PENA-SOLER, « A LA RECHERCHE DE LA LIBERTÉ PERSONNELLE DÉSESÉRÉMENT... », *OP. CIT.*, P.1704

²⁵ J.-P. AGRESTI, *OP. CIT.*, P. 36

²⁶ ARTICLE 180 DU CODE CIVIL : « *LE MARIAGE QUI A ÉTÉ CONTRACTÉ SANS LE CONSENTEMENT LIBRE DES DEUX ÉPOUX, OU DE L'UN D'EUX, NE PEUT ÊTRE ATTAQUÉ QUE PAR LES ÉPOUX, OU PAR CELUI DES DEUX DONT LE CONSENTEMENT N'A PAS ÉTÉ LIBRE, OU PAR LE MINISTÈRE PUBLIC. L'EXERCICE D'UNE CONTRAINTE SUR LES ÉPOUX OU L'UN D'EUX, Y COMPRIS PAR CRAINTE*

INDISSOCIABLE DE L'ASPECT CONSENSUEL DU MARIAGE. HISTORIQUEMENT, CES DEUX NOTIONS ONT ÉVOLUÉ ENSEMBLE À PARTIR DU XVIÈME SIÈCLE. LE CONTRAT EST L'INSTRUMENT PRIVILÉGIÉ DE LA CONSTRUCTION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE ET DES RAPPORTS SOCIAUX²⁷. C'EST AVEC L'ÉCOLE DU DROIT NATUREL QUE LE LIEN ENTRE MARIAGE ET CONTRAT EST CONSACRÉ. LE CONTRAT, EXPRESSION DE LA VOLONTÉ, PRÉSUPPOSE LA LIBERTÉ. LE MARIAGE NE PEUT PAS ÉCHAPPER À LA CONTRACTUALISATION DE LA VIE SOCIALE. ÉVIDEMMENT, CE CONSENSUALISME EST REPRIS PAR LES IDÉES RÉVOLUTIONNAIRES JUSQUE DANS LA CONSTITUTION DE 1791 QUI PRÉVOIT DANS L'ARTICLE 7 DE SON TITRE II : « *LA LOI NE CONSIDÈRE LE MARIAGE QUE COMME CONTRAT CIVIL* ». LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL N'A QUE RAREMENT CENSURÉ UNE LOI PARCE QU'ELLE PORTAIT ATTEINTE À LA LIBERTÉ DE MARIAGE, CEPENDANT CHAQUE CENSURE PORTE SUR UNE ATTEINTE DISPROPORTIONNÉE À LA VOLONTÉ DE CONTRACTER MARIAGE.

DANS LA DÉCISION DU 13 AOÛT 1993 LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL CENSURE UNE DISPOSITION DE LA LOI QUI PRÉVOYAIT L'OBLIGATION POUR L'OFFICIER D'ÉTAT CIVIL DE SAISIR LE PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE LORSQU'IL EXISTAIT DES INDICES SÉRIEUX LAISSANT PRÉSUMER QU'UN MARIAGE ÉTAIT ENVISAGÉ DANS UN AUTRE BUT QUE L'UNION MATRIMONIALE. CETTE RESTRICTION DE LIBERTÉ AUX FINS DE MAITRISER LE FLUX MIGRATOIRE N'EST PAS, EN ELLE-MÊME, JUGÉE CONTRAIRE À LA CONSTITUTION. DE MANIÈRE GÉNÉRALE, LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ESTIME QUE LÉGISLATEUR PEUT PRENDRE DES MESURES EN CE SENS, MÊME SI CELA DURCI LES CONDITIONS DU MARIAGE. CETTE POSITION EST RÉAFFIRMÉE DANS LES DÉCISIONS DE 2003 ET DE 2006 DANS LAQUELLE IL ÉNONCE DE MANIÈRE EXPLICITE QUE : « *LA LIBERTÉ DU MARIAGE, COMPOSANTE DE LA LIBERTÉ PERSONNELLE PROTÉGÉE PAR LES ARTICLES 2 ET 4 DE LA DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789, 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* ». L'INTERDICTION LÉGALE DES MARIAGES DE COMPLAISANCE EST SOUVENT DÉCRITE COMME UN EMPÊCHEMENT AUX FINS DE PROTÉGER LE « BON » ÉCHANGE DE VOLONTÉ, IL NE PEUT PAS AVOIR CONSENTEMENT AU MARIAGE SI LA VOLONTÉ ÉCHANGÉE N'EST PAS CELLE DE FORMER UNE UNION MATRIMONIALE. LA COUR DE CASSATION RETIENT, D'AILLEURS, DEPUIS LONGTEMPS LA NULLITÉ DU

RÉVÉRENCIELLE ENVERS UN ASCENDANT, CONSTITUE UN CAS DE NULLITÉ DU MARIAGE. S'IL Y A EU ERREUR DANS LA PERSONNE, OU SUR DES QUALITÉS ESSENTIELLES DE LA PERSONNE, L'AUTRE ÉPOUX PEUT DEMANDER LA NULLITÉ DU MARIAGE. ».

²⁷ J.-P., AGRESTI, *OP. CIT.*, P. 24

MARIAGE LORSQUE LES ÉPOUX POURSUIVENT UN BUT AUTRE QUE L'UNION MATRIMONIALE, POUR DÉFAUT DE CONSENTEMENT²⁸.

DANS LA DÉCISION DU 20 NOVEMBRE 2003, LA RÉFÉRENCE À L'ASPECT CONSENSUEL DU MARIAGE EST PLUS FLAGRANTE. CETTE DÉCISION EST ÉGALEMENT RELATIVE AUX LOIS D'IMMIGRATIONS ET AUX DROITS DES ÉTRANGERS. LE JUGE CONSTITUTIONNEL CONSIDÈRE « *QU'EN PRÉVOYANT, D'UNE PART, 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, D'AUTRE PART, LA TRANSMISSION AU PRÉFET DE LA DÉCISION DU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE DE S'OPPOSER À LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE, D'ORDONNER QU'IL Y SOIT SURSIS OU DE L'AUTORISER, (...) SONT DE NATURE À DISSUADER LES INTÉRESSÉS DE SE MARIER ; QU'AINSI, ELLES PORTENT ÉGALEMENT ATTEINTE AU PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE LA LIBERTÉ DU MARIAGE* ». LE JUGE CONFIRME QUE LE PRINCIPE SELON LEQUEL LE LÉGISLATEUR EST CONTRAINT DE METTRE EN PLACE DES MESURES DE CONTRÔLE AUX FINS DE LUTTER CONTRE LES MARIAGES DE COMPLAISANCE N'EST PAS CONTRAIRE À LA CONSTITUTION. EN REVANCHE, CES MÊMES MESURES NE DOIVENT PAS CONDUIRE À EMPÊCHER AUX FUTURS ÉPOUX D'EXPRIMER LEUR CONSENTEMENT. NOUS RETROUVONS AINSI L'IDÉE D'UNE LIBERTÉ PERSONNELLE DE POUVOIR SE MARIER, SI CETTE UNION RÉPOND À TOUS LES CRITÈRES LÉGAUX.

L'ÉCHANGE DE VOLONTÉ, CONSTITUTIF DU MARIAGE, BÉNÉFICIE D'UNE PROTECTION PARTICULIÈRE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL. EN PREMIER LIEU, LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DE CETTE LIBERTÉ DE CONTRACTER MARIAGE A ÉTÉ RECONNUE AVANT LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE. EN EFFET, ALORS QUE DÈS 1993 LE JUGE CONSTITUTIONNEL RECONNAISSAIT LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DE LA LIBERTÉ DE MARIAGE, IL REFUSE UN AN PLUS TARD DE RECONNAÎTRE LA MÊME VALEUR AU PRINCIPE DE LIBERTÉ CONTRACTUELLE. DANS UNE DÉCISION DU 3 AOÛT 1994 IL DÉCIDE QU' « *AUCUNE NORME DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE NE GARANTIT LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE* »²⁹. CETTE POSITION EST FERMEMENT RÉAFFIRMÉE, JUSQU'AUX DÉCISIONS DU 23 JUILLET 1999³⁰ ET DU 13 JANVIER 2000³¹ QUI RECONNAISSENT

²⁸ C. CASS., CIV. 1^{ÈRE}, 20 NOVEMBRE 1963, APPIETTO

²⁹ C. C., DÉCIS., N°94-348 DC, DU 3 AOÛT 1994 *LOI RELATIVE À LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE DES SALARIÉS ET PORTANT TRANSPOSITION DES DIRECTIVES N° 92/49 ET N° 92/96 DES 18 JUIN ET 10 NOVEMBRE 1992 DU CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES*, REC. 117, CONSIDÉRANT N°9

³⁰ C.C., DÉCIS., N°99-416 DC, DU 23 JUILLET 1999, *LOI PORTANT CRÉATION D'UNE COUVERTURE MALADIE UNIVERSELLE*, REC. 100

LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE, FONDÉE SUR L'ARTICLE 4 DE LA DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN. EN SECOND LIEU, LE CONSENTEMENT AU MARIAGE À UNE FORCE SUPÉRIEURE AUX AUTRES CONSENTEMENTS. PLUS PRÉCISÉMENT, LE LIEN CRÉÉ PAR L'ÉCHANGE DE VOLONTÉ AU MOMENT DU MARIAGE EST PLUS SOLIDE QUE TOUT AUTRE LIEN. LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ EST UN CONTRAT CONCLU PAR DEUX PERSONNES DONT L'OBJET EST L'ORGANISATION DE LEUR VIE COMMUNE³². LES REFORMES ONT RAPPROCHÉ LE STATUT DU PACS DE CELUI DU MARIAGE, CEPENDANT LA NATURE CONTRACTUELLE DE CETTE UNION EST CONSTAMMENT RÉAFFIRMÉE. LE PACS RESTE UN « SIMPLE » CONTRAT DE DROIT CIVIL, L'UNION QUI EN RÉSULTE EST MOINS PROTÉGÉE QUE CELLE RÉSULTANT D'UN MARIAGE. L'ÉLÉMENT LE PLUS SIGNIFICATIF EST LA DISSOLUTION AUTOMATIQUE DU PACS PAR LE MARIAGE DE L'UN DES PARTENAIRES³³. CETTE DISSOLUTION A D'AILLEURS ÉTÉ CONSIDÉRÉE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL COMME RÉSULTANT DE LA LIBERTÉ DU MARIAGE³⁴. RIEN NE DOIT POUVOIR FAIRE OBSTACLE À LA LIBERTÉ DE MARIAGE MÊME UN AUTRE CONTRAT DONT L'OBJET EST POURTANT SIMILAIRE.

CE CONSENTEMENT APPUYÉ PAR LA LIBERTÉ PERSONNELLE EST PROTÉGÉ PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL, DANS DES PROPORTIONS BIEN PLUS IMPORTANTES QUE LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE LIBERTÉ CONTRACTUELLE. EN REVANCHE, LA PROTECTION DE CE CONSENTEMENT EST AUSSI PLUS RESTREINTE PUISQU'IL EST SOUMIS À L'ASPECT INSTITUTIONNEL DU MARIAGE. LE LÉGISLATEUR VIENT DÉLIMITER L'ÉTENDUE DE CE CONSENTEMENT PAR LES DIMENSIONS LÉGALES DE L'INSTITUTION DU MARIAGE, CELLE-CI N'ÉTANT PAS CONTRÔLÉE DE LA MÊME MANIÈRE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

II) UN CONTRÔLE LIMITÉ DE L'ASPECT INSTITUTIONNEL DU MARIAGE.

LE MARIAGE EST GÉNÉRALEMENT DÉCRIT COMME UNE RELATION FAISANT INTERVENIR UN TIERS : L'ÉTAT. LE MARIAGE EN TANT QU'INSTITUTION SIGNIFIE QU'UNE PARTIE DE SA DÉFINITION EST SOUSTRATE AUX FUTURS ÉPOUX ET NE PEUT ÊTRE MODIFIÉE PAR CONVENTION. LES EMPÊCHEMENTS SONT L'EXPRESSION DU

³¹ C.C., DÉCIS. N°99-423 DC, DU 13 JANVIER 2000, *LOI RELATIVE À LA RÉDUCTION NÉGOCIÉE DU TEMPS DE TRAVAIL*, REC. 33

³² ARTICLE 515-1 DU CODE CIVIL

³³ ARTICLE 515-7 DU CODE CIVIL

³⁴ C.C. DÉCIS., N°99-419 DC, DU 9 NOVEMBRE 1999, *LOI RELATIVE AU PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ*, REC.116, CONSIDÉRANT N°62

CARACTÈRE INSTITUTIONNEL DU MARIAGE. CEPENDANT, LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FAIT UN CONTRÔLE EXTRÊMEMENT RESTREINT DE CET ASPECT INSTITUTIONNEL (A) RENDANT IMPOSSIBLE L'IDENTIFICATION D'UNE DÉFINITION CONSTITUTIONNELLE DU MARIAGE (B).

A) LE BLANC-SEING LAISSÉ AU LÉGISLATEUR EN MATIÈRE D'EMPÊCHEMENT AU MARIAGE.

LES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE SONT L'EXPRESSION MÊME DE L'INSTITUTION DU MARIAGE. ILS PEUVENT ÊTRE DÉFINIS COMME « *LES OBSTACLES À LA CÉLÉBRATION LICITE ET VALABLE D'UN MARIAGE* »³⁵. DE CES EMPÊCHEMENTS NOUS POUVONS DÉDUIRE LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU MARIAGE.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST RAREMENT PRONONCÉ SUR CES CONDITIONS DE VALIDITÉS. IL A EU L'OCCASION DE LE FAIRE UNE PREMIÈRE FOIS DANS LA DÉCISION DU 13 AOÛT 1993. LE CONSEIL AVAIT CENSURÉ LA DISPOSITION QUI PRÉVOYAIT L'OBLIGATION POUR L'OFFICIER D'ÉTAT CIVIL DE SURSEoir À LA CÉLÉBRATION D'UN MARIAGE, APRÈS AVOIR SAISI LE PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE, ET SANS QU'AUCUN RECOURS NE SOIT PRÉVU POUR LES FUTURS ÉPOUX. A LA SUITE DE JEAN HAUSER³⁶, NOUS RELEVONS QUE CE DONT IL EST QUESTION, C'EST L'INTERDICTION D'UNE DÉCISION NON SUSCEPTIBLE DE RECOURS JUDICIAIRE, BIEN PLUS QUE LA LIBERTÉ DU MARIAGE. UNE DEUXIÈME FOIS, DANS LA DÉCISION DE 2003, LE CONSEIL REFUSE QU'UN MARIAGE PUISSE ÊTRE EMPÊCHÉ AU SEUL MOTIF DU CARACTÈRE IRRÉGULIER DU SÉJOUR DE L'UN DES FUTURS ÉPOUX. CELUI-CI MET UNE LIMITE AUX RAISONS INVOQUÉES POUR FAIRE OPPOSITION. LE JUGE VÉRIFIE QUE LES MOTIFS INVOQUÉS PAR LE LÉGISLATEUR NE SOIENT PAS DISPROPORTIONNÉS PAR RAPPORT À L'OBJECTIF POURSUIT. LE CARACTÈRE IRRÉGULIER DU SÉJOUR PEUT, RAPPROCHÉ À D'AUTRES ÉLÉMENTS, CONSTITUER UN INDICE SÉRIEUX LAISSANT PRÉSUMER QUE LE MARIAGE A ÉTÉ ENVISAGÉ DANS UN AUTRE BUT QUE L'UNION MATRIMONIALE. L'EMPÊCHEMENT À UN MARIAGE DE COMPLAISANCE N'EST PAS JUGÉ INCONSTITUTIONNEL, C'EST SA PREUVE QUI DOIT ÊTRE RENFORCÉE.

³⁵ J. CARBONNIER, *DROIT CIVIL, VOLUME 1*, PUF, 2004, P. 1161

³⁶ J. HAUSER, « LES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS ET LE COUPLE EN DROIT FRANÇAIS », IN *MÉLANGES EN L'HONNEUR DE D.-G. LAVROFF*, DALLOZ, P. 207 ET S.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST PRONONCÉ BEAUCOUP PLUS RÉCEMMENT SUR LES DIMENSIONS DE CES EMPÊCHEMENTS À PROPOS D'UNE CONDITION DITE BIOLOGIQUE DU MARIAGE, C'EST-À-DIRE LA DIFFÉRENCE DE SEXE DES ÉPOUX. LE CODE CIVIL NE PRÉCISE PAS DE MANIÈRE EXPLICITE CETTE CONDITION, CEPENDANT LA COUR DE CASSATION FAIT DE LA MIXITÉ UNE CONDITION DE VALIDITÉ DU MARIAGE. LA COUR SE FONDE SUR LES ARTICLES 144³⁷ ET 75³⁸ DU CODE CIVIL. AU DELÀ DE L'INTERPRÉTATION DU CODE CIVIL, LE CARACTÈRE MIXTE DU MARIAGE NE FAIT PAS VRAIMENT DE DOUTE. EN PREMIER LIEU, PARCE QU'IL EST ÉVIDENT QU'AU MOMENT DE LA RÉDACTION DU CODE CIVIL LE MARIAGE N'EST ENVISAGÉ QUE COMME L'UNION D'UN HOMME ET D'UNE FEMME. EN SECOND LIEU, PARCE QU'UN DES OBJETS TRADITIONNELS DU MARIAGE EST LA FAMILLE. LA QUESTION QUI SE POSE CEPENDANT EST DE SAVOIR SI AU REGARD DE L'ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ, LE MARIAGE DÉCRIT PAR LE CODE CIVIL CORRESPOND À LA VISION ACTUELLE DES LIBERTÉS CONSTITUTIONNELLEMENT GARANTIES. CETTE QUESTION A ÉTÉ POSÉE DANS DES TERMES IDENTIQUES DEVANT PLUSIEURS COURS CONSTITUTIONNELLES ET EUROPÉENNES.

AU NIVEAU EUROPÉEN LA QUESTION DU MARIAGE HOMOSEXUEL FAIT DÉBAT. LES SOLUTIONS RETENUES SONT DIVERSES ET ELLES SE REGROUPENT SOUS TROIS CATÉGORIES.

- LES ÉTATS QUI RECONNAISSENT LÉGALEMENT LE MARIAGE HOMOSEXUEL : SEPT ÉTATS MEMBRES DE L'UNION.
- LES ÉTATS QUI RECONNAISSENT UN STATUT JURIDIQUE D'UNION CIVIL AUX COUPLES HOMOSEXUELS.
- LES ÉTATS QUI NE RECONNAISSENT AUCUN STATUT JURIDIQUE AUX COUPLES HOMOSEXUELS.

CETTE MULTITUDE D'APPROCHES EST D'AILLEURS CONSTATÉE PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME DANS SON ARRÊT DU 24 JUIN 2010³⁹. SAISI PAR UN COUPLE HOMOSEXUEL AUTRICHIEN CONFRONTÉ AU REFUS DES AUTORITÉS DE CÉLÉBRER LEUR MARIAGE, LA COUR ESTIME QUE L'ARTICLE 12⁴⁰ DE LA CONVENTION N'IMPOSE PAS AUX ÉTATS LA RECONNAISSANCE D'UN MARIAGE HOMOSEXUEL. LA COUR SE FONDE SUR LE FAIT QU'IL N'EXISTE PAS DE CONSENSUS EN EUROPE. CEPENDANT, ELLE ÉVOQUE LE FAIT QU'AU REGARD DE L'ÉVOLUTION

³⁷ « L'HOMME ET LA FEMME NE PEUVENT CONTRACTER MARIAGE AVANT DIX-HUIT ANS RÉVOLUS. »

³⁸ « (...) IL [L'OFFICIER D'ÉTAT CIVIL] RECEVRA DE CHAQUE PARTIE, L'UNE APRÈS L'AUTRE, LA DÉCLARATION QU'ELLES VEULENT SE PRENDRE POUR MARI ET FEMME : IL PRONONCERA, AU NOM DE LA LOI, QU'ELLES SONT UNIES PAR LE MARIAGE, ET IL EN DRESSERA ACTE SUR-LE-CHAMP. »

³⁹ CEDH, 24 JUIN 2010, SCHALK ET KOPF C/AUTRICHE, REQ N°30141/04

⁴⁰ « A 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. »

DES MŒURS LES ÉTATS DOIVENT RECONNAITRE UN STATUT JURIDIQUE « ALTERNATIF » AUX COUPLES HOMOSEXUELS. ELLE LAISSE AUX ÉTATS LEUR MARGE NATIONALE D'APPRÉCIATION POUR DÉTERMINER L'ÉTENDUE DE CE STATUT. LA COUR AYANT DÉJÀ EU L'OCCASION DE SE PRONONCER SUR L'INSTITUTION MATRIMONIALE ET SUR SON ÉVOLUTION, REVOIT TRADITIONNELLEMENT AUX LOIS NATIONALES LE SOIN DE FIXER LES DIMENSIONS DU DROIT DE SE MARIER. CEPENDANT LESDITES LOIS NE DOIVENT PAS CONDUIRE À RENDRE INEFFECTIF CE DROIT, « LE RESTREINDRE OU RÉDUIRE D'UNE MANIÈRE OU À UN DEGRÉ QUI L'ATTEINDRAIENT DANS SA SUBSTANCE MÊME »⁴¹. LA COUR PREND ÉGALEMENT EN COMPTE L'ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ POUR ÉVALUER L'ÉTENDUE DE CE DROIT. PAR EXEMPLE, EN 1986⁴², ELLE CONSIDÉRAIT QUE LES ÉTATS QUI NE PERMETTAIENT PAS LE MARIAGE AUX PERSONNES TRANSSEXUELLES NE PORTAIENT PAS ATTEINTES À CE DROIT. SEIZE ANS PLUS TARD, ELLE REVIENT SUR SA JURISPRUDENCE EN ESTIMANT QUE L'ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ, AINSI QUE CELLE DE L'INSTITUTION DU MARIAGE ET LES PROGRÈS DE LA MÉDECINE CONDUISENT À UNE PERCEPTION DIFFÉRENTE DES DROITS DES TRANSSEXUELS EN LA MATIÈRE. AUSSI, « LE FAIT QUE LE DROIT NATIONAL RETIENNE AUX FINS DU MARIAGE LE SEXE ENREGISTRÉ À LA NAISSANCE CONSTITUE EN L'ESPÈCE UNE LIMITATION PORTANT ATTEINTE À LA SUBSTANCE MÊME DU DROIT DE SE MARIER »⁴³. L'ÉTENDUE ET L'ÉVOLUTION DE L'INSTITUTION DU MARIAGE EST ÉVALUÉE PAR LA COUR CONTRAIREMENT AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

EN FRANCE, LA CONSTITUTIONNALITÉ DE L'INTERDICTION DU MARIAGE HOMOSEXUEL A ÉTÉ CONTRÔLÉE GRÂCE À LA LOI DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE DU 23 JUILLET 2008 ET L'INTRODUCTION D'UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ. CETTE INTERDICTION AVAIT ÉTÉ MISE EN AVANT AVEC LE MARIAGE DE BÈGLES CÉLÉBRÉ ENTRE DEUX HOMMES PAR LE 5 JUIN 2004 MALGRÉ L'ACTE D'OPPOSITION SIGNIFIÉ PAR LE PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE. CE MARIAGE AVAIT ÉTÉ ANNULÉ PAR LE TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE BORDEAUX, CONFIRMÉ PAR LA COUR D'APPEL. L'AFFAIRE FUT TRANCHÉE DÉFINITIVEMENT PAR LA COUR DE CASSATION DANS UN ARRÊT DU 13 MARS 2007⁴⁴ DANS LEQUEL ELLE REJETA LE POURVOI, ESTIMANT QUE SELON LA LOI FRANÇAISE LE MARIAGE EST L'UNION D'UN HOMME ET D'UNE FEMME. L'AVÈNEMENT DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ RELANCE LE DÉBAT ET CONDUIT À LA SAISINE DU CONSEIL POUR JUGER DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES ARTICLES 75

⁴¹ CEDH, 24 JUIN 2010, *SCHALK ET KOPF C/AUTRICHE*, REQ N°30141/04, §50

⁴² CEDH, 17 OCTOBRE 1986, A 106, *REES C/ROYAUME-UNIS*

⁴³ CEDH, 11 JUILLET 2002, *C. GOODWINN C/ROYAUME-UNIS*, REC. 28957/95, §101

⁴⁴ C. CASS., CIV. 1^{ÈRE}, 13 MARS 2007, N °511

ET 144 DU CODE CIVIL DÉSIGNÉS COMME LES TENANTS DE LA DÉFINITION MIXTE DU MARIAGE. LE 11 MAI 2010 UNE REQUÊTE EST DÉPOSÉE AU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE PAR DEUX FEMMES DEMANDANT QUE LE JUGE ORDONNE À L'OFFICIER D'ÉTAT CIVIL DE CÉLÉBRER LEUR MARIAGE. LE MÊME JOUR LES REQUÉRANTES DÉPOSENT UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ À L'ENCONTRE DES ARTICLES PRÉCITÉS. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL EST SAISI LE 16 NOVEMBRE 2010 PAR LA PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION⁴⁵. PAR UNE DÉCISION DU 28 JANVIER 2011⁴⁶ LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL CONSIDÈRE QUE LES DISPOSITIONS CONTESTÉES NE SONT PAS CONTRAIRES À LA LIBERTÉ DE MARIAGE. POUR LE JUGE CONSTITUTIONNEL, LES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE TIENNENT À DES CONSIDÉRATIONS SOCIOLOGIQUES ET POLITIQUES, ET PAR CONSÉQUENT IL APPARTIENT AU LÉGISLATEUR LE SOIN D'EN FIXER LES LIMITES. IL NE CONTRÔLE PAS LA CONSTITUTIONNALITÉ DE CET EMPÊCHEMENT.

CE RETRAIT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DANS LA DÉFINITION DES LIMITES DE L'INSTITUTION MATRIMONIAL EST FLAGRANT DANS LE CONTRÔLE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ, INVOQUÉ PAR LES REQUÉRANTES. DE MANIÈRE CLASSIQUE LE JUGE RAPPELLE QUE « *LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ NE S'OPPOSE NI À CE QUE LE LÉGISLATEUR RÈGLE DE FAÇON DIFFÉRENTE DES SITUATIONS DIFFÉRENTES NI À CE QU'IL DÉROGE À L'ÉGALITÉ POUR DES RAISONS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL POURVU QUE, DANS L'UN ET L'AUTRE CAS, LA DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT QUI EN RÉSULTE SOIT EN RAPPORT DIRECT AVEC L'OBJET DE LA LOI QUI L'ÉTABLIT* ». LORSQUE LE JUGE CONSTITUTIONNEL ÉTUDIE UNE ATTEINTE AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ IL FAIT UN RAISONNEMENT EN DEUX TEMPS. DANS UN PREMIER TEMPS, IL VÉRIFIE QUE L'ÉGALITÉ ENTRE LES DEUX SITUATIONS N'EST PAS ROMPUE. DANS UN SECOND TEMPS, SI CETTE ÉGALITÉ EST EFFECTIVEMENT ROMPUE, IL CHERCHE À ÉTUDIER SI LA DISCRIMINATION RELEVÉE EST JUSTIFIÉE NOTAMMENT POUR DES RAISONS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL AUQUEL CAS LA DISPOSITION EN CAUSE NE SERA PAS DÉCLARÉE INCONSTITUTIONNELLE. SI, AU CONTRAIRE, CETTE DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT N'EST PAS JUSTIFIÉE ELLE ENTRAÎNERA UNE VIOLATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET UNE CENSURE DE LA LOI. DE MANIÈRE ÉTONNANTE ET CONTRAIREMENT À CE QUI SEMBLE ÊTRE FAIT PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, CELUI-CI NE FAIT PAS DE CONTRÔLE D'ÉGALITÉ. EN EFFET, IL N'ÉTUDIE PAS LA JUSTIFICATION DE LA DIFFÉRENCE DE SITUATION MISE EN PLACE PAR LE LÉGISLATEUR ENTRE LES COUPLES HOMOSEXUELS ET LES COUPLES HÉTÉROSEXUELS. IL REFUSE CE CONTRÔLE ESTIMANT QUE CETTE DIFFÉRENCE DE

⁴⁵ ARRÊT N° 1088 DU 16 NOVEMBRE 2010

⁴⁶ DÉCIS., N°2010-92 QPC, DU 28 JANVIER 2011, *MMES CORINNE C. ET SOPHIE H.*

SITUATION, SI ELLE EXISTE, APPARTIENT AU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU LÉGISLATEUR. LA RUPTURE D'ÉGALITÉ NE S'OPÈRE PAS ENTRE LES COUPLES MARIÉS ET LES COUPLES NON MARIÉS MAIS ENTRE CEUX QUI PEUVENT LE FAIRE MAIS NE LE DÉSIRE PAS ET CEUX QUI SONT EMPÊCHÉS PAR LA LOI. CETTE INÉGALITÉ SE RÉPERCUTE SUR LA DIFFÉRENCE ENTRE LES DROITS QUI SONT OUVERTS AUX COUPLES MARIÉS ET LES DROITS OUVERTS AUX COUPLES NON MARIÉS⁴⁷. CETTE DIFFÉRENCE NE RÉSULTE PAS DU STATUT DU PACS OU DU MARIAGE À PROPREMENT PARLÉ MAIS D'UNE DISCRIMINATION FONDÉE EXCLUSIVEMENT SUR DES ORIENTATIONS SEXUELLES. EN EFFET, LE RÉGIME DES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE ET CELUI DES EMPÊCHEMENTS AU PACS EST QUASIMENT SUPERPOSABLE, LA SEULE DIFFÉRENCE ÉTANT L'EXIGENCE DE MIXITÉ POUR CONTRACTER MARIAGE. S'IL EST LOGIQUE QUE LE CONSEIL SE DÉSENGAGE EN CE QUI CONCERNE L'OUVERTURE DU MARIAGE AU COUPLE HOMOSEXUEL, IL AURAIT CERTAINEMENT ÉTÉ LÉGITIME QU'IL ÉTUDIE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES DISCRIMINATIONS, RÉSULTANT DES DROITS OUVERTS SEULEMENT AUX COUPLES MARIÉS, CES DISCRIMINATIONS SE FONDANT EXCLUSIVEMENT SUR L'ORIENTATION SEXUELLE DES PERSONNES.

B) L'INDÉTERMINATION DE LA DIMENSION CONSTITUTIONNELLE DU MARIAGE.

À CHAQUE FOIS QUE LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ AMENÉ À SE PRONONCER SUR L'ÉTENDUE DE L'INSTITUTION DU MARIAGE, CELUI-CI A REFUSÉ D'EFFECTUER UN TEL CONTRÔLE. POURTANT, POUR LA PREMIÈRE FOIS, À L' OCCASION DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ DU 28 JANVIER 2011 LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ÉTAIT AMENÉ À CONTRÔLER CETTE INSTITUTION SANS AVOIR À CONCILIER LA LIBERTÉ DE MARIAGE AVEC D'AUTRES EXIGENCES DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE. SOUMIS À AUCUNE AUTRE CONTRAINTE CONSTITUTIONNELLE, IL ÉTAIT ALORS PERMIS D'ESPÉRER QUE LE CONSEIL SE PRONONCE ENFIN SUR L'ÉTENDUE MAXIMUM DE CETTE LIBERTÉ ET EN FIXE LES DÉLIMITATIONS. DANS UNE PÉRIODE DANS LAQUELLE LE MARIAGE EST EN CRISE, UNE DÉFINITION CONSTITUTIONNELLE AURAIT PU REDYNAMISER L'INSTITUTION MATRIMONIALE. *« INVOQUER LA LIBERTÉ CONSTITUTIONNELLE DU MARIAGE C'ÉÛT ÉTÉ PRÉSUPPOSER QUE LA DÉFINITION CONSTITUTIONNELLE DU MARIAGE SERAIT PLUS*

⁴⁷ CES DIFFÉRENCES ONT ÉTÉ CONSIDÉRABLEMENT RÉDUITES PAR LES DIFFÉRENTES REFORMES RELATIVES AU STATUT DU PACS. IL RESTE CEPENDANT DES DOMAINES OÙ CETTE DIFFÉRENCE EST FLAGRANTE : EN MATIÈRE DE FILIATION, DE RUPTURE DE L'UNION ET DES EFFETS SUCCESSORAUX.

LARGE QUE SA DÉFINITION LÉGALE ACTUELLE. OR AUCUNE DES OCCURRENCES DE CETTE LIBERTÉ DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL NE PERMET DE CONFORTER UN TEL PRÉSUPPOSÉ⁴⁸. SANS REVENDIQUER UNE DÉFINITION PLUS LARGE, LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE AURAIT DU SERVIR À POSER LES BASES MINIMUM D'UNE INSTITUTION EN CRISE. CEPENDANT, LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL NE FAIT QUE CONFIRMER UNE REMISE EN CAUSE DE L'INSTITUTION MATRIMONIALE.

D'ABORD, LE MARIAGE N'EST PLUS LA SEULE INSTITUTION DE LA FAMILLE. DE MANIÈRE GÉNÉRALE LES RÉCENTES REFORMES EN MATIÈRE DE DROIT DE LA FAMILLE ET DU MARIAGE REMETTENT EN CAUSE CE LIEN HISTORIQUE ENTRE MARIAGE ET FAMILLE. PAR EXEMPLE : LA SUPPRESSION DE LA DIFFÉRENCE DE STATUT ENTRE ENFANT LÉGITIME ET NATUREL ; LE DROIT AU REGROUPEMENT FAMILIAL OUVERT À LA FAMILLE ENTENDU DE MANIÈRE LARGE C'EST-À-DIRE AU CONJOINT, MAIS ÉGALEMENT AUX CONCUBINS ET AUX PARTENAIRES⁴⁹. DANS SA DÉCISION DU 28 JANVIER 2011 LE CONSEIL ÉTUDIE LE FAIT DE SAVOIR SI L'IMPOSSIBILITÉ DE SE MARIER PORTE ATTEINTE AU DROIT DE MENER UNE VIE FAMILIALE NORMALE⁵⁰. IL EN CONCLU QUE : « LE DROIT DE MENER UNE VIE FAMILIALE NORMALE N'IMPLIQUE PAS LE DROIT DE SE MARIER POUR LES COUPLES DE MÊME SEXE ; QUE, PAR SUITE, LES DISPOSITIONS CRITIQUÉES NE PORTENT PAS ATTEINTE AU DROIT DE MENER UNE VIE FAMILIALE NORMALE ». CETTE POSITION INDUIT UNE DOUBLE REMARQUE. D'UNE PART, CETTE VISION DU DROIT DE MENER UNE VIE FAMILIALE NORMALE CONSACRE UN DROIT « CONCRET DE MENER UNE VIE FAMILIALE »⁵¹. IL S'AGIT D'UN DROIT DE MENER DE FAIT UNE VIE DE FAMILLE SANS QUE LA RECONNAISSANCE DE CETTE FAMILLE PAR UN STATUT JURIDIQUE SOIT NÉCESSAIRE POUR QUE CE DROIT SOIT EFFECTIF. D'AUTRE PART, SI LE MARIAGE EST L'INSTITUTION FONDATRICE DE LA FAMILLE, LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉSOLIDARISE LE DROIT À UNE VIE FAMILIALE NORMALE DU STATUT JURIDIQUE DE LA FAMILLE. CE POINT DE VUE A DÉJÀ ÉTÉ DÉFENDU PAR LE CONSEIL DANS LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ DU 6 OCTOBRE 2010⁵². LE

⁴⁸ J. ROUX, « LA QPC SUR « LE MARIAGE HOMOSEXUEL » : UNE QUESTION PLUS NOUVELLE QUE SÉRIEUSE ? », *RECUEIL DALLOZ*, 2011, P. 209

⁴⁹ SOUS CERTAINES CONDITIONS : ARTICLE 313-11 AL 7 DU CODE D'ENTRÉE ET DE SÉJOURS DES ÉTRANGERS ET DU DROIT D'ASILE.

⁵⁰ CE DROIT TIRE SON FONDEMENT DE L'ALINÉA 10 DU PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION DE 1946 QUI PRÉVOIT QUE « LA NATION ASSURE À L'INDIVIDU ET À LA FAMILLE LES CONDITIONS NÉCESSAIRES À LEUR DÉVELOPPEMENT. ». LE CONSEIL A CONSACRÉ CE PRINCIPE DANS SA DÉCISION DU 13 AOÛT 1993. LE DROIT DE MENER UNE VIE FAMILIALE NORMALE EST ÉTUDIÉ, PAR LE JUGE, AU REGARD DU DROIT POUR UN ÉTRANGER DE MENER UNE VIE FAMILIALE NORMALE AUTREMENT DIT : DU DROIT AU REGROUPEMENT FAMILIALE.

⁵¹ COMMENTAIRES AUX CCC, N°32, 2011 (À PARAÎTRE)

⁵² C.C., DÉCIS., N°2010-39 QPC, DU 6 OCTOBRE 2010, *MMES ISABELLE D. ET ISABELLE B.*

CONSEIL ESTIMAIT QUE LE FAIT D'EMPÊCHER « PAR LA VOIE DE L'ADOPTION SIMPLE, (QU')UN ENFANT MINEUR PUISSE VOIR ÉTABLIR UN DEUXIÈME LIEN DE FILIATION À L'ÉGARD DU CONCUBIN OU DU PARTENAIRE DE SON PÈRE OU SA MÈRE (...) NE FAIT AUCUNEMENT OBSTACLE À LA LIBERTÉ DU PARENT D'UN ENFANT MINEUR DE VIVRE EN CONCUBINAGE OU DE CONCLURE UN PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ AVEC LA PERSONNE DE SON CHOIX ; QU'ELLE NE FAIT PAS DAVANTAGE OBSTACLE À CE QUE CE PARENT ASSOCIE SON CONCUBIN OU SON PARTENAIRE À L'ÉDUCATION ET LA VIE DE L'ENFANT ».

ENFIN, SI L'INSTITUTION MATRIMONIALE AVAIT COMME OBJET LA VIE FAMILIALE, ELLE ÉTAIT CONSTRUITE AUTOURS D'UNE COMMUNAUTÉ DE VIE DU COUPLE PARENTAL OR, LE MARIAGE N'EST PLUS LE SEUL MOYEN D'ORGANISER UNE COMMUNAUTÉ DE VIE. DEPUIS LA DÉCISION DU 9 NOVEMBRE 1999 RELATIVE AU PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ, LE JUGE CONSTITUTIONNEL REJETTE L'IDÉE QUE TOUTE COMMUNAUTÉ DE VIE NE PUISSE ÊTRE ORGANISÉE EN DEHORS DU MARIAGE⁵³. LE PACS ET LE MARIAGE ONT DONC UN OBJET IDENTIQUE : L'ORGANISATION D'UNE COMMUNAUTÉ DE VIE.

SI LE CONSEIL ABANDONNE TOTALEMENT AU LÉGISLATEUR LE SOIN DE DÉLIMITER LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU MARIAGE ET SI LA DÉFINITION DU MARIAGE NE TOURNE PLUS AUTOUR DE LA FAMILLE OU DE LA MISE EN PLACE D'UNE COMMUNAUTÉ DE VIE, QUELLE EST DONC SA DÉFINITION CONSTITUTIONNELLE ? EN REFUSANT DE S'IMMISER DANS LA DÉLIMITATION INSTITUTIONNELLE DU MARIAGE, LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SEMBLE NE FAIRE DU MARIAGE QU'UN ÉCHANGE DE CONSENTEMENT PARTICULIÈREMENT PROTÉGÉ, SEUL ASPECT CONSTITUTIONNELLEMENT GARANTI.

⁵³ C.C., DÉCIS., N°99-419 DC, DU 9 NOVEMBRE 1999, LOI RELATIVE AU PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ, REC. 116, CONSIDÉRANT N°26 ET 27.