

Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille

Adeline GOUTTENOIRE - Professeur à la Faculté de droit et de science politique de Bordeaux, Directrice du CERFAP et de l'Institut des mineurs

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 39 (DOSSIER : LA CONSTITUTION ET LE DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE) - AVRIL 2013

Résumé : L'évolution de la protection des droits fondamentaux depuis la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a aussi bénéficié au droit des personnes et de la famille, ce qui rend l'analyse comparée des décisions rendues par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme en cette matière particulièrement opportune. Entre 2010 et 2012, la plupart des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille trouve en effet leur équivalent dans une décision de la Cour EDH. L'étude, qui porte sur six groupes de décisions concernant le mariage entre personnes de même sexe, la lutte contre les mariages blancs, la pension de réversion du conjoint survivant^[1], l'adoption de l'enfant de la concubine, l'accouchement sous X et les expertises génétiques, révèle la cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille.

L'évolution de la protection des droits fondamentaux depuis la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a aussi bénéficié au droit des personnes et de la famille, ce qui rend l'analyse comparée des décisions rendues par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) en cette matière particulièrement opportune puisqu'ils procèdent désormais tous deux, à l'occasion de l'application de la loi ⁽¹⁾, à un examen de la conformité des textes aux dispositions supra-législatives assurant la protection des droits fondamentaux.

Il faut cependant préciser que le Conseil constitutionnel avait déjà élaboré, avant l'entrée en scène de la QPC, une jurisprudence nourrie en droit de la famille ⁽²⁾. Toutefois, comme le fait remarquer, de manière générale, un auteur, « *l'introduction et le succès de la QPC ont considérablement augmenté les points de contact* » ⁽³⁾. La question de savoir si la QPC ne pourrait pas devenir une voie de recours à épuiser avant de saisir la Cour EDH a même été posée ⁽⁴⁾. Il semble cependant qu'en l'état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la QPC ne satisfait pas toutes les conditions pour être qualifiée de voie de recours disponible et efficace ⁽⁵⁾.

Entre 2010 et 2012, la plupart des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille trouvent leur équivalent dans une décision de la Cour EDH. L'étude proposée porte sur six groupes de décisions concernant le mariage entre personnes de même sexe ⁽⁶⁾, la lutte contre les mariages blancs ⁽⁷⁾, la pension de réversion du conjoint survivant ⁽⁸⁾, l'adoption de l'enfant de la concubine ⁽⁹⁾, l'accouchement sous X ⁽¹⁰⁾ et les expertises génétiques ⁽¹¹⁾. Chacun des groupes contient une décision du Conseil constitutionnel et une ou plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la même question.

L'étude des différentes décisions révèle la cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille : celle-ci se manifeste par l'équivalence des positionnements adoptés par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme (I), la communauté des notions utilisées par les deux juridictions ⁽¹²⁾ (II) et enfin par l'identité des solutions auxquelles ils aboutissent (III).

I - Des positionnements équivalents

Il s'agit de s'intéresser à la position institutionnelle adoptée par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de la protection des droits et libertés fondamentaux relatifs aux personnes et à la famille en étudiant d'abord la manière dont chacun d'entre eux tient compte des décisions rendues par l'autre sur les questions communes (A) et ensuite la manière dont ils conçoivent l'un et l'autre leur office dans le domaine étudié (B).

A - Les références mutuelles

Le croisement des sources d'inspiration entre les deux juridictions pourrait constituer le signe d'une certaine influence réciproque.

La plupart des dossiers documentaires attachés aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel contiennent les arrêts de la Cour européenne relatifs à la question traitée, ce qui traduit bien la volonté de celui-ci de procéder à un contrôle qui s'articule avec celui opéré par la Cour EDH.

On notera, en outre, que dans la partie *Droit pertinent* de l'arrêt rendu par la Cour EDH *Gas et Dubois* du 15 mars 2012, est citée, et résumée, la décision du Conseil constitutionnel français du 6 octobre 2010 relatif à l'adoption de l'enfant de la concubine. Parmi les décisions de la Cour européenne examinées dans le cadre de cette étude, c'est cependant la seule référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Toutefois, cette référence, aujourd'hui exceptionnelle, pourrait être généralisée avec la multiplication des décisions du Conseil constitutionnel intervenant avant la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme, compte tenu de la priorité d'examen de la QPC sur le grief d'inconventionnalité.

Cependant, la prise en compte par la Cour EDH des décisions du Conseil constitutionnel ne s'inscrit, en réalité, pas dans une démarche similaire à celle adoptée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il se réfère aux décisions du juge de Strasbourg. La prise en compte, par cette dernière, de la décision du Conseil constitutionnel rendue dans l'affaire qui lui est soumise, n'est pas le signe de l'influence que les décisions du Conseil pourraient avoir sur les juges européens. L'intégration de ces dernières décisions dans le Droit pertinent participe davantage de l'examen des différents éléments constitutifs de l'atteinte invoquée par le requérant dont la décision du Conseil constitutionnel fait partie. Ainsi, dans l'arrêt *Gas et Dubois*, la décision du Conseil constitutionnel est abordée comme l'une des manifestations du refus des autorités françaises de rejeter l'adoption de l'enfant de la concubine.

B - La limitation de l'office du juge

Le Conseil constitutionnel, comme la Cour EDH, accorde une place essentielle au cantonnement de leur mission. Le premier rappelle, dans quasiment toutes les décisions étudiées, qu'il ne saurait se substituer au législateur dans les domaines de compétence de ce dernier, tandis que la seconde, face à la plupart des questions complexes posées par l'évolution de la société, rappelle qu'elle doit fonder son analyse sur une interprétation consensuelle.

Ainsi, dès lors que la Cour EDH, dans l'arrêt *Schalk et Kopf* du 24 juin 2010, constate qu'aucun consensus ne se dégage parmi les États membres du Conseil de l'Europe sur la question du mariage homosexuel [\(13\)](#), il était logique qu'elle reconnaisse aux États une large marge d'appréciation à propos de l'accès au mariage des couples de même sexe. La Cour souligne que les autorités nationales sont mieux placées pour apprécier les besoins sociaux en la matière et pour y répondre, le mariage ayant des connotations sociales et culturelles profondément ancrées qui diffèrent largement d'une société à l'autre. Il n'est cependant pas exclu que, comme elle l'a d'ailleurs fait dans le passé à propos du changement de sexe des personnes transsexuelles [\(14\)](#), la Cour modifie sa jurisprudence si dans l'avenir un consensus européen se dégage en faveur du mariage homosexuel.

La subsidiarité est également omniprésente dans les décisions du Conseil constitutionnel, particulièrement en droit des personnes et de la famille [\(15\)](#). Dans sa décision du 28 janvier 2011, relative au mariage homosexuel, il refuse prudemment [\(16\)](#) de sortir du rôle que lui a conféré la Constitution et incite le législateur à assumer ses responsabilités pour ce qui est de la définition du mariage. Il rappelle qu'il ne dispose, quant à lui, d'aucun « *pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* », sa compétence se limitant seulement « *à se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». Selon le Conseil, la différence de sexe relève de la définition même du mariage, pour laquelle le législateur est seul compétent, en vertu des dispositions mêmes de la Constitution. Il suggère cependant que le législateur pourrait modifier la définition du mariage qui résulte aujourd'hui des textes du code civil.

Dans le même sens, dans sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel laisse au législateur la responsabilité de décider s'il faut, ou non, aligner le régime de l'adoption de l'enfant du concubin sur celui de l'adoption de l'enfant du conjoint.

C'est une large marge d'appréciation, et l'absence de consensus qui la fonde, qui a aussi permis à la Cour EDH d'admettre la conventionnalité de l'accouchement sous X à la française dans les arrêts *Odièvre* et *Kearns c/ France*. Reprenant un raisonnement similaire [\(17\)](#), le Conseil constitutionnel dans la décision relative à l'accouchement sous X affirme qu'« *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant* ».

II - La communauté des règles

Si la Cour EDH et le Conseil constitutionnel fondent leurs décisions sur des *corpus* de règles différents, la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) pour l'une et le bloc de constitutionnalité pour l'autre, il apparaît qu'en réalité les règles mises en oeuvre sont les

mêmes (18). Dans les décisions qui font l'objet de cette étude, trois droits ou libertés communes sont en effet utilisés par les deux juridictions : la liberté ou le droit de se marier (A), le droit au respect de la vie familiale (B) et le droit au respect de la vie privée (C).

Il faut préciser que le droit aux biens fonde pour partie l'une des décisions du Conseil constitutionnel (19) mais la Cour européenne n'en fait pas état dans les décisions étudiées. Elle a cependant parfois utilisé ce fondement en droit de la famille dans certains arrêts relatifs aux droits successoraux des enfants selon la nature de leur filiation (20). En outre, après que la Cour EDH eut condamné la France en raison de la violation de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention EDH (atteinte au droit aux biens) par l'article 1^{er}, I, al. 4, de la loi du 4 mars 2002 qui faisait application immédiate du dispositif anti perruche (21), le Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre d'une QPC, l'a abrogé pour violation du principe de « garantie des droits » de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (22).

A - Le droit ou la liberté de se marier

L'article 12 de la Convention EDH consacre un droit au mariage tandis que le Conseil constitutionnel considère que la liberté du mariage constitue une composante de la liberté personnelle, résultant des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (23). Malgré une approche formelle différente, il s'agit bien dans les deux cas de consacrer l'accès au mariage.

Nonobstant la formulation de l'article 12 qui pouvait s'interpréter comme garantissant le droit de se marier tel que défini par les législations nationales, la Cour EDH a dégagé un droit au mariage au sens de la Convention (24).

Les décisions relatives au mariage permettent de s'interroger sur l'applicabilité de ce droit aux couples de même sexe. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche* du 24 juin 2010, la Cour EDH admet que « *pris isolément, les mots de l'article 12 peuvent être interprétés comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou deux femmes* » et considère désormais que dès lors qu'il est admis par le droit interne, le mariage homosexuel relève de l'article 12 de la Convention.

Le Conseil constitutionnel n'a pas encore, par hypothèse, été confronté à la même question puisque le mariage homosexuel n'est, à ce jour, pas admis en France. Il pourrait cependant être saisi, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la probable loi à venir sur le mariage entre personnes de même sexe, de la question de savoir si la liberté matrimoniale constitutionnellement garantie est applicable au mariage des couples de même sexe. Il semble qu'une réponse positive peut être déduite de sa décision du 28 janvier 2011 dans laquelle il affirme que la liberté matrimoniale en tant que valeur constitutionnelle protège le mariage tel que défini par le législateur. En laissant au législateur le soin de déterminer les conditions du mariage, il paraît admettre que le mariage entre personnes de même sexe relèverait, le cas échéant, du champ d'application de la liberté matrimoniale constitutionnellement garantie. Si par exemple l'accès des couples de même sexe au mariage, ou les effets de ce mariage pour cette catégorie d'époux, étaient différents du régime applicable aux couples hétérosexuels, il serait alors possible d'invoquer la liberté matrimoniale pour fonder un recours devant le Conseil constitutionnel.

B - La vie familiale

La notion de vie familiale est au coeur des douze décisions faisant l'objet de l'étude. Le droit au respect de la vie familiale, contenu dans l'article 8 de la Convention EDH, trouve son équivalent dans le droit de mener une vie familiale normale consacré par le Conseil constitutionnel à partir du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel : « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » (25). Dans les décisions récentes, la Cour européenne et le Conseil constitutionnel oeuvrent de concert pour étendre la notion de vie familiale.

L'un et l'autre considèrent, d'abord, dans les décisions relatives à l'adoption de l'enfant de la concubine, que les relations entre l'enfant et la compagne de sa mère relèvent de la vie familiale. Dans sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel accepte en effet d'examiner si l'impossibilité pour une concubine d'adopter l'enfant de sa compagne constitue une atteinte au droit à une vie familiale normale ; or, pour répondre à cette question, le Conseil constitutionnel, sans le formuler clairement, admet que la relation de l'enfant avec le concubin de son père ou de sa mère qui participe à sa prise en charge, constitue bien une « vie familiale ». Dans sa décision de recevabilité *Gas et Dubois* du 31 août 2010, la Cour EDH reconnaît, dans la même situation, que les relations entre les requérantes et l'enfant s'analysent en une « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention. Dans sa décision au fond, la Cour européenne confirme cette solution qui constitue une avancée notable dans la reconnaissance de la famille homosexuelle. La Cour EDH, dans l'arrêt du 15 mars 2012, fonde toutefois également son raisonnement sur le droit au respect de la vie privée, ce qui peut paraître à la fois discutable et superfétatoire (26).

La Cour européenne comme le Conseil constitutionnel reconnaissent également qu'un couple de personnes de même sexe relève du champ d'application de la vie familiale, ce qui constitue une progression commune remarquable. La juridiction européenne a été la première, dans l'arrêt *Schalk et Kopf*, à admettre qu'une relation entre deux personnes de même sexe peut être qualifiée de vie familiale. Jusqu'alors une telle

relation n'était en effet incluse que dans la notion de vie privée de l'article 8 de la Convention (27). Mais la Cour européenne constate l'évolution dans de nombreux États européens des attitudes sociales envers les couples du même sexe et la reconnaissance légale accordée aux couples homosexuels dans un nombre important d'États membres. La Cour, procédant à une interprétation à la fois évolutive et consensuelle de la notion de vie familiale, en déduit « *qu'il est artificiel de maintenir le point de vue que, au contraire des couples de sexe opposé, un couple du même sexe ne pourrait pas avoir de « vie de famille » au sens de l'article 8* ».

Dans sa décision relative au mariage homosexuel du 28 janvier 2011, le Conseil constitutionnel emboîte le pas à la Cour EDH, l'arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche* du 24 juin 2010 étant d'ailleurs cité dans le dossier documentaire du Conseil constitutionnel accompagnant la décision. L'analyse du juge constitutionnel dans cette décision sous-entend en effet, à l'évidence, que le couple homosexuel bénéficie du droit à une vie familiale normale.

C - La vie privée

Dans les décisions relatives à l'accouchement sous X et aux expertises génétiques, le Conseil constitutionnel s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la Cour européenne en admettant que le droit de connaître ses origines relève du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (28).

En effet, la Cour EDH, dans les décisions relatives à la revendication d'un enfant né sous X de connaître l'identité de sa mère (29) comme dans les décisions relatives à l'expertise génétique sur une personne décédée (30), intègre le droit de connaître son ascendance dans le champ d'application de la notion de « vie privée » ; elle précise que ce dernier englobe des aspects importants de l'identité personnelle, dont l'identité des géniteurs fait partie (31).

Dans sa décision du 12 mai 2012 relatif à l'accouchement anonyme, le Conseil constitutionnel vise également le droit à la vie privée pour fonder son analyse relative au droit de connaître ses origines. Dans sa décision du 30 septembre 2011, il a également répondu à la question de savoir si l'impossibilité pour le requérant d'obtenir une expertise sur le corps de son prétendu géniteur était contraire au droit au respect de la vie privée, admettant ainsi que le droit de connaître ses origines relève du champ d'application du droit au respect de la vie privée.

On notera que le Conseil constitutionnel accepte dans ces décisions d'envisager aussi cette atteinte au regard du droit de mener une vie familiale normale, ce qui distingue son analyse de celle de la Cour EDH qui exclut le droit au respect de la vie familiale comme fondement du droit de connaître ses origines (32). Elle précise même dans l'arrêt *Jaggi* que « *la Cour n'est pas appelée à déterminer si la procédure visant le lien de filiation entre le requérant et son père présumé relève de la « vie familiale » au sens de l'article 8, puisqu'en tout état de cause le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d'application de la notion de « vie privée* » ».

III - Des solutions quasi-identiques

La communauté des règles, comme l'équivalence des positionnements, du Conseil constitutionnel et de la Cour EDH, leur permettent d'aboutir, à une exception près, à une identité des solutions, qu'il s'agisse de l'absence d'égalité des couples (A), de la protection relative de la liberté matrimoniale (B), de la portée réduite de la reconnaissance de la vie familiale (C) ou encore des limitations du droit au respect de la vie privée (D).

A - L'absence d'égalité entre les couples

La question de l'égalité des couples est centrale tant dans la jurisprudence de la Cour européenne que dans celle du Conseil constitutionnel relative aux personnes et à la famille. L'argument de la discrimination entre les couples selon leur statut ou selon qu'ils sont de même sexe ou de sexe différent, a cependant été rejeté dans toutes les décisions, au motif principal du défaut de situation analogue.

La Cour européenne, comme le Conseil constitutionnel, considèrent en effet qu'une discrimination n'est caractérisée qu'en cas de différence de traitement dans des situations analogues ou identiques. Le Conseil, dans sa décision relative à l'adoption de l'enfant de la concubine comme dans celle relative au mariage homosexuel, affirme que les couples de même sexe ne sont pas dans la même situation que les couples de sexe différent. À partir de cette analyse, il a beau jeu de conclure « *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* ».

Le même raisonnement est repris par la Cour EDH dans l'arrêt *Serife Yigit c/ Turquie* du 2 novembre 2010 à propos des avantages réservés aux

couples mariés. Rappelant que « l'article 14 n'empêche pas une différence de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention », la Cour considère que le mariage demeure une institution largement reconnue comme conférant un statut particulier à ceux qui s'y engagent et admet les privilèges dont bénéficient les personnes mariées, que ce soit au cours du mariage ou après sa dissolution, notamment par le décès d'un des époux. Dans l'arrêt *Serife Yigit*, la Cour n'hésite pas à affirmer que la différence de traitement existant en matière de prestations de survivants entre conjoints et personnes non mariées poursuit un but légitime et s'appuie sur une justification objective et raisonnable, à savoir la protection de la famille traditionnelle fondée sur les liens du mariage.

La Cour européenne affirme en outre, dans le même arrêt, que lorsqu'un État choisit d'accorder aux couples de même sexe une autre forme de reconnaissance que le mariage, il n'est pas tenu de leur conférer un statut analogue sur tous les points. Elle considère que cette question « doit (...) continuer à être regardée comme un de ces droits évolutifs ne faisant pas l'objet d'un consensus et où les États doivent donc jouir d'une marge d'appréciation quant au moment où seront introduites des évolutions législatives ». Autrement dit, la Cour reconnaît la différence de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, mais refuse de la qualifier de discrimination notamment parce qu'il existe un consensus européen pour l'admettre (33). Elle procède selon le même raisonnement dans l'arrêt *Gas et Dubois* dans lequel elle affirme que « la marge d'appréciation dont jouissent les États pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement est d'ordinaire ample lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale » (34).

Dans sa décision du 29 juillet 2011 relative à la pension de réversion, le Conseil constitutionnel affirme « qu'à la différence des époux, les concubins ne sont légalement tenus à aucune solidarité financière à l'égard des tiers ni à aucune obligation réciproque » et précise que le régime du mariage a pour objet non seulement d'organiser les obligations personnelles, matérielles et patrimoniales des époux pendant la durée de leur union, mais également d'assurer la protection de la famille, et que ce régime assure aussi une protection en cas de dissolution du mariage. Le Conseil constitutionnel « se livre à une confrontation des trois formes de vie en couple » (35) et déduit de la spécificité du mariage que l'octroi d'une pension de réversion dans ce seul cadre ne porte pas atteinte au principe d'égalité.

Les privilèges dont peuvent bénéficier les couples ayant souscrit un engagement public autre que le mariage a également été justifié par les deux juridictions. Ainsi, dans sa décision relative au PACS de 1999 (36), le Conseil constitutionnel admet que le législateur puisse « 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 ; que, contrairement aux personnes vivant en concubinage, les partenaires d'un tel pacte sont assujettis à certaines obligations ; qu'ils se doivent, en particulier, « une aide mutuelle et matérielle » ; que cette différence de situation justifie, au regard de l'objet de la loi, la différence de traitement critiquée entre personnes vivant en concubinage et personnes liées par un pacte civil de solidarité ».

Dans l'arrêt *Burden c/ Royaume-Uni* du 29 avril 2008, la grande chambre de la Cour EDH considère dans le même sens que les avantages dont bénéficie le couple uni par un engagement public sont justifiés par le fait qu'en « l'absence d'un tel accord juridiquement contraignant (...) la relation de cohabitation, malgré sa longue durée, est fondamentalement différente de celle qui existe entre deux conjoints ou partenaires civils. »

L'absence d'égalité entre les couples est également reconnue par les deux juridictions à propos de l'adoption de l'enfant de la concubine. Le Conseil constitutionnel refuse ainsi d'analyser comme une discrimination le fait de réserver aux époux la faculté d'une adoption au sein d'un couple. Il considère en effet que les couples mariés et ceux qui ne le sont pas ne sont pas placés dans la même situation et qu'en conséquence le législateur pouvait opérer entre eux une différence de traitement quant à l'adoption par l'un des membres du couple de l'enfant de l'autre. Dans le même domaine, dans l'arrêt *Gas et Dubois* de 2012, la Cour européenne rappelle que « le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent » et constate que « les requérantes ne sont pas dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés », et ce d'autant que l'article 12 ne fait pas obligation aux États de reconnaître aux homosexuels le droit de se marier (37).

On avait pu, sur ce point précis, craindre une discordance entre le Conseil constitutionnel et la Cour EDH puisque cette dernière avait considéré, dans l'arrêt *Emonet c/ Suisse* du 13 décembre 2007 (38), que la différence de régime entre l'adoption de l'enfant du conjoint et l'adoption de l'enfant du concubin « n'est plus forcément pertinent(e) de nos jours et qu'il convient d'aller vers une adoption par le concubin du parent de l'enfant qui ne fasse pas perdre à ce dernier ses droits à l'égard de son enfant ». L'arrêt *Gas et Dubois* a fait disparaître ce risque, ce dont il n'est pas certain qu'il faille se féliciter...

B - La protection relative de la liberté matrimoniale

À propos du contrôle des limitations de l'accès au mariage, la Cour EDH et le Conseil constitutionnel adoptent un raisonnement similaire

consistant à admettre ces limitations lorsqu'elles sont justifiées, mais seulement si elles ne portent pas atteinte à la substance même du mariage.

Dans sa décision du 22 juin 2012, le Conseil constitutionnel affirme que la liberté matrimoniale 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. Il considère que la liberté matrimoniale ne fait pas davantage 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. Il admet que la faculté d'opposition du ministère public fondée sur les articles 146, 176 et 180 du code civil ne porte pas atteinte à la liberté matrimoniale et que loin de méconnaître le principe de la liberté du mariage, ces dispositions tendent à en assurer la protection.

Dans le même sens, et toujours concernant les mariages dits « blancs », la Cour EDH affirme, dans l'arrêt *O'Donoghue et a. c/ Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, qu'un État contractant n'agit pas nécessairement en violation de l'article 12 lorsque, afin d'établir qu'une future union n'est pas un mariage de complaisance, il soumet à des conditions raisonnables la possibilité pour les ressortissants étrangers de se marier.

Toutefois, pour la Cour européenne comme pour le Conseil constitutionnel, la possibilité reconnue au législateur d'instaurer des modalités de lutte contre les mariages fictifs doit rester proportionnée et ne saurait aboutir à porter atteinte à la substance même du mariage. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il condamné les dispositions permettant d'ériger le seul caractère irrégulier du séjour de l'étranger en indice sérieux de l'absence de consentement et celles prévoyant le signalement à l'autorité préfectorale de la situation irrégulière d'un étranger accomplissant les formalités du mariage dans une décision du 20 novembre 2003 (39).

La Cour a abouti au même résultat dans l'arrêt *O'Donoghue* dans lequel elle considère que les conditions auxquelles le dispositif national soumettait la possibilité pour les ressortissants étrangers de se marier n'étaient pas raisonnables, le système de contrôle aboutissant à priver de l'exercice du droit au mariage toutes les personnes qui n'avaient pas l'autorisation d'entrer sur le territoire.

C - La portée réduite de la reconnaissance de la vie familiale

Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne se sont prononcés sur les exigences qui doivent découler de la reconnaissance d'une « vie familiale ».

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 6 octobre 2010, considère que l'impossibilité pour la concubine d'adopter l'enfant de sa compagne ne constitue pas une violation du droit de mener une vie familiale normale, car celui-ci n'implique pas le droit de traduire, par l'établissement d'une filiation adoptive, la relation de fait existant entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère (40). Le Conseil constitutionnel précise que l'impossibilité d'adopter l'enfant n'empêche pas le parent de l'enfant d'associer son concubin à la prise en charge de celui-ci. Dans l'arrêt *Gas et Dubois* de 2012, la Cour européenne ne répond pas à la question de savoir si, en soi, l'impossibilité pour la concubine d'adopter l'enfant de sa compagne constitue ou non une violation du droit au respect de la vie familiale, car elle place l'analyse sur le seul terrain de la discrimination.

La portée du droit de mener une vie familiale normale est également restreinte en matière de mariage entre personnes de même sexe. À l'argument selon lequel l'impossibilité pour un couple de même sexe d'accéder au mariage porterait atteinte au droit au respect de sa vie familiale, le Conseil constitutionnel affirme en effet, dans sa décision du 28 janvier 2011, que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe. La Cour européenne, se fondant sur l'absence de consensus européen, aboutit à une réponse similaire dans l'arrêt *Schalk et Kopf* puisque si elle considère que le couple homosexuel est constitutif d'une vie familiale, elle refuse d'en déduire un droit d'accès au mariage. À la question de savoir si la reconnaissance d'une vie familiale au bénéfice des couples de même sexe impliquait l'obligation positive pour les États de leur offrir un statut légal, la Cour européenne répond que si un consensus européen se fait jour quant à la reconnaissance des couples de même sexe, celle-ci n'est pas encore prévue dans une majorité des États. Elle en déduit qu'on ne peut reprocher à l'État autrichien de ne pas avoir adopté plus rapidement la loi sur le concubinage officiel au bénéfice des couples homosexuels.

Le Conseil constitutionnel semble moins rigoureux à cet égard. S'il considère en effet que le droit à une vie familiale normale n'impose pas la reconnaissance du mariage homosexuel, il justifie cette affirmation par la possibilité offerte, par le droit français, à ces couples, de bénéficier du cadre juridique du concubinage ou du pacte civil de solidarité. Le juge constitutionnel semble alors se montrer plus progressiste que le juge européen en ce qu'il paraît admettre que le droit de mener une vie familiale normale implique le droit pour les couples de même sexe de bénéficier d'un statut légal, alors que la Cour européenne leur dénie ce même droit.

D - Les limitations du droit de connaître ses origines

Dans les décisions concernant le droit de connaître ses origines, le Conseil constitutionnel, comme la Cour européenne, procèdent à la recherche d'un équilibre entre des intérêts divergents mais aboutissent, pour partie, à des solutions différentes.

Les deux juridictions suivent tout d'abord un raisonnement similaire à propos de la confrontation du droit de l'enfant de connaître ses origines avec l'accouchement dans l'anonymat.

La Cour européenne, dans les arrêts *Odièvre c/ France* et *Godelli c/ Italie*, oppose ainsi le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines et l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat. L'intérêt général n'est pas non plus absent du raisonnement de la Cour selon laquelle l'accouchement sous X s'inscrit notamment dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement. Le juge européen fait prévaloir le droit au secret de la mère en arguant de la réversibilité de ce secret organisée par la loi du 22 mars 2002. Le système français de l'accouchement sous X reste, selon la Cour européenne, dans les bornes de la marge d'appréciation qu'il convient, selon la Cour, de reconnaître à l'État dans un domaine « *complexe et délicat* ». Dans l'arrêt *Kearns* du 10 janvier 2008, saisie cette fois par la mère d'un enfant né sous X, la Cour européenne confirme son analyse en considérant que « *le délai [de rétractation] prévu par la législation française vise à atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause* ».

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 mai 2012 dont le dossier documentaire contient logiquement les arrêts *Gaskin* et *Odièvre* ⁽⁴¹⁾, affirme également « *qu'en garantissant ainsi un droit à l'anonymat et la gratuité de la prise en charge lors de l'accouchement dans un établissement sanitaire, le législateur a entendu éviter le déroulement de grossesses et d'accouchements dans des conditions susceptibles de mettre en danger la santé tant de la mère que de l'enfant et prévenir les infanticides ou des abandons d'enfants ; qu'il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé* ». En se fondant sur le même but légitime que la Cour européenne, il procède, comme elle, à un contrôle de proportionnalité dans lequel il prend en compte la réversibilité du secret sollicitée par la mère lors de l'accouchement. Il affirme ainsi qu'« *en permettant à la mère de s'opposer à la révélation de son identité (...) tout en ménageant, dans la mesure du possible, par des mesures appropriées, l'accès de l'enfant à la connaissance de ses origines personnelles, les dispositions n'ont pas porté atteinte au respect dû à la vie privée de l'enfant et à son droit de mener une vie familiale normale* ».

En matière d'expertise génétique sur une personne décédée, la Cour EDH et le Conseil constitutionnel, aboutissent, malgré un raisonnement similaire, à des solutions opposées. Tous deux opposent en effet dans ce domaine le droit de l'enfant de connaître ses origines et la paix des morts, rattachée à la vie privée de leur famille. Ainsi, dans l'arrêt *Jaggi c/ Suisse* du 13 juillet 2006 ⁽⁴²⁾, la Cour européenne confronte le droit de l'enfant de connaître son géniteur au droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt, au droit au respect des morts ainsi qu'à l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique. Dans sa décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, le Conseil constitutionnel constate dans le même sens « *qu'en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts* ». Toutefois, alors que la Cour européenne fait primer le droit de l'enfant de connaître ses origines dans l'arrêt *Jaggi c/ Suisse* et en déduit l'obligation pour les États de permettre à un individu d'accéder à la connaissance de ses origines génétiques, y compris par une expertise génétique sur une personne décédée ⁽⁴³⁾, le Conseil constitutionnel estime, quant à lui, qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain. Autrement dit, le Conseil considère que le législateur est en droit, sans porter atteinte à la Constitution, de préférer le respect des morts et du corps humain de la personne décédée au droit au respect de la vie privée et de la vie familiale des vivants.

⁽¹⁾ B. Mathieu, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence - Autorité - Conflits - Régulation », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 32, p. 45.

⁽²⁾ V. Larribau-Terneyre, « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz-LexisNexis, 2012, p. 259.

⁽³⁾ R. Tinière, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme : entre équivalence et complémentarité », *RFDA*, 2012, p. 621.

⁽⁴⁾ F. Sudre, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2009, p. 671 ; M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 32, p. 67.

⁽⁵⁾ F. Sudre, art. préc.

(6) Pour la Cour européenne : *Schalk et Kopf c/ Autriche*, 24 juin 2010 (*JCP*, 2010, n° 41, 1013, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud et p. 765, obs. J. Hauser ; *Constitutions*, 2010, p. 557, obs. L. Burgorgue-Larsen). Pour le Conseil constitutionnel : déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 (*RTD civ.*, 2011, p. 326, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.*, 2011, comm. n° 32, R. Ouedraogo ; *AJ fam.*, 2011, p. 157, obs. F. Chénédié).

(7) Pour la Cour européenne : *O'Donoghue et a. c/ Royaume-Uni*, 14 décembre 2010 (*JCP*, 2010, act. 1321, obs. C. Picheral). Pour le Conseil constitutionnel : déc. n° 2012-261 QPC du 22 juin 2012.

(8) Pour la Cour européenne : *Serife Yigit c/ Turquie*, 2 novembre 2010. Pour le Conseil constitutionnel : déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011 (*Dr. fam.*, 2011, comm. 163, obs. V. Larribau-Terneyre).

(9) Pour la Cour européenne : *Gas et Dubois c/ France*, 31 août 2010 (déc.) ; *Gas et Dubois c/ France*, 15 mars 2012 (*JCP*, 2012, p. 961, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre). Pour le Conseil constitutionnel : déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 (*JCP*, 2010, p. 2158, obs. A. Gouttenoire et Radé ; *RTD civ.*, 2010, p. 776, obs. J. Hauser ; *Constitutions*, 2011, p. 75, obs. P. Chevalier) ; P. Chevalier, « En arithmétique fondamentale : 8+14 (Conv. EDH) feront-ils un jour 365 (Code civil) ? L'adoption simple par un couple homosexuel en question(s) », *Constitutions*, 2011, p. 79.

(10) Pour la Cour européenne : *Odièvre c/ France*, 13 février 2003 (*JCP*, 2003, II, 10049, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTD civ.*, 2003, p. 276, obs. J. Hauser et p. 375, obs. J.-P. Marguénaud) ; *Kearns c/ France*, 10 janvier 2008 ; *Godelli c/ Italie*, 25 septembre 2012. Pour le Conseil constitutionnel : déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 (*RTD civ.*, 2012, p. 520, obs. J. Hauser ; *JCP*, 2012, p. 1465, obs. Y. Favier ; *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2012-17, obs. G. Vial).

(11) Pour la Cour européenne : *Jaggi c/ Suisse*, 13 juillet 2006 (*RTD civ.*, 2006, p. 727, obs. J.-P. Marguénaud). Pour le Conseil constitutionnel : déc. n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011 (*Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2011-16, obs. G. Vial).

(12) Pour faciliter le propos nous utiliserons le terme de juridiction pour désigner la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel même si cette qualification peut être et a été discutée à propos du Conseil constitutionnel.

(13) La Cour note en effet qu'« à ce jour, pas plus de six sur quarante-sept États parties à la Convention autorisent un tel mariage ».

(14) CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume Uni* : F. Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (GACEDH), PUF, 2011, comm. n° 45.

(15) J.-F. de Montgolfier, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ fam.*, 2012, p. 578.

(16) J. Hauser, obs. préc. sous Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

(17) Y. Favier, obs. préc. sous Cons. Const., déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *JCP*, 2012, p. 1465.

(18) M. Guillaume, art. préc.

(19) Cons. const., déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011 relative à la pension de réversion.

(20) CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France*, *JCP*, 2000, II, 10286, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTD civ.*, 2000, p. 311, obs. J. Hauser ; *RTD civ.*, 2000, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud.

(21) CEDH, GC, 6 octobre 2005, *Draon c/ France* et *Maurice c/ France* : *JCP*, 2006, II, 10062, note A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon ; *Resp. civ. et assur.*, 2005, comm. 327, obs. C. Radé.

(22) Cons. const., déc. n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *M^{me} Viviane L.* : *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2010, p. 2-3, note Larribau-Terneyre.

(23) Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *RFDA*, 1993, p. 871, note B. Genevois ; *Rev. Crit. DIP*, 1994, 1, étude D. Turpin (fondée sur la liberté individuelle) ; déc. n° 2012-261 QPC du 22 juin 2012.

(24) *GACEDH*, p. 546 et s.

(25) Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

(26) A. Gouttenoire et F. Sudre, obs. préc.

(27) La Cour avait cependant sous-entendu que la relation stable entre deux personnes homosexuelles vivant ensemble pourrait être qualifiée de vie familiale dans l'arrêt *Kozak c/ Pologne*, 3 mars 2010, *GACEDH*, comm. n° 49.

(28) Cons. const., déc. n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 ; n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 (*D*, 2000, p. 422, obs. L. Marinon ; *RTD civ.*, 1999, p. 724, obs. N. Molfessis) ; n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

(29) CEDH, *Odièvre c/ France* et *Godelli c/ Italie*.

(30) CEDH, *Jäggi c/ Suisse* ; *Pascaud c/ France*, 16 juin 2011 ; *Menendez Garcia c/ Espagne*, 5 mai 2009.

(31) CEDH, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989 ; *Odièvre c/ France*, 13 février 2003 et *Mikulic c/ Croatie*, 7 février 2002, repris dans *Godelli c/ Italie* du 25 septembre 2012.

(32) Notamment *Odièvre* dans lequel elle considère que l'absence totale de volonté de la mère d'établir un lien avec l'enfant qu'elle a abandonné ne permet pas de rattacher la question de l'accès de l'enfant à l'identité de sa mère au droit au respect de la vie familiale.

(33) Il faut noter que cette fois la décision a été rendue seulement à quatre voix contre trois.

(34) A. Dionisi-Peyruse, « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant du concubin homosexuel et au »tourisme procréatif" », *D*, 2012, p. 1241.

(35) V. Larribau-Terneyre, art. préc.

(36) Cons. const., déc. n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *RFD constit.*, 2000, p. 104, obs. S. Garneri ; *RTD civ.*, 2000, p. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Dr. fam.*, 1999, p. 46, obs. G. Drago.

(37) CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, *JCP*, 2010, n° 41, 1013, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud.

(38) *JCP*, 2008, I, 110, obs. F. Sudre ; *AJ fam.*, 2008, p. 76, obs. F. Chénéde.

(39) Cons. const., déc. 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*, *D*, 2003, p. 1405, obs. O. Lecuq.

(40) J.-F. de Montgolfier, obs. préc.

(41) Et aussi plus curieusement *Bensaid c/ Royaume-Uni*, 6 février 2001.

(42) *RTD civ.*, 2006, p. 727, obs. J.-P. Marguénaud.

(43) Il faut cependant préciser que l'arrêt *Menendez Garcia c/ Espagne* du 5 mai 2009 nuance quelque peu les exigences du juge européen lorsqu'il s'agit seulement d'une demande émanant la petite-fille de la personne décédée.