



**HAL**  
open science

## Le droit constitutionnel de la famille

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Le droit constitutionnel de la famille. M. Verpeaux. Code civil et constitution, Economica, pp.65-81, 2005. halshs-00126007

**HAL Id: halshs-00126007**

**<https://shs.hal.science/halshs-00126007>**

Submitted on 23 Jan 2007

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Le droit constitutionnel de la famille

Eric Millard

Professeur à l'Université Paris-Sud 11

CTAD (UMR 7074)

Je vois au moins trois significations possibles de l'intitulé « droit constitutionnel de la famille », qui commandent des postures différentes.

- a) *La constitutionnalisation du droit de la famille*. Il peut s'agir de se demander si le droit de la famille, traditionnellement porté par des normes législatives (principalement regroupées dans le Code civil) est désormais devenu objet de normes constitutionnelles, écrites ou surtout jurisprudentielles.

On se situerait alors sur le terrain du désormais classique débat autour de la constitutionnalisation des branches du droit, et particulièrement de la constitutionnalisation du droit civil — posture dont je soupçonne qu'elle constitue un véritable implicite de la présente réflexion collective pour peu que celle-ci ne soit pas simple exercice imposé dans la dynamique commémorative de l'année 2004 —, ou de son miroir, la civilisation du droit constitutionnel.

Ce n'est néanmoins pas sous cet angle que j'aborderai la question, et cela pour deux raisons. D'abord parce qu'en matière de droit de la famille, peu d'éléments plaident pour cette constitutionnalisation/civilisation, ce qui ne permet sans doute pas d'apprécier les faits qui soutiendraient la démonstration de l'une ou l'autre des analyses, sauf à restreindre le droit de la famille à la liberté du mariage comme composante de la liberté individuelle, et l'on conviendra que c'est peu. Surtout, parce que ce débat doit être abordé sérieusement et qu'il soulève des questions davantage théoriques que factuelles, sur la notion de branche du droit comme sur la notion de constitution : il ne suffit pas de constater que, en droit de la famille comme dans d'autres secteurs assez arbitrairement ou conventionnellement délimités du droit, des normes constitutionnelles ont un objet qui relevait antérieurement de normes d'une catégorie législative, pour pouvoir en déduire sans plus d'arguments la constitutionnalisation de ce secteur, ou la civilisation de ces normes ; la distinction entre la substance et la structure, entre le fond et la forme, entre la norme et son contenu appelle davantage de précisions, qui occulteraient le propos sur un éventuel droit constitutionnel de la famille.

- b) *Le droit de la famille constitutionnel*. Une deuxième signification serait à rechercher alors autour de la question : quel est le droit constitutionnel (conçu comme ensemble de normes pourvues d'une certaine valeur hiérarchique dans le système juridique) applicable à un objet juridique clairement conçu, la famille ?

A vrai dire, c'est la signification la plus évidente de l'intitulé au sens strict et peut être celle qui serait la moins contestable puisqu'elle appelle la description matérielle d'un ensemble de normes identifiables régissant un ensemble d'institutions juridiques précises. Mais pour importante que soit cette question, je ne retiendrai pas non plus ici cette signification pour deux raisons.

En premier lieu parce que le droit constitutionnel positif n'est pas très riche en la matière en ce qui concerne la France. Je l'ai déjà mentionné à propos du droit constitutionnel prétorien. Le droit écrit est tout aussi laconique, et l'on devrait se concentrer sur deux alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, l'alinéa 10 (« la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ») et l'alinéa 11 éventuellement (« Elle garantit à

tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos, les loisirs... »). Ce relatif silence, qui a ses raisons<sup>1</sup>, contraste avec certaines expériences étrangères en apparence plus précises : l'Allemagne dans sa constitution de 1919<sup>2</sup> et dans sa Loi fondamentale du 23 mai 1949<sup>3</sup> ; l'Espagne démocratique en 1978<sup>4</sup> ; la Grèce en 1975<sup>5</sup> ; l'Irlande<sup>6</sup> ; l'Italie<sup>7</sup> ou le Portugal<sup>8</sup> pour s'en tenir à des pays géographiquement et politiquement proches. Et dans l'histoire constitutionnelle française, seuls la Seconde République<sup>9</sup> et le régime de Vichy offrent des formulations un peu plus directes. S'il est incontestable qu'il existe un droit public de la famille, dans la France actuelle tout au moins ce droit ne relève que faiblement du droit constitutionnel et mobilise davantage des questions de droit fiscal, de droit administratif ou de droit social.

<sup>1</sup> V. notamment pour la proposition d'une grille d'analyse E. Millard, *Famille et droit public*, LGDJ, Paris, 1995.

<sup>2</sup> Art 119 : « Le mariage en tant que fondement de la vie de famille, de la conservation et de l'accroissement de la Nation, est placé sous la protection particulière de la Constitution. Il repose sur l'égalité des droits des deux sexes. Il incombe à l'Etat et aux communes de veiller à la pureté, à la santé et à l'amélioration sociale de la famille. Les familles nombreuses ont droit à des mesures qui compensent leurs charges. La maternité a droit à la protection et à la sollicitude de l'Etat ».

<sup>3</sup> Art. 6 : « 1 - Le mariage et la famille bénéficient de la protection particulière de l'ordre politique. 2 - Les soins à donner aux enfants et l'éducation de ceux-ci sont un droit naturel des parents et une obligation qui leur échoit en premier lieu. L'accomplissement de ce devoir est surveillé par la communauté nationale. 3 - Les enfants ne peuvent être séparés de leur famille contre le gré de ceux qui ont la charge de leur éducation qu'en vertu d'une loi, lorsque ces derniers manquent à leur devoir ou lorsque les enfants risquent d'être laissés à l'abandon pour d'autres motifs. 4 - Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté. 5 - La législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur situation sociale ».

<sup>4</sup> Constitution du 29 décembre 1978, art. 18-1 : « sont garantis le droit à [...] l'intimité familiale » ; art. 20 : « les libertés trouvent leurs limites dans [...] les prescriptions des lois qui développent [...] le respect] du droit à la protection de la jeunesse et de l'enfance » ; art. 39 « 1 - Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille. 2 - Les pouvoirs publics assurent pareillement la protection intégrale des enfants, égaux devant la loi, indépendamment de leur filiation, et des mères, quelle que soit leur situation de famille. La loi rend possible la recherche de paternité. 3 - Les parents doivent prêter assistance de tous ordres aux enfants qu'ils ont eu dans ou hors mariage, durant leur minorité ou dans tous les autres cas légalement nécessaires. 4 - Les enfants en bas âge bénéficieront de la protection prévue par les accords internationaux qui veillent sur leurs droits ».

<sup>5</sup> Constitution du 11 juin 1975, art. 9 : « La vie privée et familiale de l'individu est inviolable » ; art. 21 : « 1- La famille, en tant que fondement du maintien et de la progression de la Nation, ainsi que le mariage, la maternité et l'enfance sont sous la protection de l'Etat. 2 - Les familles nombreuses [...] ont droit à un soin particulier de la part de l'Etat ».

<sup>6</sup> Constitution du 1<sup>er</sup> juillet 1937, art. 41 : « 1-1 L'Etat reconnaît la famille comme le groupement primaire, naturel et fondamental de la société et comme une institution morale possédant des droits inaliénables et imprescriptibles, antérieurs et supérieurs à toute loi positive. 1-2 A cet effet, l'Etat garantit la protection de la constitution et de l'autorité de la famille, base nécessaire à l'ordre social et indispensable au bien-être de la Nation et de l'Etat. 2-1 En particulier, l'Etat reconnaît que par la vie dans son foyer, la femme donne à l'Etat un soutien sans lequel le bien commun ne peut-être obtenu. 2-2 A cet effet, l'Etat tentera d'empêcher que les nécessités économiques ne forcent les mères de famille à travailler en négligeant les devoirs de leur foyer. 3-1 L'Etat promet solennellement de veiller avec une attention spéciale à l'institution du mariage sur laquelle la famille est fondée et de la protéger contre toutes les attaques. 3-2 Aucune loi accordant la dissolution du mariage ne pourra être adoptée. 3-3 Aucune personne dont le mariage a été dissous selon la loi civile d'un autre Etat, mais dont le mariage continue à être valable selon la loi en vigueur à cette époque à l'intérieur de la juridiction [d'Irlande] ne sera capable de contracter un mariage valide à l'intérieur de cette juridiction, tant que la personne avec laquelle elle était mariée est encore en vie ».

<sup>7</sup> Constitution du 27 décembre 1947, art. 29 : « La République reconnaît les droits de la famille comme société naturelle fondée sur le mariage. Le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, avec les limites fixées par la loi pour garantir l'unité familiale » ; art. 30 « Les parents ont le devoir et le droit d'entretenir, d'instruire et d'élever leurs enfants, même s'ils sont nés hors du mariage. Dans les cas d'incapacité des parents, la loi pourvoit à ce que leurs devoirs soient remplis. La loi assure aux enfants nés hors du mariage toute la

En second lieu, parce que la question alors abordée, celle de l'existence d'un droit constitutionnel applicable à la famille, ne s'intègre pas dans notre sujet de réflexion, autour du Code civil et de la constitution : il vise moins (et les formulations normatives le laissent entrevoir) l'objet traité par le droit civil de la famille que les politiques familiales au sens le plus large ; en ce sens, ce droit constitutionnel ne donne pas naissance à quelque chose qui pourrait par simplification abusive être présenté comme un « droit à... » mais il définit des objectifs généraux. Dès lors ce droit constitutionnel de la famille ainsi entendu pose certes des questions spécifiques au droit public, notamment celles de la place de la famille et de sa représentation dans l'Etat ; et on trouve substance à une telle analyse par exemple dans le projet rejetée de réforme constitutionnelle de 1969 autour de l'idée de sénateurs représentant la famille<sup>10</sup> — la famille comme la nation de Sieyès, conçue non comme une réalité mais comme une idée —, ou dans le statut des représentants des associations familiales au Conseil économique et social<sup>11</sup>. Mais il marginalise la question de la relation entre le Code civil et d'autres normes qui le font évoluer lorsque ce code règle des questions ayant trait à la famille, qui se pose comme on le sait davantage dans la relation du Code avec le droit européen des droits de l'homme (et notamment avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur l'article 8 de la Convention) que dans celle qu'il entretient avec les normes constitutionnelles... du moins tant que le conseil constitutionnel n'aura pas admis d'examiner le contrôle de conventionnalité des lois comme élément indissociable du contrôle de constitutionnalité.

- c) *Le droit constitutionnel et la construction juridique de la famille.* Il reste donc une troisième posture possible : celle qui envisage le droit constitutionnel applicable à un objet social qui ne constitue pas un objet juridique explicite ou précis, c'est-à-dire une institution juridique.

Il faut redire ici que la famille n'est pas un objet explicite du Code civil qui ne traite que d'institutions juridiques particulières telles que les unions (mariage et désormais aussi PaCS et concubinage), les filiations, les transmissions de biens, etc., qui toutes évidemment donnent des éléments de statut aux familles et aux relations familiales (plus exactement aux individus dans des relations familiales), mais qui ne constituent pas un statut de la famille.

Il faut redire aussi que le droit de la famille est une construction doctrinale à visée didactique (expliciter ces relations) et/ou idéologique (prescrire des modèles de relations). De ce fait, le droit de la famille fournit un cadre interprétatif pour les organes d'application du droit, notamment les juges, lorsqu'ils mobilisent ce type d'institutions juridiques Et ceci est vrai

---

protection juridique et sociale compatible avec les droits des membres de la famille légitime » ; art. 31 « La République favorise, par des mesures économiques et autres, la formation de la famille et l'accomplissement des devoirs qu'elle comporte, en ayant des égards particuliers pour les familles nombreuses. Elle protège la maternité, l'enfance et la jeunesse, en favorisant les institutions nécessaires pour cela ».

<sup>8</sup> Constitution du 25 avril 1976, art. 36 : « 1 - Toute personne a le droit de constituer une famille et de contracter mariage dans des conditions de pleine égalité. 2 - [...] 3 - Les conjoints ont les mêmes droits et les mêmes devoirs... 4 - [...] » ; art. 67 : « L'Etat reconnaît la constitution de la famille et en assure la protection. Il lui incombe notamment de : a) promouvoir l'indépendance sociale et économique des groupes familiaux b) mettre en place un réseau national d'assistance maternelle et infantile, réaliser une politique du troisième âge c) collaborer avec les parents à l'éducation des enfants, d) promouvoir par les moyens nécessaires la diffusion des méthodes de planning familial et mettre en place les structures juridiques et techniques qui permettent l'exercice d'une responsabilité parentale e) adapter les impôts et les avantages sociaux aux charges familiales ».

<sup>9</sup> Constitution du 4 novembre 1848, Préambule, art. IV : « [La République] a pour principe la Liberté, l'Egalité et la Fraternité. Elle a pour base la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre Public ».

<sup>10</sup> Projet de loi constitutionnelle du 27 avril 1969, art. 65, B : « Les sénateurs représentant la famille sont désignés par l'Union Nationale des Associations Familiales. Toutefois, des sénateurs sont également désignés au titre de cette catégorie par les associations nationales représentatives de parents d'élèves. La moitié au moins des sénateurs désignés par l'UNAF doivent être de sexe féminin ». On notera au passage la référence à l'idée de parité, que certains ont pu croire plus moderne.

<sup>11</sup> Art 7 de l'ordonnance du 29/12/1958. Pour une illustration, CE, 4/7/2003, Marcilhacy.

aussi bien du point de vue civiliste que du point de vue constitutionnaliste : le Conseil constitutionnel (dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois portant sur des institutions comme le mariage ou la polygamie par exemple) interprète les institutions juridiques particulières au travers de ces filtres politico-moraux que la doctrine constitutionnaliste (dans son compte rendu ou sa prescription du droit constitutionnel traitant des ces questions) contribue aussi à produire. Car l'irruption du constitutionnalisme en la matière, si irruption il y a, ne change pas fondamentalement les données du problème : objet social et collectif, la famille n'est appréhendée par le droit qu'au moyen de techniques individualistes.

Le Code civil pouvait aisément faire l'impasse d'un questionnement sur le statut juridique du collectif : en premier lieu parce que d'inspiration politique individualiste ; en second lieu parce que le modèle social qu'il saisissait était très largement hégémonique et que les techniques du mariage comme contrat (original certes mais contrat juridique entre individus), de la filiation, de l'héritage, etc., s'accordaient assez facilement à la consécration de la famille légitime comme institution sociale.

La perte d'hégémonie de ce modèle, qui n'est en rien sa disparition, met alors au jour la difficulté de cette problématique normative. On assiste à un déplacement de l'objet « famille » vers la filiation : l'enfant « fait » la famille et on retrouve ici tout autant la permanence d'une conception démographique (qui inspire la protection de la famille au sens du Préambule de 1946, et la politique familiale à la française) que l'intégration d'une construction fondée sur les droits de la personne humaine (le droit à la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne ou de la jurisprudence administrative<sup>12</sup> et constitutionnelle française<sup>13</sup>). L'enfant fait la famille mais qui fait l'enfant ? : importante question que l'on retrouve autour de la problématique de la bioéthique et du statut juridique des procréations médicalement assistées ou de la fabrique juridique de la filiation (l'adoption par des couples homosexuels par exemple). L'enfant fait la famille d'où l'apparente relégation au second plan des relations juridiques entre adultes, que la diversification des unions contractuelles (mariages, PaCS, concubinage) traduirait en enregistrant les faits, mais qu'une autre interprétation nuancerait en rappelant que la reconnaissance de la diversité par le droit est aussi quelque chose qui permet d'éviter que des situations plurielles échappent au droit (donc à l'Etat) pour rester dans la sphère de la liberté (le PaCS offre bien sûr un statut, mais a-t-on assez dit qu'il écrit également un cadre ?).

La lecture de ces techniques individualistes (le droit de la famille) s'est faite et pour une large part continue à se faire dans un cadre assez clairement identifiable, dont témoigne notamment ce que l'on a appelé la « réécriture »<sup>14</sup> de la loi sur le PaCS par le Conseil constitutionnel<sup>15</sup>. Le droit à la vie familiale de l'individu reste un droit à la vie familiale normale ; l'infanto-centrisme ne fait pas totalement disparaître l'évaluation des modèles familiaux ; la disparition d'un modèle unique ne signifie pas l'égalité de traitement entre modèles admis. Le droit constitutionnel ne déroge pas à cette mise en ordre, autant technique que morale, et ce sont quelques pistes autour de ces idées que je voudrais brièvement mettre en évidence autour du thème du droit constitutionnel de la famille : la constitutionnalisation du droit de l'individu à la vie familiale normale (I), et ses conséquences sur le traitement des unions, des couples d'adultes qui, même lorsqu'ils sont détachés de la problématique familiale moderne (l'enfant), demeurent conditionnés par la prégnance d'un modèle implicite de référence (II).

<sup>12</sup> Ass. CE, 8/12/1978, GISTI.

<sup>13</sup> Décision n° 93-325 DC du 13/8/1993.

<sup>14</sup> N. Molfessis, La réécriture de la loi relative au PaCS par le Conseil constitutionnel, JCP, 8/3/2000, pp. 399 et s.

<sup>15</sup> Décision n° 99-419 DC du 9/11/1999.

## I – La constitutionnalisation du droit à la vie familiale normale

Dans sa décision d'août 1993 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, le Conseil constitutionnel consacre deux normes complémentaires. D'une part, le Conseil affirme la liberté du mariage comme « une des composantes de la liberté individuelle » protégée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans son article 2<sup>16</sup> ; cette affirmation sera confirmée par la décision sur le PaCS en 1999, en ce que cette liberté du mariage commande l'application d'une modalité dérogatoire de dissolution immédiate du Pacte pour les individus exerçant cette liberté : « la cessation du pacte à la date du mariage de l'un des partenaires met en œuvre le principe de valeur constitutionnelle de la liberté de mariage »<sup>17</sup>. D'autre part, le Conseil consacre le droit à mener une vie familiale normale. Cette position duale ne doit pas surprendre : la Convention européenne des droits de l'homme par exemple connaît aussi une séparation en apparence claire entre la protection du mariage (art 12) et celle de la vie familiale (art. 8). Au-delà cependant, 5 remarques méritent d'être apportées.

- a) Clairement, avec cette logique, le Conseil constitutionnel retrouve et confirme l'approche juridique individualiste observée en matière civile : affirmation de la liberté de l'individu, qui comprend celle de se lier par mariage (et de ne pas être indéfiniment lié par mariage sans doute) ; droit de l'individu à la protection de sa sphère d'activité rattachable à la famille. Même si en 1986, de manière assez curieuse du point de vue sémantique, le Conseil constitutionnel avait évoqué « les droits de la famille » (« il appartient au législateur d'apprécier les conditions dans lesquelles les droits de la famille peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public »)<sup>18</sup>, l'analyse ne cherche en aucune manière à faire apparaître juridiquement un statut juridique collectif, mais s'attache à protéger la dimension collective de prérogatives individuelles. La famille demeure un implicite, sans définition juridique précise, qui ne pourrait être que limitative de ces prérogatives individuelles. La conséquence en est évidemment la dissociation technique entre les questions relatives au mariage (modèle présumé qui fonde la famille légitime) et la notion de famille (présupposé de la vie familiale), que le conseil maintiendra à propos du PaCS, qui s'il peut s'appréhender comme un des éléments liés à l'exercice de la vie familiale éventuellement protégée, ne connaît pas d'assimilation au mariage sur les questions de filiation et d'état civil.
- b) Les droits et libertés individuels, même liés à cet élément essentiel de l'intimité et de la constitution sociale de la personne, ne sont pas absolus et doivent être conciliés, par le législateur, et sous le contrôle du juge constitutionnel, avec d'autres principes et objectifs à valeur constitutionnelle. L'affirmation est classique, mais elle permet ici de concevoir une politique à la fois évolutive, évaluatrice et concrète des modèles familiaux, tant au regard de la demande sociale (et notamment des demandes émergentes par exemple liées aux droits des homosexuels) qu'au regard de la protection d'une morale publique que le législateur ne peut renoncer à exprimer. Le Code civil demeure ainsi la source substantielle et le droit constitutionnel n'a pas pour vocation de traduire les choix du moment, mais bien plutôt d'assurer le cadre (et la possibilité) de ces choix.
- c) De ce fait, les principes du Code civil en la matière ne constituent pas des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Non seulement sans doute car

<sup>16</sup> Décision n° 93-325 DC du 13/8/1993.

<sup>17</sup> Décision n° 99-419 DC du 9/11/1999.

<sup>18</sup> Décision n° 86-216 DC du 3/9/1986, Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

il y aurait, quelle que soit la conception que l'on puisse se faire de ce que sont ces principes, quelque ambiguïté à considérer que l'on se situe dans le cadre républicain s'agissant du Code civil (soit que, pour les principes impériaux il ne s'agisse pas de la République, soit que pour les principes républicains, ils sont postérieurs à la période que le Conseil définit). Mais surtout parce que la démarche du contrôle constitutionnel ici vise la raison procédurale et non la raison matérielle.

- d) Les limites du cadre admissible sont assez clairement indiquées par l'expression « vie familiale normale ». Cette technique de protection n'est en rien originale, ce qui signifie pas qu'elle soit sans raison claire. D'une part, elle traduit justement la définition du cadre des choix admissibles, et donc maintient la référence à des modèles familiaux, certes pluriels. On retrouve de manière explicite une démarche qu'avec d'autres techniques la Cour européenne des droits de l'homme met en œuvre dans son interprétation de l'article 8 de la Convention. Mais on retrouve aussi une formulation normative que le Conseil d'Etat avait dégagée comme principe général du droit<sup>19</sup>, et qu'il avait apparemment abandonnée lorsqu'il avait explicitement mis en œuvre un contrôle de conventionalité des actes administratifs (et notamment en matière de police des étrangers) par rapport à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Même si la juridiction administrative continue parfois à se référer à ce principe général du droit, la formulation normative que le Conseil constitutionnel a utilisée en 1993 témoigne d'une réticence à admettre le contrôle de conventionalité des lois, et un certain réflexe souverainiste à nommer nationalement un contrôle que le droit européen des droits de l'homme appelle nécessairement : c'est d'ailleurs le Préambule de 1946 qui sert de source au Conseil constitutionnel. On sait ainsi que le Conseil construit le standard de normalité par référence aux valeurs nationales : pour exclure la polygamie de la vie familiale protégée, il précise que : « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France »<sup>20</sup>.
- e) Si de cette manière la polygamie est privée de certains effets en France pour des étrangers qui pourraient invoquer le droit international privé dès lors que leur statut dispose d'un fondement légal dans leur pays d'origine, c'est bien là le résultat de la dissociation entre les normes concernant d'une part (le droit au) statut juridique des unions, d'autre part le droit à la protection des activités (normales) liées à la vie familiale. Les deux ne sont pas réductibles l'une à l'autre et le modèle de la famille légitime les conjugue sans les confondre. On sait que la Cour européenne des droits de l'homme avait ainsi pu juger que l'absence d'un droit au divorce (que l'Etat pouvait légitimement prévoir) ne pouvait faire obstacle au respect de la vie familiale des époux et de leurs enfants respectifs<sup>21</sup>. Le divorce lui-même ne fait pas disparaître la vie familiale, pas plus que les choix de vie des parents. On est bien en présence de deux questions différentes. Il n'est pas neutre ainsi que s'agissant du PaCS (statut juridique d'une union), le Conseil n'invoque pas ce droit à la vie familiale normale. Pour autant, dès lors qu'est en jeu la reconnaissance juridique des unions entre adultes, parce que celles-ci quittent la sphère de l'intimité (l'invisibilité) pour celle de la visibilité juridique, resurgit la question de la normalité : l'implicite demeure au-delà de la dissociation des normes et l'unité de référence reste une certaine conception de la famille.

<sup>19</sup> Ass. CE, 8/12/1978, GISTI.

<sup>20</sup> Décision n° 93-325 DC du 13/8/1993.

<sup>21</sup> CEDH, 18/12/1986, Johnston contre Irlande.

## II – La permanence d’une référence implicite

Dans la décision sur le PaCS<sup>22</sup>, le Conseil constitutionnel était confronté à une difficulté quasi insurmontable : sous le même statut<sup>23</sup>, et en grande partie par le fait d’une hypocrisie du législateur qui, pour ne pas sembler reconnaître explicitement les couples homosexuels, a fourni un statut soi-disant général, apparaissaient deux questions. La question de la lisibilité des choix de vie, qui relève essentiellement en l’état de la revendication en 1999 et de la position du législateur de la protection de la vie privée, au mieux du droit à la vie familiale normale ; et la question de la famille sous couvert d’un statut des unions entre adultes ayant vocation (ou non : telle était en partie la question) à déboucher sur la fondation d’une famille, c’est-à-dire sur la question de la filiation. Sans se référer à l’idée de normalité, le Conseil constitutionnel a très minutieusement construit à cette occasion une grille de lecture qui renforce les présupposés classiques du droit doctrinal de la famille : le pacte comme contrat spécifique est comme attiré, chaque fois que faire se peut, c’est-à-dire chaque fois que ce peut être fait sans remettre en cause l’institution elle-même, vers le mariage. L’exercice est difficile et, dès lors que l’on ne veut ni assimiler le PaCS au mariage, ni – ce qui revient au même – traiter pareillement les unions entre personnes de sexes différents et celles entre personnes du même sexe – particulièrement révélateur de la permanence d’une référence politico-morale à la notion classique de la famille.

On a dit que le Conseil avait réécrit la loi sur le PaCS<sup>24</sup>. C’est en grande partie vrai, mais pouvait-il en être autrement ? Sans doute la revendication de l’égalité des droits entre adultes quels que soient leurs choix de vie était elle-même ambiguë : pour certains, c’est directement la question de la famille homosexuelle qui était posée (et on le voit avec les questionnements sur le droit au mariage et le droit à l’adoption, tant en France que dans d’autres pays, aux Etats-Unis notamment) ; pour d’autres, dans un premier temps tout au moins, la question de l’égal traitement de l’individu (en matière de fiscalité, ou de relations avec les tiers : logement, etc.). Mais dans tous les cas de figure, c’était une revendication dont on ne pouvait occulter qu’elle provenait avant tout de l’inégal traitement sur toutes ces questions entre homosexuels et hétérosexuels, et qu’elle appelait - dès lors qu’on la considérait comme légitime - soit une parfaite égalité de traitement sur tous les points (logique de l’invisibilité), soit la création d’un statut spécifique permettant d’assurer l’égalité de traitement sur les questions pour lesquelles on pouvait juger que les discriminations étaient illégitimes (logique de la visibilité). La logique de l’invisibilité aurait consisté à admettre un égal droit au mariage (pour autant que le Code civil le refusait, ce qui était peut-être discutable avant la décision du Conseil) ou à supprimer les avantages liés au mariage ; celle de la visibilité à fournir un statut spécifique aux couples homosexuels produisant les mêmes effets que le mariage pour les homosexuels, dans les limites que le législateur pouvait fixer, notamment quant à savoir s’il s’agissait strictement de la question des unions, ou si ce statut devait resurgir sur la question de la filiation. En refusant de traiter directement de cela, c’est-à-dire en présupposant que le PaCS pouvait concerner tous les couples (un instant on a même imaginé : toutes les fratries !), y compris ceux qui avaient légalement ou pratiquement accès au mariage, le législateur a imaginé une solution qui laissait en suspens davantage de questions qu’il n’était possible.

<sup>22</sup> Décision n° 99-419 DC du 9/11/1999.

<sup>23</sup> Deux en fait car le concubinage reçoit lui aussi (mais cela est moins une nouveauté) un statut juridique au point que l’on se demande comment il faudrait nommer ceux qui en matière de vie familiale souhaitent encore qu’elle reste au maximum affaire de conscience et d’invisibilité, ceux qui pour reprendre le mot célèbre « ignorant la loi, sont ignorés par elle ». Y a-t-il encore place pour cette indifférence ?

<sup>24</sup> N. Molfessis, *op. cit.*



C'était le cas de la notion de vie commune par exemple. Elle est interprétée par le Conseil constitutionnel comme impliquant une vie de couple, c'est-à-dire non une simple cohabitation ou une communauté d'intérêts, mais une véritable communauté de toit et de lit. Que vise-t-on par là ? Le caractère obligatoire de l'aide mutuelle et matérielle entre pacsés certes. L'existence d'un couple ayant des relations sexuelles sans doute, mais cela pose davantage de problèmes que cela n'en résout. Ce n'est pas l'intimité qui est concernée, sauf à estimer qu'il n'y a plus de protection de l'individu ici contre un contrôle public ni acceptable, ni justifiable : sauf en matière de mariage avec des étrangers, la question de l'union blanche (elle-même très difficile : dans les mariages « suspectés » il s'agit en fait davantage d'une crainte que le mariage ne soit qu'un moyen pour l'obtention d'un avantage par l'étranger que d'un contrôle effectif sur la vie de couple) n'est d'ailleurs pas une réalité du mariage lui-même, et l'on ferait peser une exigence sur les couples pacsés allant au-delà des celle attendue des couples mariés ; et l'on sait, notamment en matière de rapprochement de fonctionnaires, que le PaCS dit blanc existe. Ce qui est implicite, c'est l'idée de filiation possible. Mais dans le même temps, cette vie de couple se distingue de la question de la filiation, dès lors qu'elle n'est pas naturelle : le PaCS ne produit aucun des effets du mariage en matière de droit à adoption ou à procréation médicalement assistée. Et le mariage n'est pas remis en cause en l'absence de désir d'enfant. Difficulté à conjuguer l'implicite familial et l'explicite individuel, la famille et la vie privée. Le Conseil constitutionnel confronté à deux enjeux différents, celui du droit de voir une union reconnue publiquement pour ceux qui ne peuvent ou ne veulent se marier (avec l'obtention de droits spécifiques), et celui de l'union hétérosexuelle susceptible de servir de base à une éventuelle famille, fait prévaloir cette dernière logique pour tous. Ce qui exclut évidemment la famille homosexuelle : la distinction du mariage et du PaCS demeure.

En effet, s'agissant des empêchements à PaCS, on retrouve la même ambiguïté et sur ce point le Conseil constitutionnel, au détour de sa motivation, a introduit une interprétation importante. Comme le note le Conseil : « le législateur a prévu des causes de nullité du PaCS qui soit reprennent les empêchements à mariage [notamment la prévention de l'inceste], soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage ». C'est ce point qui permettrait au conseil de donner du contenu à la notion de vie commune. C'est ce point aussi qui justifie le caractère absolu de ces nullités. Mais le Conseil va plus loin. A propos des avantages fiscaux dont bénéficient les personnes pacsées, il considère que le législateur a pu « accorder des droits particuliers aux personnes qui ne peuvent ou ne veulent se marier, mais qui souhaitent se lier par un pacte de vie commune ». Si les empêchements au PaCS sont aussi empêchements à mariage, et si des personnes peuvent se pacser alors qu'elles ne peuvent pas se marier, si par ailleurs le PaCS suppose une communauté de vie et non d'intérêt, il en résulte que pour le Conseil constitutionnel, il existe une catégorie de couples ainsi définie qui peut accéder au PaCS sans pouvoir se marier : c'est bien évidemment ici les couples entre personnes du même sexe, car on ne voit pas quelle autre genre de couple pourrait être concerné par un empêchement à mariage. On sait que la possibilité d'un mariage entre personnes du même sexe a longtemps paru évidemment exclue ; mais on sait aussi que cette exclusion est fondée sur un seul énoncé du Code civil, le fait que les époux se prennent pour mari et femme. Il existe de bonnes raisons de penser que, indépendamment de la supposée volonté du législateur à l'époque, les concepts de mari et femme ne recourent pas les différences biologiques entre hommes et femmes, et les théories critiques du genre ont insisté sur le caractère socialement construit de ces rôles dans le couple. Une interprétation du Code civil était ainsi possible visant à admettre la possibilité juridique de mariages homosexuels. Au détour de ce considérant, le Conseil constitutionnel paraît de manière assez forte exclure cette possibilité : pour le Conseil, le Code civil est clair, et ne vise que les mariages entre personnes de sexe différents. Mais on notera que le Conseil ne semble pas faire valoir que ce principe soit un principe constitutionnel : le législateur ne semble pas contraint juridiquement à maintenir cette restriction. Manière élégante pour le Conseil peut-

être de l'inviter à prendre ses responsabilités dans la définition de la morale dominante. Ce qu'il n'a pas fait à propos du PaCS.

L'attrait du PaCS vers le mariage ne débouche de ce fait pas sur une assimilation, et le Conseil constitutionnel en indique clairement les limites, quoique parfois de manière trop peu justifiée. S'il lui est aisé d'écarter l'argument des parlementaires concernant la bigamie (les empêchements font que cet argument manque en faits), c'est en se fondant sur la différenciation entre PaCS et mariage qu'il ne reçoit pas ceux sur l'atteinte au mariage républicain (« les dispositions relatives au PaCS ne mettent en cause aucune des règles relatives au mariage ») et sur la répudiation : la rupture unilatérale, sous réserve de publicité étant possible, le risque social de répudiation ne peut être simplement écarté au motif que « le PaCS est un contrat étranger au mariage ». Certes la qualification de répudiation peut comme l'indique le Conseil ne pas être retenue (c'est là un problème de définition) ; ce dont il s'agit est plus complexe et plus réel, et étroitement dépendant de contextes sociaux et culturels, et des rapports de genre, et ne peut sans doute pas être réductible à une question de vocabulaire.

Le Code civil, le PaCS en étant une des manifestations les plus récentes et les plus visibles, confirme une logique technique individualiste, mais dans cette logique la pluralité des modèles sociaux conduit à l'organisation et à la prise en compte de nouveaux droits pour l'individu dans une perspective d'égalité de traitement. Alors que la constitution est muette sur ces questions, et que son inspiration démocratique et individualiste renforce la légitimité d'une appréhension de la famille à partir de l'autonomie de la personne (respect de la vie privée, droits de l'enfant, non discrimination, droit à la reconnaissance des éléments essentiels de l'identité, droit aux relations familiales, etc.) le conseil constitutionnel essaye de donner ou de maintenir de la cohérence, ce qui ne peut se faire qu'à partir d'un modèle de référence. Dans cette construction juridique de la famille, la pluralité des modèles collectifs qu'autoriserait l'individualisme n'exclut ni évaluation, ni hiérarchisation : tous les modèles ne sont pas admissibles (dire démocratiquement lesquels ne le sont pas relève du cœur même de l'activité politique), et tous les modèles admis ne sont pas équivalents. Pour autant, l'activité de classification et de classement n'est pas aisée, à la fois parce qu'elle nécessite une grille de lecture que les énoncés juridiques ne fournissent pas, et que le législateur rechigne à dévoiler. Le Conseil constitutionnel ici rencontre les mêmes difficultés que tous les juges, nationaux ou internationaux, et particulièrement le juge européen des droits de l'homme ; ses positions ne semblent pas fondamentalement différentes, même si par rapport à la jurisprudence de Strasbourg elles devront être adaptées, dans un sens ou dans l'autre, et que des évolutions sont vraisemblables. Il reste que saisies à ce niveau, ces questions révèlent moins une constitutionnalisation du droit de la famille qu'une constitutionnalisation des difficultés conceptuelles de ce prétendu droit de la famille.