Les grandes lois de la République

Véronique Champeil-Desplats

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/86>

DOI : 10.4000/revdh.86

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Véronique Champeil-Desplats, « Les grandes lois de la République », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 3 | 2013, mis en ligne le 01 juin 2013, consulté le 22 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/86> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.86>

Ce document a été généré automatiquement le 22 septembre 2020.

Tous droits réservés

Les grandes lois de la République

Véronique Champeil-Desplats

A Guy Carcassonne, pour tout ce qu'il nous a apporté de meilleur.

- 1 « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe » (article 143 du Code civil). Après la loi Neuwirth de 1967 autorisant la contraception, la loi Veil rendant possible l'avortement, la loi Badinter de 1982 abolissant la peine de mort, il y a aujourd'hui la (nouvelle) loi Taubira n°2013-404 du 18 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Que la virulence des débats et la montée en généralité des arguments qu'elle a suscités fassent ici office d'indice, cette loi a sa place parmi les grandes lois sociétales de la cinquième République et ce, comme celles qui l'ont précédée, qu'on la déplore, la défende, ou que l'on y soit, après tout, indifférent.
- 2 Sur le terrain juridique, c'est sans doute dans les principes constitutionnels d'égalité et de liberté du mariage que la loi du 18 mai 2013 trouve ses justifications les plus solides. Mais c'est, en contrepoint, le rejet de l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme qui retiendra notre attention. Le considérant 21 de la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 est sur ce point fort riche.
- 3 L'hiver 2012-2013 des constitutionnalistes avait été animé par la question de savoir si le Code civil pouvait ou non être source d'un principe fondamental reconnu par la République. Il avait alors été soutenu que ledit Code bornait le mariage à l'union d'un homme et d'une femme, et ce de façon continue au moins depuis 1804. L'argument est sérieux car, à vrai dire, tout pourrait justifier la formation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, si le Conseil constitutionnel le voulait. Et il fut au demeurant un temps où le Conseil avait su se montrer très souple et généreux en la matière ; la communauté universitaire, forte aujourd'hui d'une indépendance garantie au niveau constitutionnel, lui en sera à jamais reconnaissante.
- 4 En énonçant quelques critères d'identification des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, interprétés ensuite de façon de plus en plus rigoureuse, la

décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988 a changé la donne. Pour qu'un tel principe puisse être consacré, il faut dorénavant qu'il ait été énoncé dans un texte législatif adopté sous un régime républicain, avant l'entrée en vigueur de la constitution de 1946, de façon continue, et avec une intention de consacrer un principe fondamental. Comme l'expliquait Guy Carcassonne, avec l'inimitable sens de la formule qui était la sienne lorsque le Conseil avait refusé d'ériger en principe fondamental reconnu par les lois de la République l'acquisition de la nationalité française par le « droit au sol » : « *le Conseil se livre ainsi à un contrôle rétrospectif, pour faire le départ entre ce qui résultait de la véritable volonté d'ériger un principe et ce qui n'était que le fruit de contingences, accidentellement répétitives* » (G. Carcassonne, *La constitution*, Paris, Editions du Seuil, 2013, 11^{ème} édition, p. 432).

- 5 A défaut d'un tel ancrage textuel, le Conseil constitutionnel le rappelle dans la décision du 17 mai 2003, l'existence d'une tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour donner naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République. La question centrale s'agissant du statut constitutionnel ou non des critères du mariage devient alors de déterminer si le Code civil peut être considéré comme une loi républicaine. Cette question est si embarrassante qu'elle a fait l'objet de diverses positions doctrinales et que le Conseil constitutionnel a toujours pris soin de la contourner (qu'il nous soit permis de renvoyer à notre article « Le Code civil, source de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ? », in M. Verpeaux (dir.), *Code civil et constitution(s)*, Economica, 2005, pp. 15-27).
- 6 La décision du 17 mai 2003 ne déroge pas à la dérobade. Du Code civil comme source d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, il n'est point question. Pour rejeter l'allégation selon laquelle le mariage est l'union d'un homme et une femme constituerait un tel principe, le Conseil fait preuve de quelques audaces.
- 7 En premier lieu, il procède à une distinction entre le statut de « règle » et celui de « principe ». Pour rejeter l'existence d'un « *principe* » fondamental reconnu par les lois de la République, il présente comme une « règle » l'allégation de ce que le mariage est l'union d'un homme et une femme. Le lecteur n'est pas du tout renseigné sur ce qui différencie un principe d'une règle, mais la qualification de « règle » s'affiche de la sorte comme une première étape argumentative.
- 8 Surtout, en second lieu, le Conseil prend le soin de préciser que cette « règle » « n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics ». Les spécialistes auront compris qu'il s'agit d'une typologie des domaines dans lesquels ont jusqu'à présent été affirmés les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Mais cette typologie n'est pas, en l'occurrence, qu'un simple rappel de portée informative. Elle a aussi une dimension prescriptive. Un principe fondamental reconnu par les lois de la République « intéresse », pour reprendre le verbe utilisé par le Conseil constitutionnel, les « droits et libertés fondamentaux », la « souveraineté nationale » ou l'« organisation des pouvoirs publics ». Et c'est alors parce que la règle selon laquelle le mariage est l'union d'un homme et d'une femme « n'intéresse pas », selon le Conseil, l'un de ces domaines qu'elle « ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République ».
- 9 Soit. Mais au risque de se faire l'avocat du diable – que l'on nous pardonne l'ironie –, il y a de quoi rester dubitatif sur l'affirmation toute péremptoire de ce que ladite règle « n'intéresse » pas les « droits et libertés fondamentaux »..., d'autant, qu'au passage,

voilà réhabilitée dans le vocabulaire des décisions du Conseil une qualification des droits et libertés dont on ne sait pas plus que dans les années 1990 ce qu'elle désigne précisément, ni ce qu'elle implique dorénavant.

- 10 Le considérant 21 de la décision finit non moins intensément qu'il avait commencé : « qu'en outre », nous dit le Conseil constitutionnel, « 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 ». Le rejet de ce fondement naturaliste peut signifier deux choses. La première, la plus simple, est que, pour le Conseil constitutionnel, le mariage n'est pas par nature l'union d'un homme et d'une femme. La seconde, la plus vraisemblable, est qu'après avoir rappelé que l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République suppose un ancrage textuel, il rejette l'invocation de la nature comme source du droit constitutionnel et, partant, comme justification de la production d'un nouveau principe constitutionnel.
- 11 Les modalités de l'invocation du principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, tout comme la réponse apportée par le Conseil constitutionnel, auront été exemplaires de la montée en généralité et du retranchement argumentatif auxquels conduisent les situations de fortes controverses qui touchent, chez les uns et chez les autres, les valeurs ultimes auxquels chacun adhère. La rigueur et la technicité avec laquelle est aujourd'hui conçue la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, l'absence d'arguments constitutionnels autres qui auraient présenté, dans le contexte de l'ordre juridique français actuel, une pertinence suffisante contrebalancer la portée des principes constitutionnels d'égalité et de liberté du mariage qui justifient le mariage pour tous et, enfin, la volonté à loisir réaffirmée de ne pas se substituer à l'appréciation du législateur ont eu raison de l'appel à la tradition (même républicaine) et à la nature. Le mariage est désormais ouvert à tous : quoi qu'on en pense, souhaitons-le au moins aux futur.e.s marié.e.s, pour le meilleur...