

**Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2010**

*(Mmes Corinne C. et Sophie H.)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 16 novembre 2010 par la première chambre civile de la Cour de cassation (arrêt n° 1088 du 16 novembre 2010) d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles 75 et 144 du code civil. La question est fondée sur le fait que ces dispositions réservent le droit de se marier à un couple formé d'un homme et d'une femme.

**I. – Dispositions en cause**

**A. – Historique des dispositions contestées**

– L'article 75 énonce les formalités de célébration du mariage. Outre les étapes sacramentelles (lecture des articles du code civil, recueil des consentements), il fixe deux règles. Selon la première règle, la célébration doit avoir lieu « *dans la maison commune* », ce qui interdit en principe le mariage à domicile sauf avec l'autorisation du procureur de la République en cas de motifs graves. Selon la seconde règle, est permis le mariage *in extremis*, ce qui montre que le mariage peut avoir pour objet non d'organiser la vie du couple pour l'avenir, mais pour valider un couple existant au moment où la mort s'apprête à les séparer (dans le but de protéger le survivant, en particulier si elle attend un enfant...). Cet article a été modifié de nombreuses fois. Toutefois, s'agissant de la question posée au Conseil constitutionnel, elle s'attache principalement à la formulation du dernier alinéa selon lequel l'officier de l'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* ». Ce dernier alinéa constitue la partie de l'article 75 qui n'a jamais été modifiée. Il constituait la dernière phrase de l'unique alinéa de l'article 75 du code civil des Français de 1804.

– S'agissant de l'article 144 du code civil, le législateur a, le 4 avril 2006, à l'occasion d'une loi relative aux violences conjugales, aligné l'âge nubile à dix-huit ans<sup>1</sup>. Cette loi a constitué l'unique modification de cet article qui trouve

---

<sup>1</sup> Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, article 1<sup>er</sup>.

son origine dans le décret du 16 ventôse an XI, promulgué le 6 germinal suivant et encore en vigueur jusqu'en avril 2006, qui prévoyait une différence d'âge nubile entre homme et femme, différence héritée du droit canon, qui l'avait reprise du droit romain<sup>2</sup>.

## **B. – De quelles règles le Conseil constitutionnel est-il saisi ?**

La question posée au Conseil constitutionnel portait sur l'interdiction du mariage entre deux personnes de même sexe. La question posée par les requérants était double :

« 1. – *Les articles 144 et 75, dernier alinéa, du code civil sont-ils contraires, dans leur application, au préambule de la Constitution de 1946 et de 1958 en ce qu'ils limitent la liberté individuelle d'un citoyen français de contracter mariage avec une personne du même sexe ?*

« 2° – *Les articles 144 et 75 du code civil sont-ils contraires, dans leur application, aux dispositions de l'article 66 de la Constitution de 1958 en ce qu'ils interdisent au juge judiciaire d'autoriser de contracter mariage entre personnes du même sexe ?* ».

Ainsi, formellement, le Conseil constitutionnel était saisi des articles 75 et 144 du code civil.

L'article 75 énonce les formalités de célébration du mariage, l'article 144 fixe l'âge nubile. Aucun de ces articles n'a pour objet principal de prohiber le mariage homosexuel. Il peut en effet être soutenu que ce n'est pas parce que l'article 144 parle de « *l'homme et la femme* » et le dernier alinéa de l'article 75 de « *mari et femme* » que le mariage entre deux personnes de même sexe n'est pas possible en droit français. Lorsque, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux qui avait confirmé le jugement annulant le « mariage de Bègles », la Cour de cassation a jugé « *que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme* »<sup>3</sup>, elle a pris soin de ne pas rendre cet arrêt au visa d'une disposition législative. Elle a énoncé ainsi que la condition d'altérité sexuelle le mariage est un principe général du droit civil qui a un fondement et une portée plus larges que ceux de ces deux articles du code civil.

Compte tenu de l'objet de la question renvoyée par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a estimé, en premier lieu, que la QPC ne porte que sur le dernier alinéa de l'article 75 du code civil ainsi que sur son article 144. Le

<sup>2</sup> « *L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage.* »

<sup>3</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 2007, n° 511.

Conseil constitutionnel a ainsi fait usage de la faculté qu'il s'est reconnue à l'occasion de sa décision du 17 décembre 2010 sur l'article 207 du code de procédure pénale<sup>4</sup>, de circonscrire le champ de sa saisine aux seules dispositions législatives renvoyées qui sont effectivement mises en cause par la question. En second lieu, le Conseil a jugé que ces dispositions « *doivent être regardées comme figurant au nombre des dispositions législatives dont il résulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 13 mars 2007 susvisé, " que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme "* » (cons. 3).

## II. – La question prioritaire de constitutionnalité posée

À la suite du « mariage de Bègles » précité, les requérantes avaient assigné le procureur de la République du ressort de leur lieu de résidence aux fins qu'il ordonnât à l'officier de l'état civil de leur commune de leur résidence, de vouloir bien célébrer leur mariage. Le tribunal de grande instance avait toutefois déclaré cette demande irrecevable.

Le 11 mai 2010, elles ont déposé une requête conjointe devant le même TGI formulant une demande aux fins de voir autoriser l'officier de l'état civil à célébrer leur mariage. Le même jour, elles ont déposé une QPC formulant les deux questions précitées à l'encontre des articles 144 et 75 du code civil.

Les motifs d'irrecevabilité de la demande principale étaient nombreux. Le juge du TGI les a toutefois écartés par ordonnance du 24 août 2010 et a transmis la QPC à la Cour de cassation. Sa motivation est fondée sur les perspectives nouvelles qu'offre la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. Comme le dit de façon limpide l'avocat général de la Cour de cassation : « *Il y a là un bel exemple d'inversion du processus défini par l'article 61-1 de la Constitution, et la loi organique du 10 décembre 2009... Ce n'est plus la contestation d'une disposition législative invoquée à l'occasion d'un litige ou d'une procédure qui rend éventuellement recevable la question prioritaire de constitutionnalité ; c'est au contraire la nécessité de permettre l'examen de celle-ci qui conditionne la recevabilité de la procédure antérieure destinée à lui servir de vecteur !* »

La Cour de cassation a décidé de transmettre la question au Conseil constitutionnel. Elle l'a fait au motif que les questions posées « *présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine* ».

---

<sup>4</sup> Décision n° 2010-81 QPC du 17 décembre 2010, *M. Boubakar B. (Détenue provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction)*, cons. 3.

Cette formulation choisie mérite quelques explications. Premièrement, elle souligne *a contrario*, mais très clairement, que, pour la Cour de cassation, la question n'était pas juridiquement sérieuse. Deuxièmement, elle met en œuvre un cas de saisine du Conseil constitutionnel que ce dernier avait ouvert dans sa décision du 3 décembre 2009 sur la loi organique relative à l'article 61-1 de la Constitution. Dans cette décision, le Conseil avait donné une définition de la question « nouvelle » en deux branches. Il avait jugé que, par l'ajout du critère de nouveauté (qui n'est applicable que devant les cours suprêmes et non devant les juridictions du fond), le législateur organique avait entendu « *imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif* »<sup>5</sup>.

Le Conseil a ainsi reconnu, dans cette décision, le droit à la Cour de cassation ou au Conseil d'État de renvoyer au Conseil constitutionnel des questions qui ne sont ni sérieuses ni nouvelles au sens où elles soulèveraient une question nouvelle d'interprétation de la norme constitutionnelle, mais qui, par leur intérêt, pourraient mériter d'être tranchées par le Conseil constitutionnel. C'est ainsi un véritable pouvoir d'une saisine en opportunité qui a été reconnu, même lorsque les critères légaux ne seraient pas remplis. La présente QPC constitue la première mise en œuvre de cette faculté, la Cour de cassation jugeant que « *les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers* ».

La première chambre civile paraît avoir partagé l'avis de l'avocat général qui concluait ainsi ses réquisitions : « *Cela étant, est-ce bien le rôle de notre Cour – pour laquelle “selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme” – de bloquer à ce stade, au nom de l'évidence, l'examen d'une question (dédoublée par les requérantes) qui met en jeu la revendication – dans un domaine particulièrement sensible et placé sous les feux de l'actualité – d'une liberté fondamentale dont il revient au Conseil constitutionnel de définir exactement les contours et le contenu ?*

« *En d'autres termes, l'analyse personnelle à laquelle je me suis livré pour démontrer l'inanité du grief d'inconstitutionnalité visant la règle qui prohibe le mariage homosexuel, ne me détourne pas du devoir de solliciter le renvoi de*

---

<sup>5</sup> Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 21.

*l'examen des questions à la seule instance apte à formuler la solution appropriée sans pouvoir être suspectée d'être juge et partie. »*

### **III. – Examen de la constitutionnalité**

#### **A. – Les griefs**

En cours d'instruction de la QPC, le Conseil a reçu une demande d'intervention formulée par l'Association SOS Homophobie et l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens. Cette intervention a été admise et les observations produites jointes à la procédure. En définitive, le Conseil constitutionnel était saisi de quatre griefs. Il était allégué que les articles 75 et 144 du code civil portent atteinte à :

- l'article 66 de la Constitution en ce que les dispositions contestées ne permettraient pas au juge judiciaire d'autoriser un mariage entre deux personnes de même sexe ;
- la liberté du mariage ;
- le droit de mener une vie familiale normale ;
- l'égalité devant la loi.

#### **1. – Le grief tiré de l'atteinte à la liberté individuelle**

Le premier grief repose sur une conception de la liberté individuelle que le Conseil constitutionnel a écartée depuis longtemps. On sait que le Conseil constitutionnel a eu une conception extensive de la liberté individuelle jusque dans la deuxième moitié des années 1990. Il a ainsi rangé dans cette liberté la liberté du mariage<sup>6</sup>, mais aussi la protection du domicile<sup>7</sup>, la liberté d'aller et de venir<sup>8</sup>, la protection des données personnelles<sup>9</sup> et le respect de la vie privée<sup>10</sup> (sans d'ailleurs en tirer toujours des conséquences précises quant à la

---

<sup>6</sup> Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 107.

<sup>7</sup> Décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, cons. 29.

<sup>8</sup> Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 13.

<sup>9</sup> Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, précitée, cons. 133.

<sup>10</sup> Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 3.

compétence de l'autorité judiciaire pour veiller à sa protection<sup>11</sup>). Depuis 1999<sup>12</sup>, le Conseil a circonscrit le champ de la liberté individuelle aux mesures privatives de la liberté (ce qui inclut, compte tenu des conséquences qui s'y attachent, les mesures d'investigations dans le cadre d'une procédure pénale<sup>13</sup>) en en tirant des conséquences plus exigeantes quant à la réserve de compétence du juge judiciaire. Il a, en revanche, rangé la liberté du mariage<sup>14</sup>, la protection du domicile privé, le respect de la vie privée, la liberté d'aller et de venir<sup>15</sup> 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<sup>16</sup>.

## 2. – La liberté du mariage

La liberté du mariage est reconnue par le Conseil constitutionnel comme une composante de la liberté personnelle. Le Conseil constitutionnel a jugé que son respect « *s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé* »<sup>17</sup> mais qu'il « *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* »<sup>18</sup>.

Ainsi, le Conseil a censuré, en 1993, des dispositions qui permettaient que l'opposition à mariage du procureur de la République en suspende la célébration pour une durée pouvant aller jusqu'à trois mois sans que sa décision soit assortie d'une voie de recours<sup>19</sup>. En 2003, il a censuré les règles imposant, d'une part, de considérer que le caractère irrégulier du séjour de l'étranger constitue dans tous les cas un indice sérieux de l'absence de consentement au mariage et, d'autre part, la transmission automatique au préfet de la décision du procureur de la République de s'opposer au mariage. Il a estimé que ces règles revêtaient un

<sup>11</sup> Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 10.

<sup>12</sup> Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, cons. 2 et 20.

<sup>13</sup> Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 6 et 46.

<sup>14</sup> Décisions n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 94 à 97, et n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, *Loi relative au contrôle de la validité des mariages*, cons. 4.

<sup>15</sup> Décision n° 2004-492 DC précitée, cons. 4.

<sup>16</sup> La jurisprudence du Conseil constitutionnel distingue les libertés « passives » qui reposent sur l'article 2 de la Déclaration (ex : le respect de la vie privée : décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques]*, cons. 11) et les libertés « actives », mettant en cause « autrui », qui reposent non seulement sur son article 2 mais aussi son article 4 (ex : liberté d'aller et venir : décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, *M. Orient O. et autre (Gens du voyage)*, cons. 8 ; liberté du mariage : décision n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, *Loi relative au contrôle de la validité des mariages*, cons. 4).

<sup>17</sup> Décision n° 2003-484 DC précitée, cons. 94.

<sup>18</sup> Décision n° 2006-542 DC précitée, cons. 4.

<sup>19</sup> Décision n° 93-325 précitée, cons. 107.

caractère tellement dissuasif qu'elles portaient atteinte à la liberté du mariage<sup>20</sup>. En revanche, le Conseil a jugé en 2006 qu'un dispositif de contrôle de la validité des mariages célébrés à l'étranger par des dispositions qui ne faisaient par elles-mêmes pas obstacle à la célébration du mariage par l'autorité étrangère ni à ses effets entre époux et l'égard des enfants, ne porte pas atteinte à la liberté du mariage<sup>21</sup>.

La protection constitutionnelle de la liberté de se marier peut-elle être invoquée par des personnes qui ne répondent pas aux conditions de fond du mariage ? À cette question, le Conseil constitutionnel a répondu par négative dès lors que les conditions du mariage ne portent pas atteinte à un droit ou une liberté constitutionnellement garantis. Par conséquent, le Conseil constitutionnel n'a pu rejeter le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage qu'après avoir écarté les deux derniers griefs (égalité devant la loi et droit de mener une vie familiale normale).

On observera, pour être complet sur cette question, que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a rendu, le 24 juin 2010<sup>22</sup>, un important arrêt sur la question de l'applicabilité aux couples formés de personnes de même sexe de l'article 12 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui protège le droit de se marier dans les termes suivants : « *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.* »

À la suite des précédentes décisions rendues notamment dans des affaires de transsexualisme<sup>23</sup>, il existait un débat doctrinal sur la question de savoir si cet article était ou non applicable aux couples de même sexe.

Sur ce point, la CEDH clarifie sa jurisprudence en affirmant que, « *en elle-même, la lettre de l'article 12 se prête à une interprétation qui n'exclurait pas le mariage entre deux hommes ou deux femmes* » (§ 55, nous traduisons).

La CEDH poursuit toutefois son raisonnement en constatant qu'il n'existe pas de consensus entre les États sur le mariage homosexuel (six États sur quarante-sept l'autorisant) et que la question du mariage relève de la compétence des États qui sont les mieux placés pour fixer, en la matière, les règles adaptées aux besoins de leur société (§ 62). La CEDH relève au passage que l'article 9 de la

---

<sup>20</sup> Décision n° 2003-484 DC 2003, précitée, cons. 97.

<sup>21</sup> Décision n° 2006-542 DC précitée, cons. 13.

<sup>22</sup> CEDH, première section, 24 juin 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, n° 30141/04.

<sup>23</sup> En particulier l'arrêt *Christine Goodwin v. United Kingdom*, 11 juillet 2002, n° 28957/95.

Charte des droits fondamentaux laisse également aux États la liberté d'autoriser ou non le mariage homosexuel (§ 60).

### 3. – Le droit à la vie familiale normale

Sur le fondement du dixième alinéa du Préambule de 1946, le Conseil a consacré la valeur constitutionnelle du « *droit de mener une vie familiale normale* » dans sa décision précitée du 13 août 1993 (cons. 69 et 70). La difficulté juridique était cependant différente de celle posée en l'espèce puisqu'était en cause la faculté offerte aux étrangers de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs. Au-delà des évolutions quant au fond du droit, c'est encore la même question du regroupement familial qui se posait dans la décision précitée du 20 novembre 2003 (cons. 37 et 38). D'une manière générale, la situation des étrangers était le plus souvent en cause dans les décisions faisant application du droit invoqué. Quelques exceptions peuvent être relevées :

– dans sa décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, le Conseil a décidé que le pacte civil de solidarité (PACS) (qui ne comporte aucune disposition relative au droit de la famille) ne portait pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale dans la mesure où les dispositions du code civil relatives à la filiation et à l'autorité parentale ont vocation à s'appliquer (cons. 77 et s.) ;

– dans sa décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, le Conseil a notamment jugé qu'« *aucune disposition du Préambule de la Constitution de 1946 ne fait obstacle à ce que les conditions du développement de la famille soient assurées par des dons de gamètes ou d'embryons dans les conditions prévues par la loi* » (cons. 11).

Hors les cas où une disposition empêche les membres d'une famille de vivre ensemble, que signifie le droit à la vie familiale normale ?

Dans sa décision n° 2010-39 du 6 octobre 2010 sur l'article 365 du code civil, le Conseil constitutionnel a retenu une conception du droit à la vie familiale entendu comme une protection contre les mesures qui empêchent ou entravent en fait, directement ou indirectement, la conduite d'une vie familiale.

Le Conseil a, en effet, jugé que l'article 365 du code civil « *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 ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive ; que, par suite, le grief tiré de ce que l'article 365 du code civil porterait atteinte au droit de mener une vie familiale normale doit être écarté » (cons. 8).*

Le droit de mener une vie familiale normale doit s'appréhender par ses effets concrets sur la vie familiale : c'est un droit de « mener » une certaine vie, ce n'est pas le droit à un certain statut juridique. 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.

Le Conseil a confirmé cette interprétation et a jugé que le fait que le mariage soit réservé par le législateur à deux personnes de sexe différent ne porte pas atteinte à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité (PACS). Ainsi, le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que les couples de même sexe aient droit de se marier. Sur le fondement de cette argumentation, le Conseil a rejeté le grief tiré de l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale.

Sur ce point, il faut encore évoquer la décision précitée de la CEDH du 24 juin 2010 qui, dans sa seconde partie, examine la question de la discrimination au regard du droit à une vie familiale normale. Cette partie de la décision est frappante par la prise en compte, par la Cour, de l'évolution en cours des mœurs et des opinions sur ce sujet. La Cour note qu'il n'existe pas « *encore* » de consensus entre les États sur l'introduction dans les législations nationales de règles protégeant la vie des couples homosexuels (§ 105) et que les États sont « *encore libres* » de décider de restreindre l'accès au mariage entre personne de même sexe (§ 108).

La Cour procède toutefois à ce qui apparaît comme un revirement de sa jurisprudence en affirmant qu'il n'est plus possible de juger que les couples de même sexe n'ont pas droit à la protection à la « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention (§ 94). Elle affirme également que les couples homosexuels sont, tout autant que les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans une union stable et que, par conséquent, ils sont dans une situation identiques aux couples hétérosexuels quand à leur droit d'accéder à la reconnaissance et la protection légale de leur relation (§ 99). En définitive, ce n'est que parce que la Cour a, dans la première partie de sa décision, reconnu la liberté des États à accorder ou non aux couples homosexuels le droit de se

marier qu'elle juge que l'Autriche, qui, au moment des faits de la cause, ne disposait pas encore d'un partenariat enregistré pour les couples de même sexe, échappe à la condamnation.

La motivation de la Cour peut s'interpréter comme un avertissement donné aux États qui ne reconnaissent aucune forme de reconnaissance légale des couples de même sexe. En revanche, elle ne semble pas remettre pas en cause les législations qui réservent le droit de se marier aux couples composés d'un homme et d'une femme.

#### **4. – Le principe d'égalité devant la loi**

Dans la mesure où les couples de même sexe qui souhaitent organiser leur vie commune ne bénéficient que de la possibilité de conclure un PACS, la contestation, au regard du principe d'égalité devant la loi, de la règle qui réserve le droit de se marier aux couples formés d'un homme et d'une femme consiste à mettre en cause les différences de traitement résultant des différences entre le statut du mariage et le régime du PACS.

On ne peut se livrer ici à un examen comparé des effets du PACS et du mariage. De telles études existent par ailleurs<sup>24</sup>. Pour résumer simplement, on peut constater que le PACS constitue un contrat d'organisation de la vie du couple qui produit, s'agissant des relations entre partenaires, pendant la seule durée du contrat, des effets juridiques comparables à ceux du mariage à l'exclusion, essentielle par ses effets juridiques sur la filiation, du devoir de fidélité. En revanche, le mariage constitue non seulement un statut du couple mais également l'acte de fondation d'une famille et d'un lien qui produit des effets au-delà de sa rupture.

– Ainsi, en premier lieu, le mariage se voit attacher des droits spécifiques relatifs à la filiation (présomption de paternité du mari, possibilité d'une adoption par les époux ou au sein du couple). Pour les partenaires, ces droits n'existent pas : au regard du droit de la filiation, biologique ou adoptive, les partenaires sont des concubins (par exemple, le père doit reconnaître l'enfant pour que la filiation soit établie à son égard).

– En deuxième lieu, le droit du divorce assure une protection du conjoint économiquement le plus défavorisé au moyen de la prestation compensatoire qui

---

<sup>24</sup> B. Weiss-Gout, « Le Pacs, dix ans déjà », *Gazette du Palais*, 10 novembre 2009, n° 314, p. 2 ; Ph. Malaurie, « Le mariage à la Française », *Petites affiches*, 29 juin 2009, n° 128, p. 6 ; J.-F. de Montgolfier, « Du PACS au mariage et retour », *Commentaire* n° 123, automne 2008, pp. 777-784.

vient compenser « *la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives* »<sup>25</sup>. Il n'existe rien de tel dans le PACS.

– En troisième lieu, le mariage produit des effets successoraux<sup>26</sup> alors que le partenaire ne jouit que d'un droit d'usage d'un an du domicile du couple<sup>27</sup>, ce droit ne faisant pas entrer le partenaire survivant dans la catégorie des héritiers.

Enfin le mariage, comme le PACS, produisent également de très nombreux effets résultant de la reconnaissance du couple par les lois civiles, commerciales, fiscales ou sociales. Si, depuis la création du PACS, en 1999, et dans des lois successives, le législateur s'est attaché à étendre généralement aux partenaires les effets accessoires du mariage, il reste des dispositions particulières qui sont réservées aux époux et non aux partenaires (notamment, comme il était soutenu, la pension de réversion).

La question se posait donc, pour le Conseil constitutionnel, des effets du mariage qui devaient être pris en compte pour procéder au contrôle de constitutionnalité au regard du principe d'égalité devant la loi. À cette question, le Conseil a répondu en appréhendant le mariage au regard de ses principaux effets en droit de la famille.

Ce choix a pour conséquence de ne pas exclure que certains des effets du mariage réservés aux époux et non aux partenaires (ou dans des conditions moins favorables) puissent encore être contestés sur le fondement de la violation du principe d'égalité. Toutefois, en pareil cas, la contestation devrait porter sur la disposition législative particulière qui réserve ce droit aux époux et non sur la disposition qui définit les conditions du mariage. Tel constituait d'ailleurs l'objet de la QPC n° 2010-39 jugée par le Conseil constitutionnel le 6 octobre 2010.

Compte tenu de ces précisions, la question posée au Conseil constitutionnel était la suivante : le principe d'égalité devant la loi impose-t-il que les couples formés de personnes de même sexe se voient reconnaître, en droit de la famille, les mêmes droits que les couples composés d'un homme et d'une femme ? Le Conseil constitutionnel a répondu par la négative à cette question. Il a estimé que s'agissant des règles du droit de la famille, le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur cette différence de situation. Il a rappelé qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur ce point.

---

<sup>25</sup> Code civil, article 270.

<sup>26</sup> Code civil, articles 756 et suivants.

<sup>27</sup> Code civil, article 515-6.

Le Conseil a ainsi confirmé, en lui donnant une portée plus large, le sens de sa décision n° 2010-39 du 6 octobre 2010, à propos de l'article 365 du code civil, dans laquelle il avait jugé « *qu'en maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté* » (cons. 9).

Le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* de cette décision notait : « *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.* » En janvier 2011, s'agissant de la demande des couples de même sexe d'accéder au statut du mariage, le Conseil constitutionnel a confirmé sa jurisprudence respectueuse de la compétence du législateur.