

Document 1 de 1



La Semaine Juridique Edition Générale n° 51, 17 Décembre 2012, doct. 1388

La constitutionnalité du « mariage pour tous » en question

Etude par François-Xavier Bréchet
magistrat administratif, chargé d'enseignement en droit public à Sciences Po Paris

Mariage

Sommaire

Le débat politique qui oppose partisans et adversaires du mariage entre personnes de même sexe trouve désormais un écho dans l'arène juridique. L'altérité sexuelle des époux et celle des parents sont-elles des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ? Elles en remplissent parfaitement les conditions fixées par le Conseil constitutionnel, raison pour laquelle le projet d'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe ne pourra pas faire l'économie d'une révision de la Constitution.

1. - « Il ne faut toucher aux lois que d'une main tremblante », conseillait en son temps Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil^{Note 1}. Les débats politiques actuels, qui opposent vigoureusement partisans et adversaires du mariage entre personnes de même sexe, illustrent à quel point cet avertissement semble avoir été oublié. En effet, alors que l'élection du nouveau chef de l'État a été suivie par la mise en place de multiples comités, concertations ou missions sur des sujets aussi divers que le cumul des mandats, la fin de vie ou la compétitivité des entreprises françaises, aucune réflexion digne de ce nom n'a été engagée quant au principe, aux modalités ou aux conséquences d'une réforme aussi profonde du droit du mariage et de l'adoption. Il n'est que de lire les motifs de l'avis défavorable au projet de loi, rendu le 18 octobre 2012 par le conseil d'administration de la Caisse nationale d'allocations familiales, pour comprendre le malaise : saisine dans un délai d'urgence, manque d'études d'impact, divisions sur le contenu et le principe du projet, etc.

2. - La controverse est dorénavant portée sur le plan juridique, les spécialistes du droit de la famille n'ayant pas manqué de souligner à quel point la volonté de déconnecter l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe de la problématique de la procréation médicalement assistée et de la gestation pour autrui était aberrante en raison des liens existant entre le mariage et le droit de la filiation^{Note 2}.

3. - Bien que le vote du projet de loi par une majorité de députés et de sénateurs ne soit pas encore acquis sur un sujet qui renvoie par essence à la conscience individuelle de chacun, il y a lieu de se demander si, une fois la loi adoptée, le Conseil constitutionnel ne viendra pas jouer le trouble-fête. Certains membres de la doctrine, parmi les plus éminents^{Note 3}, mais aussi un ancien président de la commission des lois de l'Assemblée nationale^{Note 4}, affirment en effet que l'altérité sexuelle des époux, c'est-à-dire le fait et la règle que le mariage ne peut unir que des personnes de

sexe différent, constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR). D'aucuns soutiennent également que l'altérité sexuelle des parents, ou le caractère hétérosexué de la filiation, figure parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République^{Note 5}. Partant, il ne pourrait être porté atteinte à ces principes sans révision de la Constitution. Qu'en est-il réellement ?

4. - L'éventuelle identification par le Conseil constitutionnel de tels principes fondamentaux reconnus par les lois de la République suppose d'examiner les conditions de reconnaissance de ces principes. Or, tant le principe de l'altérité sexuelle des époux que celui de la différence sexuelle des parents remplit sans conteste les conditions fixées par la jurisprudence des juges constitutionnels (1). Dans la mesure où rien - et notamment pas ses décisions précédentes - ne fait obstacle à ce que le Conseil constitutionnel reconnaisse ces principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il semble que l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe ne pourra pas faire l'économie d'une révision de la Constitution (2).

1. L'altérité sexuelle des époux et celle des parents figurent parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

5. - Par sa célèbre décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971^{Note 6}, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur juridique du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, et précisé que figuraient parmi les normes constitutionnelles dont il est chargé d'assurer le respect les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

6. - Cette notion particulièrement vague, figurant dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution de la V République, était restée pendant longtemps sans incidence sur le droit français. Le Conseil d'État s'y était bien référé sous la IV République pour conférer une valeur constitutionnelle à la liberté d'association^{Note 7}, mais il n'avait pas eu l'occasion de consacrer d'autres PFRLR par la suite^{Note 8}. Le Conseil constitutionnel, pour sa part, se bornait jusqu'en 1971 au rôle qui lui avait été dévolu par le pouvoir constituant, celui d'« organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »^{Note 9}, chargé de veiller au respect des règles constitutionnelles de compétence et de procédure et non de protéger les droits fondamentaux. Avec la décision *Liberté d'association*, le Conseil constitutionnel a profondément changé la nature de son contrôle de constitutionnalité des lois en imposant au législateur de respecter l'ensemble des droits et libertés figurant dans le « bloc de constitutionnalité », c'est-à-dire non seulement l'ensemble des articles de la Constitution mais aussi son Préambule et les textes auxquels il fait référence.

7. - Si l'évolution du contrôle de constitutionnalité assuré par le Conseil constitutionnel a fait naître chez certains la crainte d'un « gouvernement des juges », le Conseil a, par la retenue dont il a fait preuve, conjuré cette appréhension. L'inquiétude portait principalement sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui, en raison du flou de leur définition, menaçaient de devenir l'instrument privilégié des Sages pour faire obstacle à la volonté générale exprimée par les représentants du peuple. Mais, outre que le Conseil constitutionnel a consacré un nombre relativement faible de PFRLR, il a par sa jurisprudence fixé de strictes conditions à la reconnaissance de tels principes.

8. - Ces conditions sont, selon la doctrine^{Note 10} et l'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel Jean-Éric Schoettl^{Note 11}, au nombre de cinq : il doit s'agir d'une « législation républicaine » intervenue avant l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946, appliquée constamment avant cette date - c'est-à-dire sans connaître une seule exception -, qui a reconnu une règle suffisamment importante et générale.

9. - Les principes de l'altérité sexuelle des époux et de la différence sexuelle des parents répondent-ils à ces conditions ? Il nous semble que oui.

10. - Le Code civil a été adopté le 25 mars 1804 sous le Consulat, avant la proclamation de l'Empire qui est intervenue le 18 mai 1804. Il s'agissait donc d'une législation républicaine dès son adoption^{Note 12}. Comme le rappelle le P Delvolvé^{Note 13}, si la plupart des articles du code relatifs au mariage évoquaient les « époux » sans préciser leur sexe,

tous impliquaient qu'ils soient un homme et une femme. De nombreux articles du code mentionnaient expressément le mari et la femme, notamment pour définir les droits et devoirs respectifs des époux (*art. 213 à 226*) ou les obligations qui naissent du mariage (*art. 203 à 205 et 211*) ainsi que pour régir le divorce (*art. 229 et 230*). Le projet de Code civil adopté par la Convention le 22 août 1793, qui a nourri la réflexion des rédacteurs du code de 1804, définissait le mariage comme « *une convention par laquelle l'homme et la femme s'engagent, sous l'autorité de la loi, à vivre ensemble, à nourrir et élever les enfants qui peuvent naître de leur union* ». Le Code civil n'a pas repris une telle définition, parce qu'elle était alors perçue comme inutile. Comme le relevait le procureur général Baudouin dans ses conclusions sur un arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1903 : « La condition essentielle du mariage, c'est donc bien que les époux soit de sexe différent : l'un, un homme, l'autre, une femme. Et c'est si évident que le code n'a même pas cru qu'il fut nécessaire de l'exprimer. L'article 144 le présuppose cependant puisqu'il porte : "L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage" »^{Note 14}. Jean Carbonnier abondait dans le même sens : « Le Code civil n'a pas défini le mariage et il a eu raison : chacun sait ce qu'il faut entendre par là ; c'est la plus vieille coutume de l'humanité et l'état de la plupart des hommes adultes »^{Note 15}.

11. - Cette législation consacrant le mariage et la filiation comme ne pouvant résulter que de l'union d'un homme et d'une femme, a été confirmée et confortée par la III^e République. La loi *Naquet* du 27 juillet 1884 a rétabli le divorce - abrogé en 1816 - en reprenant les articles du code de 1804 tout en les amendant pour exclure le divorce par consentement mutuel. Cette loi faisait mention expresse du mari et de la femme (*art. 230, 296, 312*). De même, la loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage et la loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, portaient sur les rapports respectifs du mari et de la femme en les désignant comme tels.

12. - La législation républicaine consacrant l'altérité sexuelle des époux et des parents n'a connu aucune exception avant l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Pour cette raison, la Cour de cassation a constamment affirmé, notamment dans un arrêt du 6 avril 1903, que « le mariage ne peut être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant l'une au sexe masculin et l'autre au sexe féminin »^{Note 16} - cette jurisprudence étant appliquée sans exception jusqu'à nos jours^{Note 17}.

13. - Enfin, il n'est guère besoin d'insister sur l'importance de ces principes et sur leur caractère général et non contingent. L'altérité sexuelle des époux et celle des parents ont sous-tendu l'ensemble de notre droit du mariage et de la filiation, ainsi que le régime de l'adoption, non seulement avant 1946 mais aussi jusqu'à la période actuelle.

2. Rien ne fait obstacle à ce que le Conseil constitutionnel reconnaisse ces principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

14. - Dès les années 1980, le doyen Carbonnier n'excluait pas que certaines dispositions du Code civil puissent se voir reconnaître un caractère constitutionnel « parce qu'ils exprimeraient un des PFRLR que le Conseil constitutionnel a pris sous sa protection »^{Note 18}. Les principes de l'altérité sexuelle des époux et de celle des parents, eu égard à leur constance et à leur importance en droit français, figurent parmi les dispositions du Code civil qui sont le plus susceptibles de se voir reconnus en tant que principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

15. - Le Conseil constitutionnel n'a lui-même jamais écarté cette hypothèse. Les soixante députés qui avaient, parallèlement à soixante sénateurs, déféré au Conseil constitutionnel la loi relative au pacte civil de solidarité, avaient invoqué, de façon assez confuse, « l'institution républicaine » du mariage, et le « principe fondamental issu des lois de la République » selon lequel « tout contrat de vie commune ne pouvait (...) être signé que dans le cadre du mariage civil ». Pour les soixante députés auteurs de la saisine, la création d'une nouvelle institution contractuelle de vie commune méconnaissait donc cette institution et ce principe. Dans sa décision du 9 novembre 1999 sur la loi relative au pacte civil de solidarité, le Conseil constitutionnel s'est borné à répondre que « si les députés auteurs de la première saisine soutiennent que la loi méconnaîtrait les règles du "mariage civil et républicain" en "instituant une nouvelle communauté de vie", les dispositions relatives au pacte civil de solidarité ne mettent en cause aucune des règles

relatives au mariage ; qu'en conséquence, le moyen tiré de la violation de ces règles manque en fait »^{Note 19}. Si le Conseil s'est donc gardé de reconnaître ou d'exclure la reconnaissance d'un PFRLR relatif au mariage, il l'a fait non car il estimait l'hypothèse incongrue, mais simplement parce que les dispositions relatives au pacte civil de solidarité ne mettaient en cause aucune des règles relatives au mariage.

16. - Plus récemment, dans deux décisions QPC relatives à l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe^{Note 20} et à l'adoption au sein d'un couple non marié^{Note 21}, le Conseil constitutionnel a précisé que les dispositions de la Constitution ne faisaient pas obstacle à ce que le législateur, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, réserve le mariage aux personnes de sexe différent et l'adoption aux couples mariés, en raison de la différence de situation entre les couples de personnes de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme. Mais, à aucun moment, il n'a précisé que des dispositions législatives qui autoriseraient le mariage entre personnes de même sexe ou l'adoption par un couple de personnes de même sexe pourraient être adoptées sans méconnaître la Constitution. Autrement dit, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la conformité ou la non-conformité à la Constitution de telles réformes. Il s'est borné à confirmer la conformité à la Constitution du régime législatif actuel.

17. - La rédaction des deux décisions QPC précitées est à ce sujet très claire, et contredit les interprétations parfois données de notre droit constitutionnel^{Note 22}. Dans sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a jugé que, si un des parents biologiques de l'enfant mineur est libre de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix - qui peut être de même sexe - et d'associer cette dernière à l'éducation et à la vie de l'enfant, le droit de mener une vie familiale normale, qui découle du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, « 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 »^{Note 23}. De même, dans sa décision du 28 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a rappelé que « le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe »^{Note 24}, dès lors que ces derniers peuvent vivre en concubinage ou dans le cadre d'un PACS. Enfin, dans ces deux décisions, le Conseil constitutionnel a précisé sans ambiguïté qu'il existait une différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme et que, par voie de conséquence, le principe d'égalité, qui ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, n'était pas méconnu par le législateur lorsqu'il réservait le mariage aux couples composés d'un homme et d'une femme et l'adoption aux couples mariés. Autrement dit, pour les juges constitutionnels, il ne saurait exister de discrimination en matière de mariage et de filiation entre couples de personnes de même sexe et couples de personnes de sexe différent dès lors que ces deux couples sont dans des situations objectivement différentes.

18. - D'autres arguments pourraient toutefois être avancés pour refuser de reconnaître l'altérité sexuelle des parents et celle des époux comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

19. - Il a ainsi pu être soutenu que « mis de côté le cas particulier des principes mettant en cause la juridiction administrative, tous les PFRLR consacrés jusque-là ont permis la promotion de nouveaux droits et libertés (...). À l'inverse, l'affirmation du caractère hétérosexué du mariage s'inscrit plutôt dans le registre de l'interdit voire, selon certains, de la discrimination »^{Note 25}. Cette argumentation ne saurait toutefois convaincre. D'une part, comme le rappellent Louis Favoreu et Loïc Philip^{Note 26}, l'atteinte à un droit fondamental n'est pas une condition exigée par le Conseil constitutionnel pour dégager un PFRLR. C'est ainsi que se sont vu conférer un caractère constitutionnel l'indépendance de la juridiction administrative^{Note 27} et sa compétence exclusive en matière d'annulation d'actes de la puissance publique^{Note 28}, mais aussi le rôle de gardienne de la propriété privée immobilière de l'autorité judiciaire^{Note 29} ou l'existence d'une justice pénale des mineurs^{Note 30}. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a reconnu le principe selon lequel, tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle - c'est-à-dire les dispositions en vigueur avant leur retour à la France en 1919 - peuvent demeurer en vigueur^{Note 31}. Aucun droit ni aucune liberté n'était dans ces différents cas directement en cause. D'autre part, le droit des enfants à bénéficier d'un père et d'une mère tant pour leur conception que pour leur éducation - sauf cas particulier lié à la disparition de l'un des deux - a pour nécessaire corollaire les principes de l'altérité sexuelle des époux - dont le mariage a pour objet non de reconnaître leur amour mais d'instituer et de protéger la filiation - et des parents.

L'affirmation du caractère hétérosexué du mariage et de la filiation ne saurait donc s'entendre comme un interdit ou comme une discrimination, mais comme une protection des droits de l'enfant.

20. - Par ailleurs, la circonstance que d'autres principes juridiques, tels que l'infériorité de la femme mariée, figuraient également dans le Code civil de 1804 ou dans la législation républicaine antérieure à 1946, peut légitimement interpellier. Mais il ne fait aucun doute que ce principe juridique n'aurait pas pu constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République, antérieurement à son heureuse abrogation, pour la simple raison qu'il était contraire au troisième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ayant un caractère « subsidiaire » par rapport aux principes figurant en toutes lettres dans la Constitution - raison pour laquelle certains PFRLR ne sont plus utilisés par le Conseil constitutionnel lorsqu'il est possible de les rattacher à une mention textuelle^{Note 32} -, il est difficile d'imaginer l'hypothèse où les Sages de la rue de Montpensier auraient, d'un même trait de plume, autorisé la violation d'un principe constitutionnel figurant au troisième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 pour dégager un principe fondamental reconnu par les lois de la République en se basant sur l'alinéa premier du même Préambule...

21. - Enfin, la circonstance qu'il s'agisse d'une loi à caractère symbolique ne saurait faire obstacle à son éventuelle censure par le Conseil constitutionnel. Celui-ci en a vu d'autres : en 1982, la majorité de gauche a contesté la censure de la loi de nationalisation en raison de la méconnaissance du droit de propriété ; en 1993, la majorité de droite a protesté contre le droit d'asile qui l'empêchait de réaliser sa politique de maîtrise des flux migratoires. Le flot prévisible des critiques n'a pas empêché le Conseil constitutionnel de remplir son office : celui de rappeler aux représentants du peuple que la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »^{Note 33}. De ce point de vue, les dispositions de l'article 34 de la Constitution, qui prévoient qu'il appartient à la loi de fixer les garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques, ainsi que l'état et la capacité des personnes et les régimes matrimoniaux, ne donnent pas compétence au législateur pour faire tout ce qu'il souhaite : son pouvoir reste soumis, et c'est heureux, aux règles découlant des exigences constitutionnelles.

22. - Au demeurant, la circonstance que l'altérité des époux et celle des parents constituent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ne fait aucunement obstacle à ce qu'une loi autorisant le mariage entre personnes de même sexe soit un jour adoptée : elle impose seulement que la Constitution soit préalablement révisée. C'est ainsi que les lois relatives à la promotion de la parité entre hommes et femmes pour l'accès aux mandats électoraux et aux fonctions électives, censurées par le Conseil constitutionnel en 1982 et en 1999, ont fini par aboutir à la suite d'une révision de la Constitution du 28 juin 1999^{Note 34}. Rien de choquant à cela : comme l'énonçait l'article 28 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen précédant la Constitution du 24 juin 1793 : « *Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures* ». Mais il est aussi essentiel que certaines dispositions, qui par leur nature et leur importance revêtent un caractère constitutionnel, ne puissent être modifiées par une majorité politique éphémère et contingente. Tel est le cas des principes de l'altérité sexuelle des époux et de celle des parents, qui ne peuvent être modifiés sans une révision de la Constitution.

23. - Afin de prévenir la crainte d'un « gouvernement des juges », il semble d'ailleurs que le Conseil constitutionnel devrait persister dans son attitude de réserve quant à « l'interprétation progressiste » des dispositions constitutionnelles que certains appellent de leurs vœux en se fondant sur des exemples étrangers^{Note 35}. Outre que la notion de « progrès » est en la matière essentiellement subjective, il existe en droit français une procédure spécifiquement dédiée à l'adaptation de la Constitution : celle de son article 89, qui fixe les règles relatives à sa révision. Si le président de la République souhaite maintenir son projet d'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe, il dispose de l'entière faculté de le soumettre au Parlement réuni en Congrès ou au peuple par référendum.

24. - « Il ne faut toucher aux lois que d'une main tremblante »... Qu'il nous soit permis d'ajouter : surtout en matière de droit du mariage et de la filiation.

Note 1 Cette citation est parfois attribuée à Montesquieu, ce qui n'en amoindrirait pas la pertinence.

Note 2 V. not. F. Dekeuwer-Défossez, *L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille* : Rev. Lamy dr. civ. nov. 2012, p. 55 ; J. Hauser, *Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille* : JCP G 2012, doct. 1185 ; J. Casey, *Quel avenir pour le mariage ?* : Gaz. Pal. 15 sept. 2012, p. 9 ; A. Posez, *Le mariage pour tous, ou l'impossible égalité* : D. 2012, p. 2616 ; G. Marraud des Grottes, *Ingénierie familiale* : Rev. Lamy dr. civ. nov. 2012, p. 3.

Note 3 P. Delvolvé, *Mariage : un homme, une femme* : Le Figaro 8 nov. 2012, p. 17 ; V. égal. L. Sertor, « Non, ils ne le peuvent pas ! » : D. 2012, p. 1321.

Note 4 Ph. Houillon, *Homofiliation et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, sur son blog d'information en ligne : <http://depute-philippehouillon.fr/?p=715>.

Note 5 V. par ex. L. Candide, *Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français* : Gaz. Pal. 4 oct. 2012, p. 7.

Note 6 Cons. const., déc., n° 71-44 16 juill. 1971 DC, *Liberté d'association* : Rec. Cons. const. 1971, p. 29 ; Rec. jurispr. const. 1971, I, p. 24.

Note 7 CE, ass., 11 juill. 1956, *Amicale des Annamites de Paris* : Rec. Cons. const. 1956, p. 317 ; AJ 1956, II, p. 400, chron. J. Fournier et G. Braibant.

Note 8 Le Conseil d'État a, postérieurement à la décision *Liberté d'association* du Conseil constitutionnel, reconnu un autre PFRLR en vertu duquel il ne peut y avoir d'extradition pour un motif politique (CE, ass., 3 juill. 1996, *Koné* : RFDA 1996, p. 882).

Note 9 Cons. const., déc., n° 62-20, 6 nov. 1962 DC, *Loi référendaire* : Rec. Cons. const. 1962, p. 27 ; Rec. jurispr. const. 1962, I, p. 11.

Note 10 L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* : Dalloz, 14e éd., 2007, n° 18, § 31.

Note 11 J.-E. Schoettl, *Constitutionnalité de la loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux* : AJDA 1999, p. 149.

Note 12 V. not. F. Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil* : RTD civ. 1982, p. 255.

Note 13 P. Delvolvé, art. préc., note (3).

Note 14 Cass. civ., 6 avr. 1903 : DP 1904, I, p. 396.

Note 15 J. Carbonnier, *Droit civil. La famille* : PUF, *Thémis*, 20e éd., 1999, p. 368.

Note 16 Cass. civ., 6 avr. 1903, préc. note (14) : dans cette affaire, un époux demandait que soit constatée la nullité de son mariage en raison de l'impuissance de sa femme, dépourvue d'organes génitaux internes, mais présentant toutes les apparences extérieures du sexe féminin. La Cour cassa l'arrêt de la cour d'appel, qui avait fait droit à la demande de l'époux, au motif que l'existence du mariage est subordonnée à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et différent de celui de l'autre conjoint, ces conditions étant nécessaires et suffisantes, tandis que le défaut, la faiblesse ou l'imperfection de certains des organes caractéristiques du sexe est sans influence possible sur la validité du mariage.

Note 17 V. not. Cass. Ire civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627 : *JurisData* n° 2007-037901 ; *GAJ civ.*, 12e éd., 2007, n° 32 ; *JCP G* 2007, act. 136, obs. Y. Favier ; *Dr. famille* 2007, comm. 76, note M. Azavant ; D. 2007, p. 1389, rapp. G. Pluyette ; p. 1395, note E. Agostini ; p. 935, obs. I. Gallmeister ; p. 1375, point de vue H. Fulchiron ; p. 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJF* 2007, p. 227, obs. F. Chenedé ; *RTD civ.* 2007, p. 287, obs. J.-P. Marguénaud ; p. 315, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2008, p. 438, obs. P. Deumier.

Note 18 *Le Code civil*, in P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire, t. II, La nation* : Gallimard, 1986, p. 293.

Note 19 Cons. const., déc., n° 99-419 9 nov. 1999 DC, § 59 : *Journal Officiel* 16 Novembre 1999 ; Rec. Cons. const. 1999, p. 116.

Note 20 Cons. const., déc., n° 2010-92 28 janv. 2011 QPC : *Journal Officiel* 29 Janvier 2011, p. 1894.

Note 21 *Cons. const., déc., n° 2010-39 6 oct. 2010 QPC : Journal Officiel 7 Octobre 2010 ; Rec. Cons. const. 2010, p. 264.*

Note 22 V. par ex. X. Dupré de Boulois, D. Roman, *Le mariage, Napoléon et la Constitution : Le Figaro 19 nov. 2012, p. 20.*

Note 23 *Cons. const., déc., n° 2010-39 6 oct. 2010 QPC, § 8 : Journal Officiel 7 Octobre 2010 ; Rec. Cons. const. 2010, p. 264.*

Note 24 *Cons. const., déc., n° 2010-92 28 janv. 2011 QPC, § 8 : Journal Officiel 29 Janvier 2011, p. 1894.*

Note 25 X. Dupré de Boulois, *Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit : Rev. Droits et libertés fondamentaux 2012, chron. 23.*

Note 26 *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, op. cit. note (10).*

Note 27 *Cons. const., déc., n° 80-119 22 juill. 1980 DC : Journal Officiel 24 Juillet 1980 ; Rec. Cons. const. 1980, p. 46.*

Note 28 *Cons. const., déc., n° 86-224 23 janv. 1987 DC : Journal Officiel 25 Janvier 1987 ; Rec. Cons. const. 1987, p. 8.*

Note 29 *Cons. const., déc., n° 89-256 25 juill. 1989 DC : Journal Officiel 28 Juillet 1989 ; Rec. Cons. const. 1989, p. 53.*

Note 30 *Cons. const., déc., n° 2002-461 29 août 2002 DC : Journal Officiel 10 Septembre 2002 ; Rec. Cons. const. 2002, p. 204.*

Note 31 *Cons. const., déc., n° 2011-157 5 août 2011 QPC : Journal Officiel 6 Aout 2011, p. 13476.*

Note 32 Il en est ainsi des droits de la défense et de la liberté individuelle, initialement PFRLR (*Cons. const., déc., n° 76-70 2 déc. 1976 DC : Journal Officiel 7 Décembre 1976 ; Rec. Cons. const. 1976, p. 39. - Cons. const., déc., n° 76-75 12 janv. 1977 DC : Journal Officiel 13 Janvier 1976 ; Rec. Cons. const. 1977, p. 33*), mais dorénavant rattachés à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (*Cons. const., déc., n° 2006-535 30 mars 2006 DC : Journal Officiel 2 Avril 2006 ; Rec. Cons. const. 2006, p. 50. - Cons. const., déc., n° 2006-540 27 juill. 2006 DC : Journal Officiel 3 Aout 2006 ; Rec. Cons. const. 2006, p. 88*) et à l'article 66 de la Constitution.

Note 33 *Cons. const., déc., n° 85-197 23 août 1985 DC, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie : Journal Officiel 24 Aout 1985 ; Rec. Cons. const. 1985, p. 70.*

Note 34 *Cons. const., déc., n° 82-146 18 nov. 1982 DC, Quotas par sexe I : Journal Officiel 19 Novembre 1982 ; Rec. Cons. const. 1982, p. 66. - Cons. const., déc., n° 99-407 14 janv. 1999 DC, Quotas par sexe II : Journal Officiel 20 Janvier 1999 ; Rec. Cons. const. 1999, p. 21.*

Note 35 V. not. X. Dupré de Boulois et D. Roman, *op. cit. note (22).*