



# LE MARIAGE HOMOSEXUELS: UNE AFFAIRE DE LOI A REVISER: CONSEIL CONSTITUTIONNEL 28 JANVIER 2011.

publié le 31/01/2011, vu 7545 fois, Auteur : [Maître HADDAD Sabine](#)

**Le mariage homosexuel est autorisé dans divers pays. En France, le conseil Constitutionnel, a été amené à s'interroger sur la légalité de la législation sur le mariage, au regard de la liberté des individus et de la discrimination contenue dans la Loi.( articles 75 (dernier alinéa) et 144 du code civil. L'interdiction du mariage homosexuel est conforme à la constitution.En déclarant le 28 janvier 2011,constitutionnel les dispositions des articles 75 et 144 du code civil le Conseil constitutionnel renvoie la balle au législateur. Ainsi,le mariage homosexuel, dépendra de l'évolution législative en phase avec l'évolution des mœurs qui impose un véritable débat de société, mais aussi au regard de la législation de 9 autres pays.**

Le mariage homosexuel est autorisé dans divers pays, tels que les Pays-Bas, la Belgique, l'Espagne, la Norvège, la Suède, le Portugal, l'Islande et le Royaume-Uni.

En France, le conseil Constitutionnel, a été amené à s'interroger sur la légalité de la législation sur le mariage, au regard de la liberté des individus et de la discrimination contenue dans la Loi.( articles 75 (dernier alinéa) et 144 du code civil.

Saisi d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité à l'initiative d'un couple de femmes pacsées, avec quatre enfants le 16 novembre 2010 par la 1ère chambre civile de la Cour de cassation (arrêt n° 1088 ), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution.

Les "sages" avaient plusieurs possibilités pour statuer et éventuellement mettre fin à la discrimination entre hétéro et homosexuels.

- Juger les articles du code civil liés au mariage, non conformes à la Constitution et permettre le mariage aux homosexuels.
- Juger la loi non conforme aux principes constitutionnels, comme ce fut le cas pour la garde à vue.
- Estimer la question ,trop générale, en renvoyant la balle au législateur,comme ils l'ont fait récemment pour l'homoparentalité.

C'est cette dernière solution qui a été privilégiée : L'interdiction du mariage homosexuel est conforme à la constitution.

En déclarant le 28 janvier 2011,constitutionnel les dispositions de l'article 144 du code civil le Conseil constitutionnel ,renvoie la balle au législateur.

Ainsi, le mariage homosexuel, dépendra de l'évolution législative en phase avec l'évolution des mœurs qui impose un véritable débat de société, mais aussi au regard de la législation de 9 autres pays.

## I- Les textes contestés et les arguments invoqués

### A) Les textes du code civil soumis au conseil

#### article 75 du code civil

*« Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des articles 212, 213 (alinéas 1er et 2), 214 (alinéa 1er) et 215 (alinéa 1er) du présent code. Il sera également fait lecture de l'article 371-1.*

*« Toutefois, en cas d'empêchement grave, le procureur de la République du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur de la République, auquel il devra ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration hors de la maison commune.*

*« Mention en sera faite dans l'acte de mariage.*

*« L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, s'ils sont mineurs, leurs ascendants présents à la célébration et autorisant le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu.*

*« Si les pièces produites par l'un des futurs époux ne concordent point entre elles quant aux prénoms ou quant à l'orthographe des noms, il interpellera celui qu'elles concernent, et s'il est mineur, ses plus proches ascendants présents à la célébration, d'avoir à déclarer que le défaut de concordance résulte d'une omission ou d'une erreur.*

*« Il 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 » ;*

#### article 144 du code civil:

*L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus.*

Le code civil, ne donne pas de véritable définition du mariage si ce n'est l'union entre un homme et une femme dans son article 144.

Déjà **1ère Civ 13 mars 2007, N° de pourvoi : 05-16627** avait annulé le mariage célébré par N.Mamère entre deux hommes à Bègles.

Pour les sages *«selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme»*.

## **B) Pour le Conseil Constitutionnel, la fin de la discrimination historique reste une affaire de Loi**

Que retenir ?

1°- Sur L'article 66 de la Constitution sur la liberté individuelle.

Il a été écarté en ce qu'il

«prohibe la détention arbitraire» et n'est donc pas applicable au mariage.

2°- Sur la constitutionnalité de l'article 144 du code civil

-« Le droit de mener une vie familiale normale» n'implique pas que les couples de même sexe puissent se marier, soulignant qu'ils sont libres de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité (PACS).

3°- Sur L'article 1 de la constitution et l'égalité de traitement devant la Loi

*En maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de sa compétence, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme pouvait justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille»*

*Il n'appartient 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»*

## **II Présentation de la décision du conseil constitutionnel n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 dans son intégralité**

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 16 novembre 2010 par la Cour de cassation (première chambre civile, arrêt n° 1088 du 16 novembre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mmes Corinne C. et Sophie H., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 75 et 144 du code civil.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code civil ;

Vu l'arrêt n° 05-16627 de la Cour de cassation (première chambre civile) du 13 mars 2007;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 8 décembre 2010 ;

Vu les observations produites pour les requérantes par Me Emmanuel Ludot, avocat au barreau de Reims, enregistrées le 14 décembre 2010 ;

Vu les observations en interventions produites pour l'Association SOS Homophobie et l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens par Me Caroline Mécary, avocat au barreau de Paris, enregistrées le 14 décembre 2010 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Me Ludot pour les requérantes, Me Mécary pour les associations intervenantes et M. Thierry-Xavier Girardot, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 18 janvier 2011 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article **75 du code civil** : « Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des articles 212, 213 (alinéas 1er et 2), 214 (alinéa 1er) et 215 (alinéa 1er) du présent code. Il sera également fait lecture de l'article 371-1.

« Toutefois, en cas d'empêchement grave, le procureur de la République du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur de la République, auquel il devra ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration hors de la maison commune.

« Mention en sera faite dans l'acte de mariage.

« L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, s'ils sont mineurs, leurs ascendants présents à la célébration et autorisant le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu.

« Si les pièces produites par l'un des futurs époux ne concordent point entre elles quant aux prénoms ou quant à l'orthographe des noms, il interpellera celui qu'elles concernent, et s'il est mineur, ses plus proches ascendants présents à la célébration, d'avoir à déclarer que le défaut de concordance résulte d'une omission ou d'une erreur.

« Il 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 » ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article **144 du même code** : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus » ;

3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur le dernier alinéa de l'article 75 du code civil et sur son article 144 ; 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 » ;

4. Considérant que, selon les requérantes, l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe et l'absence de toute faculté de dérogation judiciaire portent atteinte à l'article 66 de la Constitution et à la liberté du mariage ; que les associations intervenantes soutiennent, en outre, que sont méconnus le droit de mener une vie familiale normale et l'égalité devant la loi ;

5. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ;

6. Considérant, en premier lieu, que l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle ; que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que les dispositions contestées n'affectent pas la liberté individuelle ; que, dès lors, le grief tiré de la violation de l'article 66 de la Constitution est inopérant ;

7. Considérant, en second lieu, 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 ;

8. Considérant, d'une part, que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; que le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses articles 515-1 et suivants ; 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 ;

9. Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; 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 ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, 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 de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient 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 ; que,

par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage doit être écarté ;

11. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

**DÉCIDE :**

Article 1er.° Le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil sont conformes à la Constitution.

Article 2.° La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 27 janvier 2011 où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 28 janvier 2011.

Demeurant à votre disposition pour toutes précisions.

**Maître HADDAD Sabine**

**Avoate au barreau de Paris**