



**NOMOS**

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato  
e storia costituzionale

## LE MARIAGE HOMOSEXUEL EN FRANCE, LA TRADITION RÉPUBLICAINE ET LES QUESTIONS DE SOCIÉTÉ

par Maria Rosaria Donnarumma \*

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les conditions de leur reconnaissance. – 3. La compétence du législateur ordinaire et les questions de société. – 4. Les règles de droit international privé, la validation des mariages antérieurs, l'application de l'article 38 de la Constitution. – 5. Considérations conclusives. Bref aperçu de droit comparé.

### 1. Introduction.

La décision du Conseil constitutionnel n° 2013-669 DC du 17 mai 2013<sup>1</sup>, même en faisant abstraction du cas d'espèce (ouverture du mariage aux couples homosexuels), revêt une importance particulière, car elle confirme une ligne jurisprudentielle consolidée sur deux thèmes de grand intérêt : les conditions pour dégager un « principe fondamental reconnu par les lois de la République » et la compétence du législateur ordinaire sur des questions liées à l'évolution de la société et des mœurs.

Comme chacun le sait, par l'importante et à juste titre célèbre décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971<sup>2</sup> le Conseil Constitutionnel a tranché l'ancienne diatribe sur la valeur du préambule, en reconnaissant au préambule de la Constitution de 1958 et, grâce au renvoi opéré par ce dernier, au préambule de la Constitution de 1946 la nature de source directe de normes constitutionnelles<sup>3</sup>. Cela, en étendant le « bloc de constitutionnalité » au-delà des

\* Professeur des Institutions de droit public et de Droit public avancé.

<sup>1</sup> V. *Journal officiel*, 18 mai 2013, p. 8281. V. aussi la décision récente du Conseil constitutionnel n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, *M. Franck et autres* (Célébration du mariage – Absence de « clause de conscience » de l'officier de l'état civil), *Journal officiel*, 20 octobre 2013, p. 17279. Par cette décision le juge, appelé à se prononcer aux termes de l'article 61-1 de la Constitution sur la loi sur le mariage homosexuel, qui selon les requérants, en omettant de prévoir une « clause de conscience », aurait porté atteinte à l'article 34 de la Constitution et à la liberté de conscience, ainsi qu'au principe de pluralisme d'opinions et à celui de la libre administration des collectivités territoriales (*cons.* 6), écarte tous les griefs, en soulignant, en particulier, « la neutralité du service public de l'état civil » (*cons.* 10).

<sup>2</sup> V. *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1971, p. 29.

<sup>3</sup> Rappelons que, jusqu'à cette historique décision, les principes consacrés dans le préambule de la Constitution de 1946 étaient tout au plus reconduits, dans la jurisprudence du Conseil d'État, aux principes généraux du droit et, donc, à une source ayant rang de loi ordinaire.

articles du texte constitutionnel, consacrés d'après la tradition française presque exclusivement à l'organisation de l'État, lui a permis de franchir les bornes dans lesquelles les constituants de 1958 entendaient le reléguer (arbitre des conflits d'attribution entre loi et règlement), pour devenir une véritable cour constitutionnelle sur le modèle de ses homologues étrangers<sup>4</sup>, rôle aujourd'hui ultérieurement valorisé par le contrôle par voie d'exception (art 61-1), introduit par la révision constitutionnelle de 2008.

Le préambule de la Constitution de 1946, au premier alinéa, déclare que le peuple français « réaffirme solennellement » les droits et libertés de l'homme proclamés par la Déclaration de 1789, ainsi que « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Rien d'autre n'étant ajouté, c'est au Conseil constitutionnel que revient la tâche très difficile de dégager ces principes d'après des critères définis préalablement. D'où l'extrême importance du thème abordé dans la décision, ainsi que de l'autre aspect concernant la compétence du législateur ordinaire sur des questions de société, étant donné leur nature évolutive, qui exclut toute cristallisation dans des principes fondamentaux.

## 2. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les conditions de leur reconnaissance.

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>5</sup> a suscité d'après polémiques dans la doctrine<sup>6</sup>, surtout avant son adoption, et dans

<sup>4</sup> Grâce aussi à la révision constitutionnelle de 1974 (loi n° 74-904 du 29 octobre 1974) qui, en attribuant à 60 députés ou 60 sénateurs le droit d'activer le contrôle préventif sur les lois, droit limité dans le texte original au président de la République, au premier ministre et aux présidents des deux assemblées (art.61, al. 2), a permis à l'opposition de déférer au Conseil un nombre de plus en plus élevé de lois, en particulier celles concernant des droits fondamentaux.

<sup>5</sup> V. *Journal officiel*, 18 mai 2013, p. 8253.

<sup>6</sup> V. notamment BRÉCHOT, F.-X., « La constitutionnalité du 'mariage pour tous' en question », *La semaine juridique, édition générale*, n° 51, 17 décembre 2012 ; BURGORGUE-LARSEN, L., « La jurisprudence des cours constitutionnelles en droit des personnes et de la famille », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, 2013, p. 229 ; CANDIDE (pseudonyme), L., « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gazette du palais*, n° 277-278, 3-4 octobre 2012 ; DELVOLVÉ, P., « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro*, 8 novembre 2012 ; DRAGO, G., « Mariage entre personnes du même sexe : problématique de constitutionnalité », *Les petites affiches*, n° 30, 11 février 2013 ; DUBUISSON, É., « Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'Homme », *Recueil Dalloz*, n° 39, 15 novembre 2012 ; DUPRÉ de BOULOIS, X., ROMAN, D., « Le mariage, Napoléon et la Constitution », *Le Figaro*, 19 novembre 2012 ; FULCHIRON, H., « Le 'mariage pour tous' en droit international privé : le législateur français à la peine... », *La semaine juridique, édition générale*, n° 49, 3 décembre 2010 ; HAUSER, J., « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *La semaine juridique, édition générale*, n° 44-45, 29 octobre 2012 ; LABBÉE, X., « Le mariage homosexuel et l'union civile », *La semaine juridique, édition générale*, n° 37, 10 septembre 2012 ; LE POURHIET, A.-M., « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 4 février 2013, chron. n° 5 ; MALAURIE, Ph., « Le mariage pour tous et la 'décrétinomanie contemporaine' », *Les petites affiches*, n° 69, 5 avril 2013 ; MIRKOVIC, A., « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2013 ; MULON, E., « Mariage pour tous, enfant pour tous ? », *Gazette du palais*, n° 2, 2 janvier 2013 ; MURAT, P., « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, 2013, p. 19 ; NEIRINCK, C., « Le mariage homosexuel ou l'arbre qui cache la forêt », *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2010 ; PADIS, M.-O., « Le mariage et les ramifications du droit », *Eprit*, n° 392, février 2013 ; PARICARD, S., « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2013 ; PAUVERT, B., « Sur une *disputatio* contemporaine et brûlante », *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2013 ; POSEZ, A., « Le mariage pour tous, ou l'impossible égalité » *Recueil Dalloz*, n° 39, 15 novembre 2012 ; ROUSSEAU, D., « Le 'mariage pour tous' relève bien de la compétence du législateur ordinaire » *Gazette du palais*, n° 347-348, 12-13 décembre 1912 ; ID., « La Constitution peut-elle briser le mariage gay ? », *Libération-Société*, 31 janvier 2013 ; ROUX, J., « Le 'mariage

l'opinion publique, non seulement pour l'ultérieure étape, après le PACS (Pacte civil de solidarité)<sup>7</sup>, franchie par le droit français, mais aussi car elle, comme conséquence logique de l'accès au mariage, étend l'égalisation à l'institut de l'adoption, en impliquant dans le débat des thèmes sensibles, tels que la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi que les techniques de la procréation médicalement assistée et de la gestation pour le compte d'autrui en fraude à la loi française.

Nous n'abordons pas ces points du débat, en nous bornant à rappeler que le Conseil constitutionnel a souligné que les dispositions de la loi ne soustraient pas les couples homosexuels « aux règles, conditions et contrôles institués en matière de filiation adoptive » (*cons.* 52)<sup>8</sup>. Il a même formulé, en application de la jurisprudence « néocalédonienne »<sup>9</sup>, une réserve d'interprétation sur certains articles (L. 225-2 et L. 225-17) du code de l'action sociale et des familles, en en subordonnant la légitimité constitutionnelle au respect de l'« exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa<sup>10</sup> du Préambule de la Constitution de 1946 » (*cons.* 53).

---

pour tous' et la Constitution : la méthode et le fond (Réponse à Alexandre Viala) », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 6 février 2013, chron. n° 6; SINDRES, D., « Brèves réflexions autour de l'article 202-1, alinéa 2 du projet de loi 'ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe' », *Les petites affiches*, n° 24, 1<sup>er</sup> février 2013; THERY, I., « Le mariage a déjà changé. À propos du mariage de même sexe et de la filiation », *Esprit*, n° 392, février 2013; VIALA, A., « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 21 janvier 2013, chron. n° 4.

<sup>7</sup> Dans le code civil français il y avait une seule disposition, l'article 515-8, concernant le concubinage en tant qu'union de fait entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, caractérisée par la stabilité et la continuité, de laquelle cependant ne descend aucune obligation légale de solidarité financière réciproque ou à l'égard des tiers. Avec l'introduction du PACS par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 (articles 515-1 à 515-7 du code civil) les partenaires s'engagent à « une aide matérielle et une assistance réciproque », ainsi qu'à endosser les dettes à l'égard des tiers, contractées par l'un des deux pour les besoins de la vie courante. On ne prévoit pas, toutefois, aucune obligation financière en cas de cessation du PACS et au sujet des successions. Sur la loi relative au pacte civil de solidarité v. la décision du Conseil constitutionnel n° 99-419 DC du

9 novembre 1999 (*Rec.*, 1999, p. 116), qui a validé la loi avec des réserves d'interprétation.

<sup>8</sup> Textuellement : « Considérant... que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de reconnaître aux couples de personnes de même sexe un "droit à l'enfant" ; qu'elles ne soustraient pas les couples de personnes de même sexe aux règles, conditions et contrôles institués en matière de filiation adoptive ; qu'en effet, ces dispositions ne modifient pas la règle, fixée par le premier alinéa de l'article 353-1 du code civil, aux termes duquel : "Dans le cas d'adoption d'un pupille de l'État, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés"; qu'il n'est pas davantage dérogé à la règle, fixée par le premier alinéa de l'article L. 225-2 du code de l'action sociale et des familles, aux termes duquel : "Les pupilles de l'État peuvent être adoptés soit par les personnes à qui le service de l'aide sociale à l'enfance les a confiés pour en assurer la garde lorsque les liens affectifs qui se sont établis entre eux justifient cette mesure, soit par des personnes agréées à cet effet, soit, si tel est l'intérêt desdits pupilles, par des personnes dont l'aptitude à les accueillir a été régulièrement constatée dans un État autre que la France, en cas d'accord international engageant à cette fin ledit État " ; que s'appliquent également les dispositions de son article L. 225-17 qui prévoit: "Les personnes qui accueillent, en vue de son adoption, un enfant étranger doivent avoir obtenu l'agrément prévu aux articles L. 225-2 à L. 225-7"; qu'ainsi, les couples de personnes de même sexe qui désirent adopter un enfant seront soumis, comme ceux qui sont formés d'un homme et d'une femme, à une procédure destinée à constater leur capacité à accueillir un enfant en vue de son adoption ».

<sup>9</sup> Ainsi dite car elle fut énoncée pour la première fois dans la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 (*Rec.*, 1985, p. 43) sur la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie (*cons.* 10). D'après cette jurisprudence le Conseil constitutionnel déclare sa compétence à contrôler une loi déjà *promulguée*, au cours du contrôle d'une loi déferée aux termes de l'article 61, al. 2, lorsque cette dernière est une loi de *mise en cause* (modification ou intégration) de la précédente, le contrôle étant par contre exclu si celle-ci est une loi de simple *mise en œuvre* (application).

<sup>10</sup> Le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 est ainsi rédigé : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». D'une telle disposition le Conseil dégage deux exigences de caractère constitutionnel : la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de mener une vie familiale normale. V. aussi

Le juge a en outre déclaré, en répliquant à certains griefs des requérants sur l'intelligibilité de la loi (objectif de valeur constitutionnelle<sup>11</sup>) et sur le respect du principe d'égalité, que la loi n'a ni pour objet ni pour effet de modifier l'article 16-7 du code civil (nullité de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui) et l'article L. 2141-2 du code de la santé publique (assistance médicale à la procréation, réservée aux couples hétérosexuels), et que rien n'imposait au législateur, qui peut régler de façon différente des situations différentes<sup>12</sup>, de modifier la législation en vigueur (*cons.* 44).

En ce qui concerne enfin l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application, le Conseil a rappelé qu'une telle possibilité n'entache pas la loi d'inconstitutionnalité et qu'« il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques » (*cons.* 58).

Cela dit, abordons le problème délicat de l'existence ou non d'un principe fondamental au sens du préambule de la Constitution de 1946 et, donc, des critères pour son dégagement.

L'existence d'un tel principe était invoquée par les requérants pour contester la légitimité constitutionnelle de la loi déferée, en ayant prévu tant l'accès au mariage pour les couples homosexuels que la possibilité de l'adoption, car pour les deux institutions, selon eux, la tradition républicaine aurait consacré un principe les réservant aux seuls couples hétérosexuels.

Le Conseil constitutionnel tout d'abord ramène à une interprétation correcte tout appel générique à la tradition républicaine pour censurer une loi:

« ... la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 » (*cons.* 21)<sup>13</sup>.

Ensuite il confirme les critères traditionnels de sa jurisprudence afin de dégager ces principes et la nécessité de leur concours simultané, en précisant que l'existence d'une législation républicaine antérieure à 1946 d'application continue, comme dans le cas d'espèce

---

l'article 24, al. 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui, en s'inspirant de l'article 3, al. 1, de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant, déclare : « Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

<sup>11</sup> L'expression « objectif de valeur constitutionnelle » a été employée pour la première fois dans la décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 (*Rec.*, 1982, p. 48) relative à la loi sur les moyens de la communication audiovisuelle (*cons.* 5). Par une telle expression le juge n'entend pas créer prétoriquement – comme le témoigne par ailleurs l'emploi du mot « objectif » – une nouvelle catégorie de règles à introduire dans le « bloc de constitutionnalité », mais se réfère tout simplement au moyen de mise en œuvre d'un principe constitutionnel. V. LUCHAIRE, F., « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 64, 2005, p. 675.

<sup>12</sup> Pourvu que, d'après une jurisprudence consolidée, la différence de traitement qui en résulte soit en lien direct avec l'objet de la loi (*cons.* 44).

<sup>13</sup> V. aussi *cons.* 56.

(institution du mariage fondée sur l'union d'un homme et d'une femme), n'est pas critère suffisant, mais elle doit être assortie avec le caractère fondamental du principe, à savoir intéresser des domaines essentiels pour la vie de la Nation, tels que les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics. Le principe invoqué par les requérants n'ayant pas un tel caractère, le Conseil constitutionnel écarte le grief :

« ... si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 » (*cons.* 21).

Dans le cas spécifique de l'adoption le juge souligne, à confirmation ultérieure de l'inexistence d'un principe au sens du préambule de 1946, les modifications des règles sur la filiation et l'adoption intervenues au cours de la législation républicaine antérieure à la Constitution de 1946, en citant notamment les lois du 16 novembre 1912 et du 19 juin 1923 :

« ... la législation républicaine antérieure à la Constitution de 1946 relative aux conditions de l'adoption et aux conditions d'établissement de la maternité et de la paternité a toujours compris des règles limitant ou encadrant les conditions dans lesquelles un enfant peut voir établir les liens de filiation à l'égard du père ou de la mère dont il est issu ;... notamment, l'action en recherche de paternité a vu son régime juridique modifié par la loi du 16 novembre 1912 sur la déclaration judiciaire de paternité naturelle et... l'action en recherche de paternité des enfants adultérins a été interdite jusqu'à la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation ;... de même les règles relatives à l'adoption de l'enfant mineur ont été modifiées par la loi du 19 juin 1923 sur l'adoption » (*cons.* 56).

Enfin, le Conseil constitutionnel déclare irrecevable le grief fondé sur l'existence d'un « droit naturel »<sup>14</sup> en faveur des couples hétérosexuels (*cons.* 21).

La position prise par le Conseil constitutionnel était prévisible, étant donné la prudence avec laquelle le juge a toujours abordé la tâche difficile de dégager des principes fondamentaux au sens du préambule de la Constitution de 1946, afin d'éviter l'accusation d'empiéter sur les prérogatives du législateur, reproche facile dans une culture telle que la culture française, qui s'est nourrie de la mythisation de la loi, « expression de la volonté générale », et de la crainte d'un « gouvernement des juges ».

À partir de l'historique décision de 1971 sur la liberté d'association le Conseil constitutionnel a dégagé de la législation républicaine un nombre très limité de principes,

<sup>14</sup> Textuellement : « ... doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait 'naturellement' l'union d'un homme et d'une femme ». Par cette phrase brève et tranchante le Conseil constitutionnel liquide un grief ultérieur présenté par les requérants qui, suivant une certaine doctrine, étaient allés jusqu'à invoquer un « enracinement naturel du droit civil » fondant le mariage sur l'altérité sexuelle.

dont la plupart relèvent des droits et libertés fondamentaux : *a)* la liberté d'association<sup>15</sup> ; *b)* les droits de la défense<sup>16</sup> ; *c)* la liberté individuelle<sup>17</sup>, par ailleurs rattachée désormais directement à l'article 66 de la Constitution de 1958 ; *d)* la liberté d'enseignement et la liberté de conscience<sup>18</sup> ; *e)* l'indépendance des professeurs d'université<sup>19</sup> ; *f)* la protection pénale des mineurs<sup>20</sup> ; tandis que d'autres concernent l'organisation de la République et des pouvoirs publics : *a)* l'indépendance de la juridiction administrative<sup>21</sup> ; *b)* sa compétence exclusive en matière d'annulation ou réformation des actes de la puissance publique<sup>22</sup> ; *c)* la protection de la spécificité du droit local alsacien-mosellan<sup>23</sup>.

Contrairement à la thèse de Jean Carbonnier, d'après lequel non seulement, d'un point de vue matériel et sociologique, la « véritable constitution » de la France « c'est le code civil »<sup>24</sup>, mais il serait possible de dégager du code civil plusieurs principes fondamentaux<sup>25</sup>, le Conseil constitutionnel n'a tiré du code Napoléon aucun principe au sens du préambule de la Constitution de 1946.

« L'offensive doctrinale », selon l'expression polémique d'Alexandre Viala<sup>26</sup>, conduite avant l'adoption de la loi, dans l'espoir qu'au moins le juge constitutionnel mette un frein à celle qu'une partie de la doctrine considérait une dangereuse dérive législative, impliquant un bouleversement de l'institution du mariage et du droit de la famille, avait donc peu de chances de succès. Par ailleurs, soutenir l'existence de principes fondamentaux au sens du préambule de 1946, dans une matière impliquant des questions de société, était une thèse non seulement en contradiction avec la jurisprudence constitutionnelle précédente, mais juridiquement fragile et fortement idéologisée.

Certes, le législateur aurait pu procéder à une révision globale du droit de la famille à la lumière de l'évolution de la culture et des mœurs qui a eu lieu dans les dernières décennies, ce qui a amené un juriste à affirmer que « décidément la France ne sait plus légiférer! »<sup>27</sup>. Mais prétendre qu'un juge, même au niveau constitutionnel, censure une loi, en dégageant des principes dans des secteurs qui par leur nature échappent à toute cristallisation, est

<sup>15</sup> V. déc. n° 71-44 DC, précitée, *cons.* 2.

<sup>16</sup> V. déc. n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, *cons.* 2, *Rec.*, 1976, p. 39.

<sup>17</sup> V. déc. n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *cons.* 1, *Rec.*, 1977, p. 33.

<sup>18</sup> V. déc. n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *cons.* 3 et 5, *Rec.*, 1977, p. 42.

<sup>19</sup> V. déc. n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *cons.* 20, *Rec.*, 1984, p. 30.

<sup>20</sup> V. déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *cons.* 26, *Rec.*, 2002, p. 204.

<sup>21</sup> V. déc. n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *cons.* 6, *Rec.*, 1980, p. 46.

<sup>22</sup> V. déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *cons.* 15, *Rec.*, 1987, p. 8.

<sup>23</sup> V. déc. n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société Somodia*, *cons.* 4, *Rec.*, 2011, p. 430.

<sup>24</sup> L'observation de Jean Carbonnier, qui évidemment ne parlait pas de la constitution au sens formel, naissait de la constatation de l'histoire constitutionnelle française si tourmentée avant 1875 (qui avait vu se succéder des chartes constitutionnelles parfois de très brève durée), comparée à la stabilité, au contraire, du code Napoléon. V. CARBONNIER, J., *Droit civil*, Paris, PUF, Collection Quadrige, 2004.

<sup>25</sup> D'ailleurs, l'appartenance du code civil aux lois de la République au sens du préambule, al. 1, de la Constitution de 1946 peut prêter à quelques doutes, étant donné que, bien que le code ait été promulgué avant la proclamation de l'Empire (18 mai 1804), la Constitution de l'an VIII peut être considérée républicaine, selon une certaine interprétation, seulement d'un point de vue formel, car la République aurait pris fin, de fait, en 1799.

<sup>26</sup> V. VIALA, A., *op. cit.* (*supra* note 6).

<sup>27</sup> V. HAUSER, J., *op. cit.* (*supra* note 6).

juridiquement insoutenable, ni les lacunes législatives, dues peut-être, comme Jean Hauser affirme, à la décision de légiférer « à la va-vite, sous prétexte de promesses électorales »<sup>28</sup>, pouvaient être comblées en faisant recours à la technique des réserves d'interprétation.

Même la Cour constitutionnelle italienne, qui n'hésite pas à prendre, selon une ligne jurisprudentielle désormais consolidée, des décisions dites « para-législatives » pour leur incidence sur la disposition normative, prononce une décision d'inconstitutionnalité partielle « additive », comblant une omission législative, seulement si elle est « à rimes obligées », à savoir si elle implique une solution imposée par la Constitution, et non en présence d'une multiplicité d'options, dont le choix (*ex plurimis*) est du ressort du seul législateur.

### 3. La compétence du législateur ordinaire et les questions de société.

Même ceux qui s'opposaient farouchement à l'introduction en France du mariage homosexuel, ayant recours aussi à des arguments s'inspirant du jusnaturalisme, n'en niaient pas de façon absolue la possibilité, mais contestaient la compétence du législateur ordinaire, étant nécessaire à leur avis une loi constitutionnelle.

Alexandre Viala, très critique à l'égard d'une doctrine qui, « au risque de transgresser la frontière webérienne entre le savant et le politique », et à la lumière d'« une approche relativiste de la justice constitutionnelle » (théorie de l'« aiguilleur »), essayait d'influencer la décision du juge, met en évidence la contradiction profonde d'une thèse qui, en même temps qu'elle invoque un principe fondamental reconnu par les lois de la République, en légitimerait la possibilité de le rayer, « d'un trait de plume », moyennant une loi constitutionnelle<sup>29</sup>.

En vérité l'observation de Viala, tout à fait partageable d'un point de vue logique, nous semble inspirée de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, plutôt que de la jurisprudence française. En Italie le juge constitutionnel, par la célèbre décision n° 1146 de 1988, a considéré les « principes suprêmes » comme une limite implicite et infranchissable même pour les lois de révision constitutionnelle<sup>30</sup>, en évoquant le contrôle du respect de ces principes, car le législateur constitutionnel, en tant qu'expression d'un « pouvoir constitué » et non constituant, ne peut dénaturer une constitution, de laquelle il tire sa légitimation. Par contre, le juge constitutionnel français considère la révision comme un pouvoir « dérivé »,

<sup>28</sup> V. HAUSER, J., *op. cit.*

<sup>29</sup> V. VIALA, A., *op. cit.*

<sup>30</sup> V. DONNARUMMA, M. R., « Il 'limite dei principi supremi' e la teoria costituzionale dei valori », *Diritto e società*, 2006, p. 199.

mais tout de même « constituant », s'exerçant dans les seules limites prévues par les articles 7, 16 et 89 de la Constitution<sup>31</sup>.

Le Conseil constitutionnel, en énonçant les normes de constitutionnalité applicables dans le cas d'espèce (*cons.* 14, 15 et 16), souligne tout d'abord que l'article 34 de la Constitution défère à la compétence du législateur ordinaire la discipline de l'état des personnes, dont relève certainement la législation sur le mariage (*cons.* 14)<sup>32</sup>, et non seulement les règles relatives aux régimes matrimoniaux, auxquelles les requérants se rapportaient de façon restrictive. Ensuite le juge confirme sa jurisprudence sur la latitude d'appréciation du législateur pour l'adoption de nouvelles dispositions, l'abrogation ou la modification de textes antérieurs, à la seule condition que, dans l'exercice de sa compétence, il « ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel » (*cons.* 14) ; il confirme aussi la flexibilité dans l'application du principe d'égalité consacré par l'article 6 de la Déclaration de 1789, y compris des éventuelles dérogations pour des raisons d'intérêt général, pourvu que les différences de traitement soient en rapport direct avec l'objet de la loi (*cons.* 15)<sup>33</sup>. Enfin le Conseil compare sa compétence de juge de la légitimité constitutionnelle des lois avec la compétence du Parlement, en soulignant, selon un énoncé constant dans sa jurisprudence, que l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen » (*cons.* 14)<sup>34</sup>.

Cette position avait été déjà exprimée dans certaines décisions sur le droit de la famille, précédentes la loi déferée, en présence d'une législation qui à l'époque considérait encore le mariage comme une institution réservée aux couples hétérosexuels (déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *cons.* 5 et 9)<sup>35</sup> et niait l'accès à l'adoption aux couples non mariés et, donc, aussi aux couples homosexuels (déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *cons.* 5 et 6)<sup>36</sup>. Ces derniers pouvaient vivre en concubinage, selon les conditions définies par l'article 515-8 du code civil, ou bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité (article 515-1 et suivants du même code)<sup>37</sup>.

En présence de la décision du Parlement d'ouvrir le mariage aussi aux couples de personnes de même sexe, en modifiant en tel sens l'article 143 du code civil, avec l'extension conséquente à ces couples de l'institution de l'adoption, le Conseil constitutionnel confirme la légitimité du choix opéré par le législateur, qui « a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne

<sup>31</sup> V. déc. n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 « Maastricht II », *cons.* 19, *Rec.*, 1992, p. 76. V. aussi déc. n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *cons.* 2, *Rec.*, 2003, p. 293. V. DONNARUMMA, M. R., « Un mythe brisé : l'intangibilité de la loi », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 76, 2008, p. 797, en particulier p. 810.

<sup>32</sup> V. aussi *cons.* 20.

<sup>33</sup> V. aussi *cons.* 29, 62, 68.

<sup>34</sup> V. aussi *cons.* 22, 49.

<sup>35</sup> *Mme Corinne C. et autre* (Interdiction du mariage entre personnes de même sexe), *Rec.*, 2011, p. 87.

<sup>36</sup> *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* (Adoption au sein d'un couple non marié), *Rec.*, 2010, p. 264.

<sup>37</sup> V. *supra* note 7.



justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage » (*cons.* 22), le régime précédent ne se traduisant pas, comme on l'a déjà dit, dans un principe fondamental reconnu par les lois de la République (*cons.* 21).

Il y a lieu de rappeler que le Conseil constitutionnel, d'après une ligne jurisprudentielle constante, n'est jamais intervenu, et selon nous à juste titre, dans les choix législatifs sur des questions de société. Il suffit de citer la décision du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse<sup>38</sup>, celle du 27 juillet 1994 concernant la loi sur l'assistance médicale à la procréation<sup>39</sup>, celle du 16 mai 2012 sur la loi réglant les greffes autogéniques<sup>40</sup>, ainsi que les décisions précitées sur l'adoption par des couples non mariés (déc. n° 2010-39 QPC) et sur l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe (déc. n° 2010-92 QPC).

Les questions de société sont liées à l'évolution de la culture et des mœurs sociales, que seul le législateur peut suivre, évaluer et traduire dans les normes chaque fois les plus adéquates, évidemment toujours dans le respect des valeurs constitutionnelles et en opérant, le cas échéant, l'équilibre nécessaire entre les différentes exigences. Toute cristallisation est inopportune, à condition qu'on ne veuille bloquer l'évolution sociale au nom de préjugés moraux ou idéologiques.

Ce qui précède ne signifie pas que le Conseil renonce à son rôle de juge de la constitutionnalité des lois et suprême garant des droits et libertés fondamentaux, rôle qu'aussi en matière de droit de la famille il a toujours rempli avec rigueur dès la décision n° 93-325 DC du 13 janvier 1993<sup>41</sup>, par laquelle non seulement il a déclaré que le principe de la liberté du mariage « est une composante de la liberté individuelle » *ex* article 66 de la Constitution (*cons.* 107), principe par la suite rattaché plus correctement à la liberté personnelle *ex* articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 (déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *cons.* 94)<sup>42</sup>, mais il a aussi consacré la valeur constitutionnelle de mener une vie familiale normale, en se fondant sur le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 (*cons.* 69 et 70).

Un tel rôle le Conseil constitutionnel peut aujourd'hui jouer de façon de plus en plus efficace et pénétrante aussi dans le secteur du droit de la famille, étant donné qu'en France a été enfin introduit, par la révision constitutionnelle de 2008, le contrôle par voie d'exception, en surmontant des anciennes réserves et méfiances liées à la crainte d'un « gouvernement des juges ».

<sup>38</sup> V. déc. n° 74-54 DC, *Rec.*, 1975, p. 19.

<sup>39</sup> V. déc. n° 94-343/344 DC, *Rec.*, 1994, p. 100.

<sup>40</sup> V. déc. n° 2012-249 QPC, *Société Cryo-Save France* (Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta), *Rec.*, 2012, p. 274.

<sup>41</sup> V. *Rec.*, 1993, p. 224.

<sup>42</sup> V. *Rec.*, 2003, p. 438. V. aussi déc. n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, *cons.* 4, *Rec.*, 2006, p. 112.

#### 4. Les règles de droit international privé, la validation des mariages antérieurs, l'application de l'article 38 de la Constitution.

Il y a lieu maintenant d'évoquer certaines dispositions de la loi concernant les règles de droit international privé, la validation des mariages antérieurs, l'habilitation donnée au Gouvernement pour adopter des ordonnances aux termes de l'article 38 de la Constitution, thèmes objet de réserves et soumis à l'attention du Conseil constitutionnel.

Les règles de conflit de lois en matière de mariage introduites par la loi dans le code civil (nouveaux articles 202-1 et 202-2), si d'un côté elles respectent les règles traditionnelles du droit international privé : rattachement à la loi personnelle de chacun des époux, en ce qui concerne les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage (art. 202-1, al. 1), et le principe *locus regit actum* pour les formalités de célébration (art. 202-2), de l'autre côté elles introduisent une dérogation à l'application de la loi personnelle pour les couples homosexuels (art. 202, al. 2) de la teneur suivante :

« Toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

Cette règle s'inspire de la loi belge (loi du 13 février 2003, art. 46, al. 2) et rétablit la rédaction proposée dans l'avant-projet de loi, en remplaçant opportunément celle figurant dans le projet de loi déposé par le Gouvernement, qui privilégiait la loi de l'État où le mariage est célébré, ce qui aurait encouragé, comme le signalait à juste titre la doctrine<sup>43</sup>, les mariages migratoires.

Les requérants, en contestant la légitimité de la disposition précitée, invoquaient la violation tant du principe d'égalité que du principe de sécurité juridique, la règle dérogatoire se prêtant à des détournements des lois ou à des abus, ainsi qu'entraînant le risque de multiplier les mariages boiteux, valables en France et nuls dans d'autres pays.

Le Conseil constitutionnel, à notre avis un peu trop hâtivement, écarte les deux griefs, en s'appelant à la liberté d'appréciation du législateur, d'autant plus que la règle dérogatoire respecte « les autres conditions du mariage et notamment la condition de résidence » (*cons.* 29), ainsi qu'au rôle des juridictions compétentes, auxquels il appartient « d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer » des pratiques abusives (*cons.* 30).

Évidemment, la règle dérogatoire s'applique pourvu qu'elle n'implique violation des engagements internationaux pris par la France.

Dans le but de permettre, comme pour la disposition qu'on vient d'examiner, l'application la plus ample possible de la nouvelle réglementation, le législateur de 2013 a

<sup>43</sup> V. FULCHIRON, H., *op. cit.* ; SINDRES, D., *op. cit.* (*supra* note 6).

aussi prévu, dans le chapitre consacré aux dispositions transitoires et finales, l'article 21, qui prévoit la validation et transcription en France des mariages contractés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi, sous réserve du respect des dispositions du code civil relatives à la validité du mariage (articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 et 191), ainsi que des conditions prévues pour la transcription (articles 171-5 et 171-7).

Les requérants contestaient la légitimité de cet article sous plusieurs aspects, car : *a)* il entraînait une insécurité juridique manifeste, en soustrayant la validité du mariage à la loi applicable au moment de sa célébration selon la règle générale ; *b)* la validation ne répondait pas à un motif suffisant d'intérêt général ; *c)* la norme portait atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi.

Le Conseil constitutionnel tout d'abord relève, ayant recours aussi aux travaux préparatoires de la loi, que le législateur a bien précisé les conditions de reconnaissance et de transcription, cette dernière ayant lieu sous le contrôle de l'autorité diplomatique ou consulaire ainsi que du ministère public (*cons.* 85). Il souligne ensuite que les dispositions contestées ne portent atteinte à aucun droit acquis, par conséquent « il était loisible au législateur d'instaurer une exception à la règle générale », et il conclut en déclarant qu'elles « ne sont entachées d'aucune inintelligibilité » (*cons.* 86).

Le juge ignore, sans justifier son silence, l'autre grief soumis à son attention, à savoir l'absence d'un motif suffisant d'intérêt général pour légitimer une loi de validation, d'après sa même jurisprudence. En effet, à partir de décembre 1999, après la décision *Zielinski et autres c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999, qui avait censuré, aux termes de l'article 6 de la Convention de Rome, une validation législative<sup>44</sup>, justifiée au contraire par le Conseil constitutionnel<sup>45</sup>, le juge français a renforcé son contrôle sur les lois de validation, en exigeant que le motif d'intérêt général, pour légitimer une validation, soit « suffisant », et évoquant l'appréciation du degré de suffisance (déc. n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, *cons.* 64 et 65)<sup>46</sup>.

Une autre disposition contestée était l'article 14 de la loi, qui habilite le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnances, aux termes de l'article 38 de la Constitution, les mesures de coordination nécessaires pour adapter à la loi l'ensemble des dispositions législatives en vigueur, à l'exception de celles du code civil.

Les requérants censuraient cet article pour un triple motif : *a)* la disposition avait été introduite par amendement lors de l'examen de la loi en première lecture au Sénat, d'où la

<sup>44</sup> Selon la Cour de Strasbourg, le risque financier invoqué par le Conseil constitutionnel « ne saurait permettre... que le législateur se substitue, tant aux parties à la convention qu'aux juges, pour régler le litige ».

<sup>45</sup> V. déc. n° 93-332 DC du 13 janvier 1994, *cons.* 2 à 8, *Rec.*, 1994, p. 21.

<sup>46</sup> V. *Rec.*, 1999, p. 143. S'appuyant sur cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel se prévaut largement de son pouvoir de contrôle plus contraignant, en vue de limiter la pratique très courante des validations législatives. V., par ex., déc. 99-425 DC du 29 décembre 1999, *cons.* 11, 14 et 15, *Rec.*, 1999, p. 168 ; déc. n° 2002-458 DC du 7 février 2002, *cons.* 5, *Rec.*, 2002, p. 80 ; déc. n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, *cons.* 24, *Rec.*, 2003, p. 467 ; déc. n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *cons.* 19, 20 et 21, *Rec.*, 2006, p. 129.

non présentation de l'étude d'impact y relative et le détournement de procédure ; *b*) la finalité des mesures et le domaine d'intervention du Gouvernement étaient définis de façon imprécise ; *c*) étant donné la nécessité de mesures de coordination et adaptation des textes législatifs, mesures que le Gouvernement devait adopter dans un délai de six mois, l'entrée en vigueur de la loi ne pouvait être immédiate, comme prévu, en ignorant les exigences constitutionnelles d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Comme chacun le sait, le Conseil constitutionnel a adopté une jurisprudence, désormais consolidée, afin de tempérer l'extrême latitude d'intervention, sauf le « délai limité », que la lettre de l'article 38 semble attribuer aux habilitations.

Dès la décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977<sup>47</sup> le juge a spécifié que l'alinéa premier de l'article 38 « doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre » (*cons.* 2). Ensuite, par la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999<sup>48</sup>, il a ultérieurement précisé que le Gouvernement doit indiquer non seulement la finalité des mesures, mais aussi « leur domaine d'intervention », tout en soulignant que cela ne se traduit pas dans l'obligation « de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de [l'] habilitation » (*cons.* 12). La ligne interprétative a été confirmée en plusieurs décisions<sup>49</sup>.

En écartant le grief de détournement de procédure, le Conseil constitutionnel confirme sa jurisprudence, d'après laquelle seul le Gouvernement peut présenter une demande d'habilitation, étant exclue l'initiative parlementaire<sup>50</sup>, et qu'il « a la faculté de le faire en déposant soit un projet de loi, soit un amendement<sup>51</sup> à un texte en cours d'examen » (*cons.* 78)<sup>52</sup>.

Sur le grief de fond le juge, après avoir rappelé sa ligne interprétative de l'article 38 (*cons.* 79), souligne que : *a*) l'article 14 de la loi déferée indique clairement la finalité des

<sup>47</sup> V. *Rec.*, 1977, p. 31.

<sup>48</sup> V. *Rec.*, 1999, p. 136.

<sup>49</sup> V. déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *cons.* 4, *Rec.*, 2003, p. 382 ; déc. n° 2006-534 DC du 16 mars 2006, *cons.* 10, *Rec.*, 2006, p. 44 ; déc. n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, *cons.* 18, *Rec.*, 2009, p. 36 ; déc. n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *cons.* 22, *Rec.*, 2009, p. 140 ; déc. n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *cons.* 69, *Rec.*, 2010, p. 367.

<sup>50</sup> V. déc. n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, *cons.* 28 et 29, *Rec.*, 2005, p. 41.

<sup>51</sup> Évidemment, si la demande d'habilitation est présentée par amendement à un projet de loi en cours d'examen, il faut respecter la jurisprudence constitutionnelle sur les amendements, qui censure la pratique des « cavaliers législatifs », à savoir des amendements qui n'ont aucun lien, même seulement indirect, avec le texte législatif original. Une telle pratique anormale a été progressivement censurée de plus en plus par la jurisprudence constitutionnelle, en particulier à l'occasion du contrôle des lois de finances (on parle en ce cas de « cavalier budgétaire ») et de financement de la sécurité sociale (« cavalier social »). Les grilles du contrôle se sont de plus en plus élargies, puisque le Conseil constitutionnel a graduellement abandonné la règle qu'il s'était imposée du « préalable parlementaire » (non-lieu à censure, si la question n'eût pas été soulevée au cours de la procédure législative), règle adoptée dans la décision n° 86-221 DC du 29 décembre 1986, (*Rec.*, p. 179), et laissée tomber avec la décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001 (*Rec.*, p. 63) ; pour imposer, par la décision n° 2006-532 DC du 19 janvier 2006 (*Rec.*, p. 31), la règle de « l'entonnoir » après la première lecture (nécessité d'un lien direct des amendements avec une disposition encore objet de discussion), et en s'attribuant, enfin, par la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 (*Rec.*, p. 50), le contrôle de plein droit de tout « cavalier législatif », non seulement des « cavaliers budgétaires » ou « sociaux ».

<sup>52</sup> V. déc. n° 2006-534 DC précitée, *cons.* 5.

mesures à prendre (« afin de tirer les conséquences de l'application aux conjoints et parents de même sexe des dispositions applicables aux conjoints et parents de sexe différent ») ; b) l'objet de l'habilitation est limité, en s'agissant de simples modifications d'ordre terminologique et des coordinations qui leur sont liées ; c) de toute façon, ces habilitations « ne peuvent pas dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle » (*cons.* 80).

Enfin le Conseil constitutionnel aborde le grief sur l'intelligibilité des lois et, donc, sur la nécessaire concomitance de l'entrée en vigueur de la loi déferée avec celle des ordonnances. Dans ce but il rappelle que l'article 13 de la loi a déjà introduit dans le code civil une disposition d'application générale, à savoir l'article 6-1, qui assimile conjoints et parents de sexe différent et de même sexe en ce qui concerne les effets, droits et obligations découlant du mariage et de la filiation adoptive (al. 1)<sup>53</sup>. Les adaptations d'ordre terminologique et les coordinations des textes législatifs, sauf le code civil, confiées au Gouvernement ont la simple finalité « d'améliorer la qualité de la loi ». Il s'ensuit le manque de fondement du grief (*cons.* 81) et la déclaration de conformité constitutionnelle de l'habilitation conférée.

Abstraction faite du cas d'espèce, remarquons que les habilitations aux termes de l'article 38, malgré les limites interprétatives introduites par le Conseil constitutionnel, laissent des marges d'intervention dans le domaine législatif trop larges, par surcroît dans un régime, tel que le régime semi-présidentiel français, qui manque d'un système adéquat de *checks and balances*, et dans lequel le Président de la République, grâce aussi à une pratique institutionnelle consolidée et au « fait majoritaire »<sup>54</sup>, peut facilement manier le Gouvernement.

Pour faire une comparaison citons l'article 76 de la Constitution italienne, d'après lequel non seulement la délégation appartient à l'initiative du Parlement, mais ce dernier, à part l'indication d'objet et de délai, doit définir en détail « principes et critères directeurs », en élaborant celle qu'on pourrait qualifier une « loi-cadre ». En outre, le décret législatif du Gouvernement est susceptible d'un contrôle de constitutionnalité pour violation indirecte de l'article 76, s'il ne respect pas les dispositions de la loi délégante.

Par contre, en France, l'ordonnance adoptée par le Gouvernement au sens de l'article 38 a un caractère hybride, et acquiert force de loi seulement si elle est objet d'une loi de ratification<sup>55</sup>, à laquelle par ailleurs n'est pas subordonnée sa validité, le Gouvernement étant seulement obligé à déposer devant le Parlement, dans le délai fixé, le projet de loi de

<sup>53</sup> L'article 6-1 prévoit aussi les nécessaires modifications d'ordre terminologique du code civil (al. 2, 3 et 4).

<sup>54</sup> Le « fait majoritaire », à savoir l'homogénéité entre la majorité présidentielle et la majorité parlementaire, a caractérisé la France de la V<sup>e</sup> République (sauf les périodes de « cohabitation » : 1986-1988 et 1993-1995 sous Mitterrand, 1997-2002 sous Chirac), et il tendra à la caractériser de plus en plus avec l'introduction du « quinquennat » (durée de cinq ans du mandat présidentiel) par la loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000.

<sup>55</sup> Après la révision constitutionnelle de 2008 les ordonnances « ne peuvent être ratifiées que de manière expresse » (art. 38, al. 2). Auparavant, étant la Constitution muette sur ce point, l'interprétation jurisprudentielle, y compris celle du Conseil constitutionnel, avait admis que la ratification puisse être aussi implicite, à savoir « résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement » (déc. n° 72-73 L du 29 février 1972, *cons.* 3, *Rev.*, 1972, p. 31).

ratification. En plus, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent à contrôler les ordonnances non ratifiées par loi, en tel cas l'ordonnance ayant valeur d'acte réglementaire, soumis au contrôle du Conseil d'État.

## 5. Considérations conclusives. Bref aperçu de droit comparé.

À l'époque actuelle, où les législateurs nationaux s'ouvrent de plus en plus à une application rigoureuse du principe d'égalité même à l'égard de l'institution du mariage<sup>56</sup>, en excluant toute différenciation fondée sur l'orientation sexuelle des individus, et un concept de famille en sens pluraliste<sup>57</sup> est mûri dans les dernières décennies, en s'imposant impérieusement, et cela avec l'aval des cours constitutionnelles, il aurait été anachronique pour le juge français de déclarer inconstitutionnelle la loi du 17 mai 2013, outre que juridiquement, comme on l'a vu, difficilement soutenable.

La Cour suprême des États-Unis a déclaré récemment, par une décision du 26 juin 2013, la loi fédérale sur le mariage du 21 septembre 1996 (*Defense of Marriage Act*) inconstitutionnelle car, en définissant le mariage comme « only a legal union between one man and one woman », elle portait atteinte à la liberté personnelle, en violation du V<sup>ème</sup> Amendement<sup>58</sup>.

Le Tribunal constitutionnel espagnol, bien qu'en présence d'une disposition de la Constitution (art. 32, al. 1) qui déclare le droit de l'homme et de la femme de contracter mariage en pleine égalité juridique, a prononcé, le 16 novembre 2012, une décision très intéressante, par laquelle, à la lumière d'une interprétation de la Constitution en tant que « droit vivant », et en sens conforme au droit international sur les droits fondamentaux (art. 9 et 21 de la Charte de l'Union européenne), auquel la Constitution même (art. 10, al. 2) oblige la lecture du texte constitutionnel, ainsi qu'au nom du principe d'interdiction de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (art. 14 de la Constitution et art. 21 de la

<sup>56</sup> Plusieurs pays aujourd'hui prévoient des formes de reconnaissance des unions homosexuelles, qui vont du « partenariat enregistré » à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe. En Europe, le premier pays à reconnaître un statut juridique (*registreret partnerskab*) aux couples homosexuels, au nom du principe d'égalité et d'interdiction de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, a été le Danemark (juin 1989), tandis que les Pays Bas ont été les premiers à adopter une loi ouvrant le mariage aux couples homosexuels (avril 2001). Hors de l'Europe, des lois sur le mariage homosexuel ont été adoptées par le Canada (2005), l'Afrique du Sud (2006), l'Argentine (2010), l'Uruguay et la Nouvelle-Zélande (2013), ainsi que par certains États fédérés du Mexique et des États-Unis d'Amérique.

<sup>57</sup> Dans le monde contemporain les concepts de famille et de mariage ont subis des profondes mutations, pour englober plusieurs formes de familles et de conjugalité. En France, comme dans d'autres pays, sous l'urgence de revendications dues à l'évolution de la culture et des mœurs, le législateur a adopté des règles de plus en plus ouvertes aux nouvelles exigences sociales : libéralisation du divorce, égalité des filiations, avec la disparition même terminologique de la distinction entre enfants légitimes et naturels, maîtrise de la fécondité et accès à la procréation médicalement assistée, neutralisation de la présomption de paternité, application de plus en plus flexible de l'institution de l'adoption, homoparentalité, *etc.*, jusqu'à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels.

<sup>58</sup> V. Supreme Court, 26 juin 2013, *United States v. Windsor*. Il y a lieu de rappeler que la décision de la Cour suprême n'implique pas l'ouverture du droit au mariage pour les couples homosexuels aux États-Unis, car les matières relatives au droit matrimonial et de la famille relèvent de la compétence de chaque État, et non de l'État fédéral. Jusqu'à présent, dix-sept États reconnaissent le mariage homosexuel.

Charte précitée), a déclaré constitutionnelle la loi n° 13/2005 du 1<sup>er</sup> juillet 2005, qui a introduit en Espagne le mariage homosexuel (*fundamentos jurídicos*, notamment points 9, 10 et 11)<sup>59</sup>.

Le Tribunal constitutionnel portugais aussi s'est prononcé, le 8 avril 2010, en voie préventive, pour la légitimité du projet de loi, devenu loi n° 9 du 31 mai 2010, qui modifie l'article 1577 du code civil afin de permettre l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, en s'appelant entre autres au caractère « ouvert » du concept constitutionnel de mariage, dont seul le législateur a compétence à suivre et traduire en règles l'évolution (*fundamentação*, notamment point 22)<sup>60</sup>.

La Constitution est « un arbre vivant », dit justement et plastiquement le juge espagnol. Le mariage est « un concept ouvert », affirme le juge portugais. Voilà les deux aspects, « droit vivant » aussi des constitutions et caractère évolutif des questions de société, qu'à notre avis aucun juge constitutionnel ne peut ignorer. Il s'ensuit que tant que possible, sans encourir des fractures du tissu constitutionnel, le juge doit donner des normes constitutionnelles une interprétation conforme à la réalité sociale dans son évolution continue ; de même les constitutions, si elles n'entendent pas trahir leur fonction de réglementation ductile de base pour l'organisation d'une société politique, dont elles établissent les structures et les principes fondamentaux dans une perspective de long terme, ne peuvent se prêter à régler des questions de société, qui pour leur nature échappent à toute cristallisation, et encore moins permettre sur ces thèmes, selon une interprétation correcte du droit constitutionnel et de sa *ratio*, l'extrapolation par voie déductive de principes non écrits.

Comme la jurisprudence des cours constitutionnelles et du Conseil constitutionnel français même l'enseigne, sur les questions de société les cours ont été réticentes à s'aventurer dans une interprétation évolutive<sup>61</sup>, qu'elles utilisent par contre amplement dans

<sup>59</sup> V. Tribunal constitucional, *sentencia* n° 198/2012 du 6 novembre 2012, *Boletín oficial del Estado* n° 286, 28 novembre 2012.

<sup>60</sup> V. Tribunal constitucional, *acórdão* n° 121/2010 du 8 avril 2010, *Diário da República* n° 82, 28 avril 2010.

<sup>61</sup> De même la Cour constitutionnelle italienne, appelée à se prononcer sur la constitutionnalité des articles du code civil de 1942 qui réservent l'accès au mariage aux couples hétérosexuels, a déclaré la question de légitimité irrecevable par rapport à l'article 2 (droits inviolables de l'individu), et non fondée par rapport aux articles 3 (principe d'égalité) et 29 (al. 1 : reconnaissance des « droits de la famille comme société naturelle fondée sur le mariage » ; al. 2 : « égalité morale et juridique des conjoints ») de la Constitution, dans l'attente prudente d'une intervention du législateur (déc. n° 138 du 15 avril 2010). Il y a lieu de souligner que la législation italienne ne reconnaît aucun statut juridique aux couples homosexuels. La tentative du gouvernement Prodi en 2007 d'introduire un statut juridique (DICO) sur le modèle français du PACS échoua, non seulement pour la chute du gouvernement, mais pour la tenace opposition d'une partie de la classe politique et de la culture, toujours asservie hypocritement aux pressions de l'église catholique. Face à une telle situation la Cour, tout en reconnaissant que la notion de « formation sociale » (art. 2 Cost.) couvre aussi l'union homosexuelle (*considerato in diritto*, point 8) et que les concepts de famille et de mariage ne sont pas cristallisables, « car ils sont dotés de la flexibilité propre des principes constitutionnels et, donc, doivent être interprétés en tenant compte non seulement des transformations du droit, mais aussi de l'évolution de la société et des mœurs » (*ibid.*, point 9), n'a pas cru pouvoir omettre l'intervention législative, même en présence de normes constitutionnelles (art. 3 et art. 29 précités) passibles d'une interprétation évolutive ; au contraire, elle a donné de ces dernières une lecture ancrée au contexte historique dans lequel la Constitution fut rédigée (*ibid.*, point 9), en soulignant en outre que les sources internationales (art. 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 12 de la Convention européenne des droits de l'homme), invoquées par les requérants et par le juge *a quo*, renvoient aux lois nationales (*ibid.*, point 10). La Cour de cassation, première section civile, dans une décision du 15 mars 2012 (n° 4184), tout en confirmant la légitimité du refus de transcription en Italie du mariage contracté aux Pays-Bas par deux citoyens italiens de même sexe, a pourtant observé qu'est « radicalement dépassée l'idée selon laquelle la différence de sexe est une

le secteur des droits fondamentaux traditionnels, aussi sous l'impulsion de la jurisprudence internationale, et elles ont toujours reconnu la faculté la plus ample d'appréciation au législateur ordinaire<sup>62</sup>, qui seul peut accompagner, le cas échéant accélérer, et traduire en règles, par un instrument dynamique tel que la loi, l'évolution des mœurs sociales. Mais une fois le choix du législateur effectué, les cours constitutionnelles n'ont pas hésité à donner leur aval, à la lumière, si nécessaire, d'une lecture évolutive du texte constitutionnel.

Demander au juge français de rejeter le choix législatif, comme une partie de la doctrine le souhaitait sur la base de préjugés moraux ou idéologiques, c'était conduire une bataille perdue d'avance.

Par ailleurs, la ligne jurisprudentielle adoptée par les cours constitutionnelles n'est pas renonciataire, comme cela a été affirmé<sup>63</sup>, mais représente plutôt une vision réaliste de leur propre rôle, qui n'est pas celui de remplacer le législateur, mais d'en contrôler rigoureusement les choix, y compris les choix concernant des questions de société, afin de préserver le tissu constitutionnel et ses principes suprêmes, ayant recours, le cas échéant, à une lecture évolutive des textes.

---

condition indispensable, pour ainsi dire 'naturaliste', de l'existence même du mariage », et elle est allée jusqu'à affirmer que sa jurisprudence, fondée sur cette prémisse, « ne se montre plus à la hauteur de l'actuelle réalité juridique » (*motivi*, point 4.3). Tout récemment, et pour la première fois en Italie, le tribunal de Grosseto, par une décision du 3-9 avril 2014, a ordonné à la mairie de transcrire dans le registre de l'état civil le mariage contracté à New York par deux citoyens italiens de même sexe, en soutenant que la transcription n'a pas nature « constitutive, mais vise seulement à certifier et donner publicité à un acte déjà valide en soi ».

<sup>62</sup> Une ligne jurisprudentielle comparable est suivie par les Cours européennes. V., par ex., l'arrêt de la Cour de Strasbourg du 24 juin 2010 dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche* où, à propos de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, la Cour déclare qu'il s'agit d'un choix qui relève du seul législateur national, car le mariage a des profondes connotations sociales et culturelles qui diffèrent largement d'une société à l'autre (points 61 et 62).

<sup>63</sup> V. MATHIEU, B., « Décision du Conseil constitutionnel sur le mariage homosexuel », 30 mai 2013, [over-blog.com/article](http://over-blog.com/article).