

Le Conseil constitutionnel et le mariage

Présentation :

Le mariage est à la base de la société civile. C'est une institution fondatrice et fondamentale de l'ordre civil. Il n'est plus le seul modèle du couple, il reste, cependant, l'institution de la famille. Ainsi, concubinage, pacte civil de solidarité, aucun de ces formes de couple « *n'est structuré comme le mariage, dans la perspective de la création non seulement d'une communauté conjugale, autour du couple uni par les liens du mariage, mais aussi d'une communauté familiale, autour des enfants nés de l'union.* »(1). Cette notion centrale du droit civil semble bien éloignée des considérations institutionnelles ou fondamentales qui entrent dans le champ du droit constitutionnel. Cependant, cette institution renvoie nécessairement à la protection publique de la famille et du mariage et de leurs rôles en tant que constitution de la société civile. « *La famille reste le fondement de l'État et le mariage celui de la famille* »(2). Ainsi, c'est dans la doctrine de la « constitutionnalisation du droit » que s'inscrit cette étude du rapport entre Conseil constitutionnel et mariage.

L'angle de contrôle du Conseil est très limité, le mariage n'étant pas défini ni par le code civil ni par la Constitution. Cette dernière fait allusion au mariage uniquement dans l'article 34, faisant des régimes matrimoniaux le domaine de la loi. La famille est présente au préambule de la Constitution 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen pour y voir consacré.

C'est par le prisme de la liberté de mariage que le Conseil constitutionnel encadre le mariage.

La liberté de mariage est consacrée par le Conseil constitutionnel depuis la décision du 13 août 1993 relative à la loi sur la maîtrise de l'immigration. Une fois consacrée le Conseil s'est prononcé peu de fois sur cette question, considérant qu'il appartient au législateur de concilier cette liberté avec les exigences de l'ordre public. Il se limite à un simple et classique contrôle afin que les mesures législatives ne privent pas « *de garanties légales les exigences de caractère constitutionnel* ». Au final, cette liberté de mariage est considérée, par le Conseil constitutionnel, comme une liberté qui appartient à chacun individuellement. Le Conseil ayant même fait de cette liberté de mariage une composante de la liberté personnelle. Cependant, cette liberté ne permet de se marier avec n'importe qui ni de n'importe quelle manière. Le mariage est fondamentalement frappé par des mesures d'ordre public, parce que justement il est l'institution de la société.

La mise en place, dans notre ordre juridique, d'une question préjudicielle de constitutionnalité et l'ouverture du contrôle de constitutionnalité des lois aux citoyens permettaient de penser que le Conseil constitutionnel serait amené à se prononcer de manière précise sur la dimension de cette liberté et particulièrement sur la constitutionnalité des empêchements au mariage qui porteraient ou non atteinte à cette liberté. Cela est chose faite puisque le 28 janvier 2011, le Conseil répondait à une question relative à la constitutionnalité des articles 75 et 144 du Code civil où 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 maintenant un degré minimum à la liberté de mariage et consacrant indirectement une définition antique du mariage. En effet, la jurisprudence du Conseil est essentiellement

centrée sur deux axes du droit civil du mariage : la question de la protection du consentement et la question du couple parental. Mais, même dans sa définition classique, le mariage reste soumis à des questions fondamentales dans sa constitutionnalité comme par exemple celle du droit au divorce ou des mariages posthumes.

1. Y. BUFFELAN-LANOR, V. LARRIBAU-TERNEYRE, Droit civil, Dalloz ,Paris, 16ème édition, 2008, p. 535.
2. J.-P. AGRESTI, « Jalons pour une histoire de la liberté du mariage (XVIe-XXe siècle), « La liberté du mariage une liberté rationalisée », in La liberté fondamentale du mariage, PUAM, 2009, p 31.