



HAL
open science

De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe

Lucie Sponchiado

► **To cite this version:**

Lucie Sponchiado. De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe. *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, 96, pp.951-974. 10.3917/rfdc.096.0951 . hal-03722044

HAL Id: hal-03722044

<https://hal.u-pec.fr/hal-03722044v1>

Submitted on 13 Jul 2022

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

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

De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe¹

LUCIE SPONCHIADO

De nombreux articles de doctrine ont été consacrés au mariage des couples de personnes de même sexe². Parmi eux, certains soulevèrent la question de savoir si le mariage comme union d'un homme et d'une femme était/pouvait être/devait être reconnu comme un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République (PFRLR)³ à tel point que Bertrand

Lucie Sponchiado, Attachée Temporaire d'Enseignement et de Recherche (ATER), École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1, Centre de Recherche en Droit Constitutionnel (CRDC).

¹ Cet article, mis à jour après la décision 2013-669 DC, reprend en substance la communication présentée lors de la journée de la Jeune Recherche en droit Constitutionnel (JRC) organisée le 14 février 2013 par la Commission de la Jeune Recherche en droit constitutionnel de l'Association Française de Droit Constitutionnel, le CRDC et le Collège des Écoles doctorales de l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne.

² On citera à titre d'exemple, de façon chronologique et non exhaustive: P. Kipiani, « Mariage homosexuel et adoption par un couple homosexuel : d'une revendication en droit français à une reconnaissance en droit belge », *Droit de la Famille (Dr. famille)*, janvier 2012, n° 1, étude n° 3 ; C. Neirinck, « Le mariage homosexuel ou l'arbre qui cache la forêt », *Dr. famille*, octobre 2012, n° 10, repère 8 ; P. de Charentenay, « Mariage homosexuel : un débat pour tous », *Études*, tome 417, 2012/11, pp. 436-439 ; D. Borrillo, « Égalité des droits et critique de la norme familiale », *Revue des Droits de l'Homme (RDH)*, novembre 2012, n° 2, <http://wp.me/P1Xrup-1kP>, version PDF ; F. Rome, « Yes, they can! », *Recueil Dalloz (D.)*, 2012, p. 1257 et la réponse de L. Sertor, « Non, ils ne peuvent pas ! », *D.*, 2012, p. 1321 ; F. Chénéde, « Le constitutionalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *Les petites affiches (LPA)*, 20 février 2013, n° 37, p. 6 ; Ph. Brun, « Le lobbying doctrinal ou l'art de se cacher derrière son (petit ?) droit », *La Semaine Juridique. Edition Générale (JCP G)*, 8 avril 2013, n° 15, 404 ; P. Brunet, V. Champeil-Desplats, S. Hennette-Vauchez et E. Millard, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du Droit" ? », *D.*, 2013, p. 784 et le « droit de réponse » qui suit immédiatement : B. Daugeron, A.-M. Le Pourhiet, J. Roux et Ph. Stoffel-Munck, « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns...*Tu patere legem quam ipse fecisti* » ; C. Tukov, « Un recours attendu qui ne s'est pas fait attendre », *JCP G*, 6 mai 2013, n°19/20, 523 ; B. Mathieu, « Les "questions de société" échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G*, 27 mai 2013, n° 22, 588 ; H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP G*, 3 juin 2013, n° 23, doctr. 658 ; J. Rubellin-Devichi (dir.), « Chronique droit de la famille », *JCP G*, 8 juillet 2013, n° 28, doctr. 819. V. aussi les dossiers consacrés au « mariage pour tous » par la revue *Droit de la Famille* n°s 1 et 6/7 de l'année 2013, le numéro spécial des *Petites Affiches* intitulé « Loi du 17 mai 2013 : évolution ou révolution ? », n°133, 4 juillet 2013 et le dossier « Mariage : la réforme ! », in *Actualités Juridiques. Famille (AJ Famille)*, n° 6-2013.

³ L. Candide (il s'agit du pseudonyme choisi par l'auteur-e-), « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gazette du Palais (GP)*, 4 octobre 2012, n° 278, p. 7 ; X. Dupré de Boulois, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit » [Billet d'humeur], *Revue des droits et libertés fondamentaux (RDLF)*, 6 novembre 2012, disponible en ligne : <http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/?p=2891>, version PDF ; P. Delvolvé, « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro*, 8 novembre 2012 ; X. Dupré de Boulois et D. Roman, « Le Mariage, Napoléon et la Constitution », *Le Figaro*, 19 novembre 2012 ; D. Bert, « Le caractère hétérosexué du mariage et de la filiation : un principe de valeur constitutionnelle ? », *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, novembre 2012, n° 11, pp. 4-5 ; P. Jan, « Le mariage pour tous est bien conforme à la Constitution », *Slate.fr*, 30 novembre 2012, Disponible en ligne : <http://www.slate.fr/tribune/65509/mariage-pour-tous-conforme-constitution> ; D. Rousseau, « Le "mariage pour tous" relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *GP*, 13 décembre 2012, n° 348, pp. 5-6 ; F.-X. Bréchet, « La constitutionnalité du "mariage pour tous" en question », *JCP G*, n° 51, 2012, pp. 2326-2331 ; B. Pauvert, « Sur une *disputatio* contemporaine et brûlante », *Dr. famille*, janvier 2013, pp. 37-38 ; A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? », *RDLF*, 21 janvier 2013, disponible en ligne : <http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/?p=3185>, version PDF ; D. Rousseau, « La Constitution peut-elle briser le mariage gay ? »,

Pauvert y vit l'émergence d'une « *disputatio* contemporaine et brûlante⁴ ». L'enjeu de cette discussion était effectivement « brûlant » puisque dès l'examen à l'Assemblée nationale du projet de loi *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* certains députés de l'opposition ont, citant la doctrine, invoqué ce PFRLR⁵. Cet argument a, par suite, été mobilisé, dans les saisines des députés et sénateurs datées du 10 mai 2013, à l'appui du recours dirigé contre le texte qui fut présenté au Conseil constitutionnel. Répondant aux divers griefs invoqués par les requérants, le haut Conseil a, dans la décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013⁶, récusé le PFRLR allégué.

Néanmoins, il paraît rétrospectivement utile d'interroger l'usage des PFRLR dans le débat sur le mariage. Cette interrogation peut, prospectivement, présenter un intérêt pour les prochaines discussions analogues. En effet, en examinant les discussions doctrinales, les décisions relatives aux PFRLR et les commentaires de décisions fournis par l'institution elle-même, il apparaît que rien ne permet jamais de prédire que le Conseil reconnaitra un PFRLR supposé. Au regard d'éventuels « critères » de reconnaissance, aucune prédiction certaine n'est permise. En revanche, cette interrogation montre qu'une tentative de prédiction ne saurait faire l'économie d'une anticipation des conséquences qu'emporterait la reconnaissance d'un PFRLR que l'on invoque.

Nul besoin sans doute de revenir sur la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 et sur l'avènement des PFRLR comme composante de ce que certains auteurs nomment « bloc de constitutionnalité⁷ », mais la controverse sur le mariage aurait pu être l'occasion de (ré)interroger les PFRLR et de rénover les critiques ou louanges adressées à ces « principes à

Libération, 31 janvier 2013, disponible en ligne ; A.-M. Le Pourhiet, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF*, 4 février 2013, disponible en ligne : <http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/?p=3228>, version PDF ; J. Roux, « Le “mariage pour tous” et la Constitution : la méthode et le fond » (Réponse à Alexandre Viala), *RDLF*, 6 février 2013, disponible en ligne : <http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/?p=3258>, version PDF ; G. Drago, « Mariage entre personnes de même sexe : problématiques de constitutionnalité », *LPA*, 11 février 2013, n° 30, p. 4 ; P. Murat, « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel (NCCC)*, 2/2013, n°39, pp. 19-41.

⁴ B. Pauvert, art. cit.

⁵ V. not. Commission des lois constitutionnelles, AN, CR n° 30, séance de 16h30 du 15 janvier 2013 les interventions des MM. les députés Houillon (p. 4), Decool (p. 6), Gérard (p. 6), Breton (p. 15) et Gosselin (p. 50). V. aussi rapp. n° 629 par E. Binet, fait au nom de la Commission des lois, t. 1, pp. 21 et s. V. aussi *JO* du 30 janvier 2013, n° 6 [2], AN (CR), 2^e séance du mardi 29 janvier 2013, intervention du député Poisson, p. 495 ; *JO* du 31 janvier 2013, n° 7, AN (CR), séance du 30 janvier 2013, intervention du député Gosselin, p. 548 ou encore les interventions en séance publique des députés Genevard (2^e et 3^e séances du vendredi 1^{er} février 2013), Chevrollier (3^e séance du vendredi 1^{er} février 2013), Le Fur (2^e séance du mercredi 6 février 2013), Accoyer, Favennec (1^{er} séance du jeudi 7 février 2013) et Gosselin (1^{re} séance du 8 février 2013).

⁶ Cc, décis. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, not. cons. 21, *JO* du 18 mai 2013, p. 8281. Cet article ne constitue pas un commentaire de la décision 669 DC. Mais nous ferons néanmoins références aux saisines et à la décision pour questionner rétrospectivement la démarche doctrinale visant à prescrire la reconnaissance ou l'absence de reconnaissance du supposé PFRLR selon lequel « le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ». Pour des commentaires de cette décision voir not. : J.-R. Binet, « Conformité de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe à la Constitution », *Dr. famille*, juillet-août 2013, n° 7-8, pp. 67-71 ; P. Murat, « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », *Dr. famille*, juillet-août 2013, n° 7-8 ; J.-M. Larralde, « Le mariage pour tous est conforme à la Constitution ! », *LPA*, 4 juillet 2013, n° 133, pp. 5-12 ; B. Mathieu, « Les "questions de société" échappent au contrôle de constitutionnalité, art. cit.

⁷ Not. L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges en l'honneur de Charles Eisenmann*, 1975, p. 33 ; L. Favoreu, L. Philip et alii., *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^e éd., 2011, pp. 55 et s. Pour une critique de l'expression, v. par ex., M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., 2011, pp. 61 et s. ; B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 246 not.

géométrie variable, au contenu élastique et aux effets aléatoires⁸ ». Mais telle ne fut pas l'optique des acteurs prenant part à la discussion.

Tous semblaient en effet partager au moins deux présupposés qui ne furent pas discutés. Ils s'accordaient, d'une part, sur la valeur constitutionnelle des PFRLR⁹ et admettaient, d'autre part, l'existence de « critères¹⁰ » présidant à leur reconnaissance par le Conseil constitutionnel. Suivant trois positions différentes, chaque discutant de démontrer que ces « critères » validaient son hypothèse : certains les mobilisèrent pour prouver que le mariage entre un homme et une femme n'était pas un PFRLR¹¹ (position 1) ; d'autres admirèrent que « sur le plan technique, ériger le caractère sexué du mariage en PFRLR pourrait s'envisager¹² » mais récusèrent cette possibilité en invoquant « la conception que [se] fait le juge constitutionnel¹³ [des PFRLR] » (position 2) ; les derniers, enfin – suivis en cela par les requérants devant le Conseil –, utilisèrent ces critères pour prouver que le mariage réservé aux couples de personnes de sexe différent est un PFRLR¹⁴. Ils invitaient alors le haut Conseil à constater l'incompétence du législateur ordinaire au profit du constituant¹⁵ (position 3).

Certains auteurs développèrent d'autres arguments constitutionnels pour tenter de pré-déterminer la constitutionnalité¹⁶ ou non¹⁷ de la loi relative à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe. L'objet du présent article n'est pas de revenir sur l'ensemble de ces arguments mais bien d'interroger le recours aux PFRLR dans ce débat.

Évidemment, il faut distinguer deux sens de la proposition « le mariage comme union d'un homme et d'une femme est un PFRLR¹⁸ » : soit l'affirmation renvoyait à une décision du Conseil constitutionnel et était vérifiable ; soit cette assertion consistait à dire : « le mariage comme union d'un homme et d'une femme pourrait et/ou devrait être reconnu comme un PFRLR ».

Quant à la première branche de l'alternative, le Conseil n'avait jamais affirmé l'existence du principe invoqué. Quand bien même l'aurait-il fait, ceci n'aurait d'ailleurs pas privé les juristes d'une autre question, à savoir : le haut Conseil était-il fondé à le découvrir au regard des diverses interprétations que la norme permet ou au regard du reste de sa jurisprudence en matière de PFRLR ?

Mais c'est bien au second sens que devaient être comprises les différentes positions soutenues.

⁸ D. Loschak, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 43.

⁹ Comme le notait Bruno Genevois « cela fait déjà longtemps que l'on ne conteste pas ou plus le fait que ces principes, en raison de leur ancrage dans la Constitution, ont valeur constitutionnelle » B. Genevois, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 1998, p. 478.

¹⁰ Cette démarche de détermination des critères n'est pas nouvelle. Certains auteurs le font en interrogeant l'expression – v. notamment J. Rivero, « Les “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.*, 1972, chron. XLI, p. 265 –, d'autres en examinant les différentes décisions du Conseil constitutionnel – v. par exemple B. Genevois, « Une catégorie de principes... » art. cit. ou M. Verpeaux, « Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République », *LPA*, 1^{re} partie, 14 juillet 1993, n° 84, p. 9 et 2^e partie, 16 juillet 1993, n° 85, p. 6 ou, du même auteur, « Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ? », *D.*, 2004, p. 1537.

¹¹ D. Rousseau, art. cit., p. 5 et A. Viala, art. cit.

¹² X. Dupré de Boulois, art. cit.

¹³ P. Jan, art. cit.

¹⁴ L. Candide, art. cit. ; P. Delvolvé, art. cit. ; F.-X. Bréchet, art. cit. ; B. Pauvert, art. cit.

¹⁵ Les quatre auteurs susmentionnés concluent explicitement en ce sens.

¹⁶ P. Jan, art. cit. ; D. Rousseau, art. cit. ; X. Dupré de Boulois et Roman D., art. cit.

¹⁷ Par ex, A.-M. Le Pourhiet, art. cit., J. Roux, art. cit. ou encore G. Drago, art. cit.

¹⁸ Le même raisonnement vaut pour la négation : « le mariage n'est pas un PFRLR ».

Dès lors, pour interroger l'argument, nous admettrons les présupposés communs aux différents auteurs : validité des PFRLR et existence de critères de reconnaissance par le Conseil constitutionnel. Le Conseil pouvait-il et/ou devait-il reconnaître que le mariage entre un homme et une femme est un PFRLR ? Pour qui adopte une position positiviste¹⁹ – c'est notre cas – cette interrogation renvoie à deux postures différentes.

Se demander si le Conseil constitutionnel *pouvait* ériger un tel principe en PFRLR relève de la science du droit en tant que cette démarche conduit à interroger les conditions d'appartenance d'une norme *n* à un ordre juridique considéré, en l'occurrence l'ordre juridique français. Autrement dit, poser cette question revient à se demander si « le mariage entre un homme et une femme » remplit les conditions de reconnaissance d'un PFRLR²⁰.

En revanche, la question de savoir si le Conseil constitutionnel *devait* reconnaître comme PFRLR un tel principe relève d'interrogations morales qu'il n'appartient pas à la science juridique de traiter. En ce sens, cela ne signifie pas que le citoyen, le juriste, la doctrine ne devaient ni ne pouvaient se poser la question de savoir s'il aurait été juste ou bon que le Conseil constitutionnel reconnaisse que le mariage entre un homme et une femme est un PFRLR ou que le législateur accorde aux couples de personnes de même sexe la possibilité de se marier. Toutefois, cela oblige à ne pas confondre les registres de discours ou à rendre compte de ces différents registres. Xavier Magnon pouvait ainsi souligner, de façon anticipatrice, que : « Les controverses juridiques à forte teneur éthique comme par exemple [...] le mariage homosexuel, entraînent souvent la confusion entre les ordres juridique et moral²¹. » Il ne s'y est pas trompé.

Dans la *disputatio* sur la constitutionnalité contestée du mariage de personnes de même sexe se mêlèrent ainsi, parfois sourdement, propositions sur le droit et propositions morales. Les mémoires des requérants devant le Conseil en attestent également²². Or, l'étude des décisions du Conseil en matière de PFRLR permet d'établir que les « critères » opèrent plutôt comme de simples « indices²³ ». Si quelque régularité peut être dégagée des décisions du Conseil constitutionnel, tous ces « critères » ont néanmoins une part d'indétermination qui permet diverses interprétations et, le cas échéant, diverses prédictions. Aucune certitude n'affleure et la diversité des interprétations interdit de la feindre. Ainsi, affirmer que « l'altérité sexuelle des époux [...] remplit *sans conteste* les conditions fixées par la jurisprudence²⁴ », c'est présenter comme irrécusable ce qui fait doute. Or, comme l'écrivait Hans Kelsen :

Le juriste qui, dans un commentaire qu'il publie, distingue l'une des interprétations possibles comme la seule « exacte », ne remplit pas une fonction de science juridique mais de politique

¹⁹ Nous entendons ici le positivisme non comme idéologie mais comme théorie du droit et comme doctrine. Sur les trois aspects du positivisme on se reportera utilement à N. Bobbio, « Tre aspetti del positivismo giuridico », *Revista di filosofia*, 1961, L. II, pp. 14-34, réimp. in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan, 1965, tr. fr. par M. Guéret in N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1998, pp. 23-38. En tant que perspective théorique, le positivisme est une méta-doctrine prescriptive selon laquelle « la science du droit doit adopter une attitude descriptive » et qui, en tant que doctrine, d'un point de vue épistémologique, s'assigne cette exigence dans l'étude du droit.

²⁰ Toujours si l'on suppose que les PFRLR sont des normes valides dans l'ordre juridique français.

²¹ X. Magnon, « En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? », *RTD Civ.*, 2009, p. 277.

²² On lit ainsi dans la saisine sénatoriale que : « Cette institution multiséculaire trouve entre autres ses fondements dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui est le fondement de l'état de droit dans notre pays. Elle proclame que les hommes naissent libres et égaux en droits. De cette affirmation découlent plusieurs conséquences. La première est que les droits de l'homme s'enracinent dans le droit naturel et qu'ainsi le droit ne peut être bâti sur des constructions virtuelles. »

²³ Dans le même sens, voir l'article de D. Rousseau, art. cit. p. 5.

²⁴ F.-X. Bréchet, p. 2327. Nous soulignons.

juridique²⁵.

Un examen de la jurisprudence du Conseil et de sa doctrine institutionnelle permet tout au plus d'exclure avec certitude certains principes mais nullement de prédire ou de conjecturer, *en se fondant exclusivement sur ces indices*, que *x* pourrait être un PFRLR ou le sera. Il faut donc, dans une perspective générale et prospective, souligner les limites d'une prédiction circonscrite aux indices de reconnaissance des PFRLR. En l'occurrence, il sera montré que ces indices ne permettraient pas de soutenir que « le mariage civil comme union d'un homme et d'une femme remplissait (ou ne remplissait) pas les conditions de reconnaissance d'un PFRLR » (I).

L'argument tiré des PFRLR n'était alors d'aucun secours pour celui qui, préjugant, voulait affirmer l'inconstitutionnalité (ou la conformité à la Constitution) de la loi discutée. En revanche, il nous semble peu étonnant que cette proposition n'ait pas été retenue. Sans se fonder sur des « pseudo-critères » de reconnaissance, il s'agit, en raisonnant par l'absurde, de montrer que le haut Conseil s'était déjà implicitement prononcé sur cette question. Si ce dernier avait dû consacrer le PFRLR discuté, cela aurait eu de profondes conséquences sur sa jurisprudence que ne semblent pas avoir mesurées les tenants de la position 3. Il s'agira donc de souligner la nécessité – pour la doctrine et les requérants – d'anticiper les conséquences qu'aurait une décision souhaitée (II).

I. LES LIMITES D'UNE PRÉDICTION EXCLUSIVEMENT FONDÉE SUR LES « CRITÈRES »

Avec les auteurs qui prirent part à la controverse, il faut admettre l'existence de critères de reconnaissance. De fait, pour que la *disputatio* fût possible, il était nécessaire de supposer que les PFRLR ne sont pas indéfiniment extensibles d'un point de vue matériel et que le Conseil constitutionnel les détermine suivant des « règles » préétablies, fussent-elles implicites. Refuser ce prérequis annihilerait tout débat et tout pouvait et pourrait être dit « PFRLR », sans autre discussion.

D'un point de vue méthodologique, les différents auteurs semblèrent rechercher les « critères » en se fondant sur les décisions du Conseil constitutionnel. Ainsi, pour reprendre la typologie développée par Xavier Magnon²⁶, les « doctrines de l'institution²⁷ » n'ont, semble-t-il, pas servi de référence ; elles étaient pourtant éclairantes.

Plusieurs éléments sont classiquement relevés qui semblent avant tout contenus dans l'expression même : « principe », « fondamental », « reconnu », « lois », « République ». Comme l'écrivait, dans une formule devenue célèbre, le professeur Rivero : « Quelle

²⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1960), tr. fr. par C. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, 2^e éd., 1999, p. 342.

²⁶ X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *NCCC*, 2013, n°38, pp. 206–211.

²⁷ Dans l'article précité, X. Magnon distingue les doctrines internes au Conseil et la doctrine externe que constitue la doctrine universitaire. Les doctrines internes sont de deux ordres : doctrine première qu'il nomme aussi « doctrine du Conseil » ou « doctrine du juge » et qui est constituée des motivations des décisions ; « doctrines secondes » ou « doctrines de l'institution » qu'il définit comme des doctrines « protéiformes [constituées par les] communiqués de presse, dossiers documentaires, commentaires de l'institution, anciennement commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel, tous publiés en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel sous chaque décision, résumés des décisions présentés dans les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, tables analytiques en ligne sur le site, commentaires ponctuels des membres du service juridique et du secrétaire général dans les revues juridiques spécialisées et contributions, commentaires et autres discours des membres du Conseil constitutionnel ou des services de celui-ci publiés dans des revues et des ouvrages ou encore disponibles en ligne sur le site du Conseil constitutionnel. », art. cit., p.207.

République ? Quelles lois ? Quels principes²⁸ ? »

Nous mentionnerons quatre indices: le principe fondamental (1^{er} indice) doit être relatif aux « droits et libertés » (2^e) et recherché dans les lois (3^e) d'un régime républicain antérieur au 27 octobre 1946 (4^e).

Les deux premiers illustrent au mieux ce qu'avec H.L.A. Hart il convient de qualifier de syntagmes à « texture ouverte²⁹ »: expressions malléables qui opèrent comme une « habilitation ouverte » pour le haut Conseil et autorisent chacun à imaginer que tels ou tels principes pourraient être des PFRLR (A). En revanche, les deux derniers indices offrent une prise plus certaine à quelque démarche prédictive. Leur objectivité paraît, de prime abord, moins sujette à caution quoiqu'ils puissent néanmoins être discutés (B).

A. DEUX INDICES MALLEABLES: « UN PRINCIPE FONDAMENTAL », « RELATIF AUX DROITS ET LIBERTES DE L'HOMME ET DU CITOYEN »

Un PFRLR serait un principe fondamental (2) relatif aux droits et libertés de l'homme et du citoyen (1).

1. « Droits et libertés de l'homme et du citoyen »

Pour certains auteurs, les PFRLR seraient exclusivement relatifs aux droits et libertés³⁰. Cette double exigence paraît pouvoir être directement tirée de la rédaction du préambule de la Constitution de 1946 énonçant que :

[Le peuple français] réaffirme solennellement les *droits et libertés de l'homme et du citoyen* consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Pour défendre les positions 1 ou 2 et démontrer le lien entre « droits et libertés » et PFRLR, différents auteurs³¹ citèrent les principes déjà « découverts³² »: liberté d'association³³, droits de la défense³⁴, liberté individuelle³⁵, liberté d'enseignement³⁶, liberté de conscience³⁷,

²⁸ J. Rivero, « Les “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République”... », art. cit. , p. 266.

²⁹ H.L.A Hart, *Le Concept de droit*, tr. fr. par M. Van De Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, pp. 155 sq.

³⁰ X. Dupré de Boulois, art. cit. , D. Bert, art. cit. ; P. Jan, art. cit. et A. Viala, art. cit. Cf. not. , en sus des décisions citées plus bas, B. Genevois, « Une catégorie de principes... », art. cit. , p. 483.

³¹ X. Dupré de Boulois, art. cit. , D. Bert, art. cit. ; P. Jan, art. cit. et A. Viala, art. cit.

³² Sont visés tous les « principes » ayant été considérés comme PFRLR à un moment donné de la jurisprudence du Conseil. Certains d'entre eux ne sont plus aujourd'hui exclusivement considérés comme tels, attendu que le Conseil constitutionnel a pu leur conférer une autre valeur. V. not. : M. Lascombe, *Code constitutionnel et des droit fondamentaux*, Dalloz, 2012, pp. 247–248.

³³ Cc, décis. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971. Pour quelques commentaires en langue française : L. Hamon, « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels », *D.*, 1974, chron., pp. 83–90 ; J. Rivero, *AJDA*, 1971, pp. 537–542 ; J. Robert, « Propos sur le sauvetage d'une liberté », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'Étranger (RDP)*, 1971, pp. 1171–1204. V. aussi Cc, décis. n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Rec.* p. 97.

³⁴ Cc, décis. n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Rec.* p. 39 ; Commentaire : Y. Reinhard, « La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et la sécurité du travail », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Rev. sc. crim.)*, 1978, p. 257.

³⁵ Cc, décis. n° 76-75DC du 12 janvier 1977, *Rec.* p. 33 ; J. Rivero, *AJDA*, 1978, p. 215 ; D. Mayer, « Plaidoyer pour une redéfinition du flagrant délit », *D.*, 1980, chron., p. 99 ; E. Picard, « La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français », *Rev. sc. crim.*, 1993, pp. 275-310 ; F. Fines, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle dans la jurisprudence constitutionnelle », *RFDA*, 1994, p. 594.

indépendance de la juridiction administrative³⁸, indépendance des professeurs d'Université³⁹, réserve de compétence au bénéfice de la juridiction administrative⁴⁰, garantie de la protection de la propriété privée par l'autorité judiciaire⁴¹ et atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de leur âge⁴². Mais on constate leur difficulté⁴³ à y intégrer ensuite la protection du particularisme régional de l'Alsace-Moselle⁴⁴, quand ils n'évitèrent pas la question⁴⁵.

À l'inverse, il était possible d'affirmer, comme le fit le professeur Anne-Marie Le Pourhiet, que les PFRLR « concernent à la fois des libertés et des institutions, des droits subjectifs et des principes objectifs » : « la défense corporatiste du statut et de la compétence des juridictions administratives », « l'indépendance des professeurs d'Université » ou encore « la justice pénale des mineurs »⁴⁶ relèveraient des seconds. Parmi les auteurs soutenant la position 3, la plupart ne s'enquirent pourtant pas de cet indice en considérant qu'un PFRLR permet de consacrer une « règle suffisamment importante et générale⁴⁷ ». De ce point de vue, le mariage comme union d'un homme et d'une femme aurait pu être élevé au rang de PFRLR.

Il y a donc débat sur l'objet des PFRLR et la question se posait en l'espèce de savoir si, parmi ceux déjà reconnus, l'altérité sexuelle des époux contractant mariage avait sa place.

En outre, cette altérité pouvait-elle être considérée comme un *principe fondamental* ?

2. « Principe fondamental »

Il semble que le haut Conseil entende par là une règle importante, présentant une certaine généralité, ne connaissant aucune solution de continuité et qui ne soit pas seulement le produit d'une conjoncture historique, sociale, etc. La subjectivité est encore à l'œuvre dans cette

³⁶ Cc, décis. n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Rec.* p. 42. Commentaires : P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs*, 1978, n° 5, p. 185 ; L. Favoreu, *RDP*, 1978, p. 830 ; J.Y. Plouvin, *RDP*, 1979, pp. 65-85 ; J. Rivero, *AJDA*, 1978, p. 565 ; J.-F. Flauss, *GP*, 9-10 et 11-13 juin 1978. V. aussi Cc, décis. n° 2009-591 DC du 22 octobre 2009, *Rec.* p. 187.

³⁷ Cc, décis. n° 77-87 DC art. cit.

³⁸ Cc, décis. n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, cons. 6 et 7, *Rec.* p. 46.

³⁹ Cc, décis. n° 83-165 DC du 20 janvier 1984. Commentaires : J. Boulouis, *AJDA*, 1984, p. 163 ; L. Favoreu, « Libertés locales et libertés universitaires », *RDP*, 1984, p. 702 ; Y. Gaudemet, « L'indépendance des professeurs d'Université, principe commun des droits constitutionnels européens », *D.*, 1984, chron, p. 125 ; L. Hamon, *GP*, 1984, p. 573 ; M. De Villiers, *Revue administrative (RA)*, 1984, p. 261 ; F. Luchaire, *D.*, 1984, p. 593.

⁴⁰ Cc, décis. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. 15 et 16, *Rec.* p. 8.

⁴¹ Cc décis. n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, cons. 16 et 23, *Rec.* p. 53.

⁴² Cc, décis. n° 2002-461 DC, 29 août 2002, LOPJ. Commentaires: J.-É. Schoettl, « La loi d'orientation et de programmation pour la justice devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 5 septembre 2002, n° 178, pp. 4-31 ; C. Castella et M. Sanchez, « La réforme de la justice pénale des mineurs par la loi du 9 septembre 2002 », *Dr. famille*, 2002, pp. 6-9 ; B. Mathieu, *LPA*, 6 janvier 2003, n° 4, pp. 10-13 ; J. Roux, « La reconnaissance par le Conseil constitutionnel du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice des mineurs », *RDP*, 2002, n° 6, pp. 1731-1768 ; F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la loi d'orientation de la justice », *RDP*, 2002, n° 6, pp. 1619-1638 ; A. Pena-Gaïa, *Revue française de droit constitutionnel (RFDC)*, 2003, n° 54, pp. 363-373.

⁴³ Voir la position du professeur Viala et la double critique qui lui est faite par les professeurs A.-M. Le Pourhiet et J. Roux, art. cit.

⁴⁴ Cc, décis. n° 2011-157 QPC, préc.

⁴⁵ X. Dupré de Boulois, art. cit. ; D. Bert, art. cit. ; P. Jan, art. cit.

⁴⁶ A.-M. Le Pourhiet, art. cit.

⁴⁷ F.-X. Bréchet, art. cit.

appréciation⁴⁸.

Peut-on objectivement dire ce qui est important⁴⁹ ? La vigueur des réactions est-elle l'aune qui permet d'identifier un principe comme fondamental ? Doit-on, comme Lucie Candide, y voir ce qui « affecte suffisamment la société⁵⁰ » ? Les réponses positives à cette troisième question abondent. Ainsi, de nombreux auteurs considèrent le mariage comme « une réalité anthropologique fondamentale⁵¹ ». De leur point de vue, le mariage comme union de personnes de sexe différent serait un principe fondamental. Mais le débat lui-même a montré que la discussion était permise.

Les doctrines de l'institution auraient pu renseigner le débat quant à la démarche que semble officiellement s'assigner le Conseil constitutionnel au sujet des PFRLR. C'est dans une intervention intitulée « Le Conseil constitutionnel et la justice pénale des mineurs » que J.-F. de Montgolfier, alors chargé de missions au service juridique du Conseil, a, pour la première fois, de façon publique⁵², établi ce qui allait devenir la doctrine de l'institution en matière de PFRLR. Il écrivit que :

Pour être « fondamental », le principe doit énoncer une règle suffisamment importante, avoir un degré suffisant de généralité et intéresser des domaines essentiels pour la vie de la Nation, comme les libertés fondamentales, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics⁵³.

Cette formule a ensuite été régulièrement réitérée dans les commentaires officiels de diverses décisions⁵⁴. Ce qui n'était alors que « doctrine de l'institution » s'est finalement imposé comme « doctrine du juge » puisqu'on la trouve clairement exprimée au considérant 21 de la décision 2013-669 DC. En ce sens, il est partiellement exact de dire que « Le Conseil opère [dans la décision 669 DC] une délimitation nouvelle du champ matériel des principes fondamentaux⁵⁵ ».

Pour autant, la décision ne clôt pas la discussion. Il est toujours loisible à la doctrine de s'inscrire dans une démarche critique et de considérer comme relevant des libertés fondamentales, de la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics ce que le Conseil aura refusé d'y ranger⁵⁶.

En outre, il semble que des exigences connexes permettent de prendre la mesure de la

⁴⁸ En ce s., v. en partic. V. Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, PUAM/Economica, 2001, pp. 82 sq.

⁴⁹ Sur l'appréciation de l'importance v. par ex., Cc, décis. n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Rec.* p. 21. Commentaires, v. notamment : J.-É. Schoettl, « Collectivités locales », *AJDA*, 1999, p. 149 ; A. Viola, « La modification du scrutin des élections régionales : chronique d'une réforme... Attendue », *LPA*, 4 mars 1999, n° 45, p. 13 ; R. Ghevoitian, *RFDC*, 1999, p. 142 ; L. Baghestani-Perrey et M. Verpeaux, « Mode d'élection des conseillers régionaux et fonctionnement des conseils régionaux : enfin la réforme vint ? », *RFDA*, 2000, p. 109.

⁵⁰ L. Candide, art. cit.

⁵¹ Ph. Malaurie, « Le mariage homosexuel et l'union civile. Réponse à Xavier Labbée », *JCP. G.*, 2012, p. 1096. V. également l'étude de X. Labbée, *même revue*, p. n° 37, 10 septembre 2012, p. 977.

⁵² Il se peut que cette doctrine ait été élaborée en interne antérieurement à l'intervention citée.

⁵³ Intervention du 23 octobre 2008 présentée à l'occasion de la journée d'études organisée par l'Union Nationale Interfédérale des œuvres et Organismes Privés Sanitaires et Sociaux (UNIOPSS). Elle est disponible en ligne sur le site du Conseil constitutionnel.

⁵⁴ En ce s., v. les commentaires, disponibles sur Internet, des décisions 2009-588 DC du 6 août 2009, commentaire p.8 ; 2011-635 DC du 4 août 2011, commentaire p. 19 ; 2011-157 QPC du 5 août 2011, commentaire p. 6 ; 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, commentaire p. 3.

⁵⁵ J.-M. Larralde, « Le mariage pour tous est conforme à la Constitution ! », art. cit.

⁵⁶ V. par ex. B. Mathieu, « Les "questions de société" échappent au contrôle de constitutionnalité », art. cit. On notera cependant que l'auteur commente davantage le commentaire officiel que la décision elle-même comme en atteste le titre de l'article.

« fondamentalité » d'un principe. Pour étayer son appréciation, le Conseil paraît ainsi tenir compte du fait que le principe invoqué ne connaît pas ou peu de dérogation⁵⁷ ni en substance, ni dans le temps⁵⁸.

Mais la continuité du principe n'est pas suffisante puisque la conjoncture est également prise en considération⁵⁹. En effet, dans la décision *Loi réformant le code de la nationalité*⁶⁰, le Conseil a refusé de consacrer « la loi du sol » pour l'acquisition de la nationalité française comme PFRLR en notant qu'elle avait été instituée « pour des motifs tenant notamment à la conscription ». Le législateur aurait pris cette mesure moins par conviction ou *principe* que pour des motifs conjoncturels. Dans son commentaire sur cette décision, Oliver Schrameck notait ainsi que :

L'existence de lois successives n'est pas suffisante pour dégager un principe fondamental à valeur constitutionnelle ; encore faut-il être attentif à leur contexte pour apprécier si le législateur a entendu véritablement affirmer un tel principe⁶¹.

Et de citer les positions en ce sens des « historiens de la nationalité ». Mais là encore s'élève une difficulté : quelle doit être la nature du contexte entourant ces lois ?

Il était possible de soutenir que l'accès exclusif de personnes de sexe opposé au mariage était conjoncturel autant que l'absence de mariage entre personnes de même sexe. De fait, c'est presque un truisme d'affirmer que l'altérité sexuelle des époux dans le cadre du mariage était le produit de son temps, dérivé d'une conception initialement religieuse et sacramentelle⁶² d'une union qui n'était alors conçue que comme hétérosexuelle et reproductive⁶³. Le seul principe qui découlait des anciennes dispositions sur le mariage était tout au plus celui de l'union d'un homme et d'une femme, *sans exclusive*.

Au moment de la rédaction du Code civil, l'enjeu n'était assurément pas de savoir si le

⁵⁷ Cette exigence ne fut pas discutée dans le débat visant à faire de l'altérité sexuelle des époux un PFRLR. Pour cette raison, nous ne reviendrons pas sur les difficultés d'interprétation qu'elle peut susciter. Pour de plus amples développements sur la question, on se reportera utilement à B. Genevois, « Une catégorie de principes... », art. cit., p. 483 et par exemple Cc, décis. n° 97-393 DC préc.. Commentaires : V. S. Aivazzadeh-Barré, B. Mathieu et M. Verpeaux, *LPA*, 22 juin 1998, n° 74, p. 9 ; V. Champeil-Desplats, *D.*, 1998, p. 523 ; B. Mathieu, « Valeur et portée des validations législatives », *RFDA*, 1998, p. 155 ; L. Philip, « Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998 », *RFDC*, 1998, p. 167 ; X. Prétot, « La conformité à la Constitution de la loi de financement de la Sécurité sociale », *Droit social*, 1998, p. 164 ; J.-É. Schoettl, « Sécurité sociale », *AJDA*, 1998, p. 127. V. aussi : Cc, décis. n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, cons. 13, *Rec.* p. 41 ; Commentaires : B. Genevois, *Annuaire international de justice constitutionnelle (AIJC)*, V-1989, p. 483 ; Y. Guyon, *Revue des Sociétés*, 1990, n° 1, p. 27 ; F. Luchaire, *D.*, 1990, p. 209 ; F. Zenati, *RTD Civ.*, 1990, p. 519. V. aussi la décis. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, cons. 5 à 7, *Rec.* p. 78.

⁵⁸ Cependant, notons que c'est bien en décelant un ensemble de dérogations que le Conseil a refusé de reconnaître comme PFRLR « le droit de tout enfant de voir sa filiation concurrentement établie à l'égard d'un père et d'une mère » (Décis. n° 2013-669 DC, cons. 56).

⁵⁹ En ce sens, B. Pauvert, art. cit. V. également N. Merley, « La non-consécration par le Conseil constitutionnel de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2005, p. 636. Cf. L. Favoreu, L. Philip et alii., *Les Grandes décisions...* op. cit., p. 59. Ces auteurs parlent de « contingence ». Le terme est pourtant impropre car, sauf à dire que les lois sont nécessaires, tout ce qui n'est pas nécessaire est, par définition, contingent. V. Cc, décis. n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, cons. 18, *Rec.* p. 196. Commentaires : P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs*, 1993, n° 68 ; Y. M. Doublet, *LPA*, 8 octobre 1993, n° 121, p. 12 ; X. Philippe, *RFDC*, 1993, p. 820 ; O. Schrameck, « La réforme du droit de la nationalité », *AJDA*, 1993, p. 755.

⁶⁰ Cc, décis. n° 93-321 DC préc.

⁶¹ O. Schrameck, « La réforme du droit de la nationalité », art. cit.

⁶² Encore que certains voient dans le mariage du Code civil, dans son ancienne version, un mariage aux origines plus républicaines que religieuses.

⁶³ Sur l'histoire du mariage v., par ex., A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, mais aussi B. Basdevant-Gaudemet, « Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident », in *La Contractualisation de la famille*, 2001, Economica, pp. 17-38.

lien du mariage pouvait unir deux personnes de même sexe⁶⁴ puisque l'homosexualité n'était traitée, à cette époque et au moins jusqu'au XX^e siècle, que comme pathologie, perversion⁶⁵ ou acte criminel. À l'inverse, par exemple, on débattit âprement la question du divorce⁶⁶ et prit soin d'énoncer les empêchements à mariage⁶⁷. Partant, peut-on démontrer que l'*exclusion* de toute évolution sur ce point relève d'un principe ? Le législateur ne pouvait-il rendre polysémique un terme qui était jusqu'alors monosémique ?

Il est ainsi par trop évident que les deux premiers critères pour découvrir un PFRLR ou pour en prédire la reconnaissance sont susceptibles d'interprétations multiples et perméables à la subjectivité et/ou aux partis-pris moraux. La discussion doctrinale sur le mariage a confirmé cette perméabilité. Serait-ce la rançon de la fondamentalité ?

En revanche, les deux autres « critères » renvoient à des notions juridiques qui, au premier abord, feraient moins débat.

B. DEUX INDICES MOINS MALLEABLES: « LOI » ET « REGIME REPUBLICAIN ANTERIEUR A 1946 »

Un PFRLR devrait être recherché dans la loi (1) d'un régime républicain (2) antérieur au 27 octobre 1946⁶⁸.

1. « Lois »

Comme l'indique l'expression, seules des dispositions législatives peuvent permettre de déceler un PFRLR.

Encore faut-il savoir si la « loi » est entendue en un sens formel ou matériel. Parmi les onze PFRLR identifiés par le haut Conseil dans dix décisions, seuls cinq d'entre eux sont expressément rattachés à un texte. Si tous sont inférés des lois de la Troisième République⁶⁹, deux d'entre eux le sont également à partir des ordonnances du Gouvernement provisoire de

⁶⁴ V. notamment : P. A. Fenet, *Naissance du code civil, la raison du législateur*, Flammarion, 2004, en partic. le chap. 4.

⁶⁵ Sur l'histoire de l'homosexualité et l'émergence d'un pouvoir de normalisation, M. Foucault, *Les Anormaux. Cours au Collège de France. 1974-1975*, Gallimard, 1999, 352 p. ou, du même auteur *Histoire de la sexualité*. Pour une bonne introduction v. le bref exposé de Ph. Arès, « Réflexions sur l'histoire de l'homosexualité », in *Sexualités occidentales*, Seuil, coll. « Communications EHESS », n° 35, 1982, pp. 56–67.

⁶⁶ Rappelons comment Portalis argumentait sur la question du divorce : « Que doit faire le législateur ? [...] Il doit consulter les mœurs, le caractère, la situation politique et religieuse de la nation qu'il représente. [...] N'oublions point qu'il ne s'agit pas de savoir si le divorce est bon en soi mais s'il est convenable que les lois fassent intervenir le pouvoir coactif dans une chose qui est naturellement si libre, et à laquelle le cœur doit avoir tant de part. [...] Quand une nation est formée [...] on s'occupe plus des douceurs et de la dignité du mariage que de sa fin. », Discours préliminaire sur le projet de code civil, présenté le 1^{er} pluviôse an IX, reproduit in, *Le Discours et le code*, Jurisclasseur, 2004, p. XXXVII.

⁶⁷ V. art. 184 du Code civil et les articles auxquels il renvoie, not. 161 *sq.* qui ne furent pas modifiés par la loi n°2013-404 du 17 mai 2013.

⁶⁸ Puisque, tout comme l'exigence de continuité, la condition d'antériorité à 1946 n'était pas discutée dans ce débat, il ne paraît pas utile d'y revenir. On renverra cependant, pour la discussion à : D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^e éd., Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 2010, p. 103 confirmant sa position exprimée dès 1997, in « Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946 », *Revue Administrative*, p. 162 ; H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, 6^e éd., Dalloz, coll. « Connaissance du Droit », 2008, p. 61 ou encore J. Gicquel, « L'applicabilité directe de la norme constitutionnelle », in M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leysac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, 1996, p. 248.

⁶⁹ Cc, décis. n°s 44 DC, 87 DC, 119 DC, 461 DC et 157 QPC préc.

la République française⁷⁰.

Ainsi serait-il fortement discutable que le Conseil tire argument d'une norme non législative pour reconnaître un PFRLR. Par conséquent, ni un décret⁷¹, ni une jurisprudence⁷², ni « l'esprit des institutions », ni la « tradition républicaine⁷³ » seuls, ne sauraient être invoqués pour fonder un PFRLR.

Or, à la lecture des désormais anciennes dispositions relatives au mariage, force était de constater que le « principe » du mariage exigeant l'altérité sexuelle des époux n'était pas expressément énoncé. La différence de sexe des deux époux n'était qu'« usuellement déduite des articles 75, dernier alinéa⁷⁴ et 144⁷⁵ [anciens] du Code civil⁷⁶ ». Le Conseiller Pluyette rapportant sur l'affaire du « mariage de Bègles⁷⁷ » énonça d'ailleurs que :

Le Code civil ne donne aucune définition du mariage. La différence de sexe des époux n'est pas érigée expressément comme une condition au mariage ou son absence comme un empêchement. Les articles 180 à 193 et, plus particulièrement, 180 à 184, énoncent les cas de nullité d'un mariage sans y faire figurer la différence de sexe⁷⁸.

L'idée selon laquelle le mariage est l'union d'un homme et d'une femme n'était donc pas explicitement érigée en *principe* dans le Code civil⁷⁹.

Mais un principe n'est pas nécessairement exprimé de façon explicite. En ce sens, il peut inspirer le législateur et se traduire ensuite dans diverses dispositions. C'est peut-être ce qui conduisit le professeur Pierre Delvolvé, membre de l'Institut, à mobiliser l'argument tiré de « l'esprit des institutions [que les dispositions du Code civil sur le mariage] aménagent ». Quelle est alors la différence entre un principe inspirant le législateur sur plusieurs générations et une tradition ? « Si la tradition – républicaine ou non – s'imposait au législateur ce serait le triomphe du conservatisme ! » écrivait le professeur Luchaire dans sa note sous la décision *Loi d'amnistie*⁸⁰. Ne serait-ce pourtant pas l'un des ressorts des PFRLR ? Le lien entre tradition et PFRLR paraît évident sous la plume du Conseil comme en

⁷⁰ Cc, décis. n^{os} 461 DC et 157 QPC préc. visant respectivement l'ordonnance n^o 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante et l'ordonnance du 15 septembre 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

⁷¹ V. en ce sens, Cc, décis. n^o 96-386 DC du 30 déc. 1996, *Rec.* p. 154 ; F. Luchaire., *RDP*, 1997, p. 301.

⁷² Cc, décis. n^o 97-388 DC du 20 mars 1997, *Rec.* p. 31. V. la saisine des sénateurs PDF, p. 7.

⁷³ Cc, décis. n^o 88-244 DC préc.

⁷⁴ L'ancien art. 75 al.6 était ainsi rédigé : « Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme : il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur le champ. » La nouvelle rédaction de ce dernier alinéa de l'art.75 est désormais la suivante : « Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour époux : il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ. »

⁷⁵ L'art. 144 dans sa version antérieure au 17 mai 2013 énonçait : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus. » Il dispose désormais que : « Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus. »

⁷⁶ L. Candide, art. cit.

⁷⁷ Civ 1^o, 13 mars 2007, n^o 05-16.627, dans lequel la Cour de cassation énonce que : « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ». V. Bull. civ. I, n^o113, *D.*, 2007, chron.1375, obs. H. Fulchiron; *D.*, 2007, p. 935, obs. I. Gallmeister ; *D.*, 2007, p. 1389, note G. Pluyette ; *D.*, 2007, p. 1395, note A. Agostini ; *D. fam.*, 2007, comm. 76, obs. M. Aznavant

⁷⁸ G. Pluyette, art. cit.

⁷⁹ M. Lamarche et J.-J. Lamouland, « Mariage 2^o. Conditions de forme », *Répertoire du droit civil. Dalloz*, mise à jour en mars 2012, §16 : « En droit français, la nécessité d'une différence de sexe entre les futurs conjoints ne fait aucun doute. Le code civil, il est vrai, n'y fait que deux allusions rapides (C. civ., art. 75, *in fine*, et 144) et n'en pose à aucun moment le principe. Mais les auteurs présentent généralement cette condition comme une condition *naturelle* du mariage. » Nous soulignons.

⁸⁰ F. Luchaire, note sous décis. n^o 88-244 DC préc., *D.*, 1989, *jurisp.*, p. 274.

témoigne la décision 2013–669 DC qui réitère une assertion classique de sa jurisprudence⁸¹ :

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 1946⁸².

On constate qu'en dépit de son apparente objectivité, ce troisième élément pose donc également question. Il en va de même du dernier indice.

2. « Régime républicain »

À supposer que toutes les Républiques antérieures à 1946 puissent être « source » de PFRLR⁸³, une difficulté peut s'élever « quant à la détermination de la chronologie de [chacune d'elles] suivant qu'on se réfère à des critères strictement juridiques ou à un événement d'ordre politique⁸⁴ ». Les discussions sur les limites temporelles de chaque République font, elles aussi, apparaître des divergences et des doutes⁸⁵.

Pour la plupart des auteurs qui s'intéressèrent à la question de la réforme du mariage, la Première République s'achève au moment de l'affirmation explicite de l'Empire : le 28 floréal de l'an XII (18 mai 1804). Dès lors, le Code civil promulgué le 30 ventôse de l'an XII (21 mars 1804) constituerait un terrain fertile et valable de reconnaissance des PFRLR⁸⁶.

Pourtant, sauf à admettre le caractère républicain du Consulat, il est également possible d'établir la chute de la République au coup d'Etat du 18 brumaire an VIII (9 novembre 1799) ou en thermidor de l'an X (août 1802). C'est en ce sens qu'intervint le professeur Fabre dans une communication sur « Le concept de République dans les Constitutions françaises » :

À l'inverse du péché mortel de gauche, la République peut sombrer dans le péché mortel de droite. J'entends les constitutions hypocrites qui sous le voile de Marianne cachent la dictature césarienne, celles des 12 décembre 1799 et 14 janvier 1852⁸⁷.

Au demeurant, l'article premier du titre premier de « l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire » en date du 22 avril 1815 énonçait lui-même que :

Les Constitutions de l'Empire, nommément l'acte constitutionnel du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), les sénatus-consultes des 14 et 16 thermidor an X (2 et 4 août 1802), et celui du 28 floréal an XII (18 mai 1804), seront modifiées par les dispositions qui suivent. Toutes leurs autres dispositions sont maintenues.

Cet acte indique que l'Empire a débuté en 1799 et, dès lors, aucune disposition du Code civil ne saurait être considérée comme une loi de la *République* au sens des PFRLR quoiqu'on puisse, par ailleurs, être convaincu que ce Code est porteur de quelque principe républicain⁸⁸.

⁸¹ Cette formulation fut retenue pour la première fois dans la décision n°88-244 DC, *Loi portant amnistie*, préc.

⁸² Cc, décis. n°2013–669 DC préc., cons. 21 et 56

⁸³ *Contra* J. Rivero, « Les “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République”... », art. cit., p. 267

⁸⁴ B. Genevois, « Une catégorie de principes... », art. cit., p. 481.

⁸⁵ À ce sujet, on lira à profit M. Verpeaux, *LPA*, 16 juill. 1993, pp. 7 sq; du même auteur, « La proclamation de la I^{re} République », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Economica, 1996, pp. 19–35 *contra* not. L. Favoreu, « Les principes fondamentaux reconnus par les Lois de la République », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *ibid.*, p. 234.

⁸⁶ V. en ce sens, outre les auteurs débattant sur le sujet du mariage, les échanges pp. 259–265, in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La République...*, *ibid.*

⁸⁷ M. H. Fabre, in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La République...*, *ibid.*, p. 37.

⁸⁸ Sur cette question, v. la communication du Doyen Loquin, « Les principes républicains dans le Code civil. Réflexions sur la contribution du Code civil à l'émergence de principes républicains », in B. Mathieu et M.

La question de savoir si le Code civil pourrait servir de « source » à la reconnaissance d'un PFRLR pose donc également question.

Dès lors, tout permet de conclure que les « critères » souvent énoncés par la doctrine et qui furent débattus en l'occurrence au sujet du mariage pour les couples de personnes de même sexe, sont sujets à de multiples interprétations. Le droit, si l'on utilise exclusivement les indices de reconnaissance, n'offre aucune certitude. Partant, toute affirmation sur ce fondement conduit à recourir à des arguments nécessairement non juridiques.

Pour autant, dans cette *disputatio* qui avait vocation prédictive, il semblait possible de récuser le PFRLR proposé en évaluant les conséquences juridiques qui découleraient de sa reconnaissance et en montrant que le Conseil s'était déjà prononcé.

II. LA NÉCESSITÉ D'ANTICIPER LES CONSÉQUENCES D'UNE DÉCISION SOUHAITÉE

Afin de déterminer si un PFRLR conjecturé est susceptible de reconnaissance – et puisque les indices sont insuffisants –, une autre démarche, qui n'a pas été envisagée par les acteurs de la *disputatio*, est possible : il s'agit d'évaluer les conséquences de l'éventuelle consécration du principe que l'on souhaite voir reconnaître⁸⁹. Un raisonnement par l'absurde pouvait ici présenter un intérêt.

Avant tout, il était possible, en l'espèce, de considérer que le Conseil constitutionnel avait déjà récuser l'existence du PFRLR litigieux. En effet, l'argument des tenants de la position 3, suivis en cela par les requérants, consistait à invoquer la constitutionnalité d'un principe déjà reconnu conforme à la Constitution. Si le Conseil avait dû admettre l'existence du PFRLR, il l'aurait fait, dès 2011 dans la décision 2010–92 QPC dite « *Interdiction du mariage entre personnes de même sexe*⁹⁰ », et se serait déclaré incompétent pour statuer sur l'affaire à l'époque. Plus précisément, ce premier argument montre qu'il était possible de nier l'existence du PFRLR discuté en évaluant les conséquences que sa reconnaissance aurait eues au regard de la jurisprudence du haut Conseil en matière de « supraconstitutionnalité » (A). Mais, si le PFRLR avait dû être consacré dans la décision 2013–669 DC, cela n'aurait pas forcément privé le législateur de sa compétence. Ce second argument vise l'importance de la formulation que l'on retient pour prétendre à l'existence d'un PFRLR (B).

A. LE PFRLR INVOQUE ET SES CONSÉQUENCES SUR LA JURISPRUDENCE DU HAUT CONSEIL EN MATIÈRE DE « SUPRACONSTITUTIONNALITÉ »

La plupart des acteurs de la controverse citèrent la décision n° 2010-92 QPC pour défendre

Verpeaux (dir.), *La République...*, *ibid.*, pp. 241–258.

⁸⁹ Seul G. Drago a rapidement évoqué les conséquences de la non-reconnaissance du PFRLR in « Mariage entre personnes de même sexe : problématiques de constitutionnalité », art. cit. Il semblait prévenir le Conseil (« il devrait être attentif », écrit-il) de ce qu'une décision de conformité entraînerait une irréversible « rupture législative ». Mais l'avertissement peine à masquer que l'auteur convoque la tradition ce qui n'est *juridiquement* pas décisif.

⁹⁰ CC, décis. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre (*Interdiction du mariage entre personnes de même sexe*). Commentaire : F. Rome, « L'outrage aux folles ! », *D.*, 2011, n° 5 ; D. Chemla, « Conseil constitutionnel et mariage gay : service minimum », *GP*, 6 et 7 avril 2011, n° 96-97 ; A. Mirkovic, « Le mariage, c'est un homme et une femme », *JCP G*, 2011, n° 6, pp. 250-251 ; J. Roux, « La QPC sur le "mariage homosexuel" : une question plus nouvelle que sérieuse », *D.*, n° 3, p. 209.

des opinions contraires. Pourtant, aucun des acteurs de cette discussion ne précisa que l'enjeu n'avait pas seulement trait aux PFRLR mais davantage à la question du contrôle de constitutionnalité de principes constitutionnels. Le « polymorphisme constitutionnel⁹¹ », la « différenciation hiérarchique⁹² » des normes constitutionnelles ou ce qui est plus communément appelé « supraconstitutionnalité » étaient au cœur du débat.

1. La jurisprudence du Conseil quant à la « supraconstitutionnalité⁹³ »

On sait que le haut Conseil a, à plusieurs reprises, énoncé que :

Rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle⁹⁴.

De cela il ressortirait, qu'en dehors des limites (matérielles et formelles) à la révision constitutionnelle⁹⁵, le Conseil n'opérerait pas de contrôle de constitutionnalité des normes constitutionnelles.

Pourtant, il est aussi classique de rappeler que le Conseil constitutionnel refuse d'examiner la constitutionnalité des révisions constitutionnelles. Il a ainsi très clairement affirmé en 2003 dans sa décision sur *l'organisation décentralisée de la République*⁹⁶ qu'il « ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ».

Autrement dit, on peut conclure, en l'état de la jurisprudence, que s'il existe bien des limites positives (matérielles et formelles) à la révision constitutionnelle en droit français, le Conseil constitutionnel se considère incompetent pour les faire respecter. En extrapolant, on admet que le Conseil refuse d'opérer un contrôle de constitutionnalité de dispositions

⁹¹ O. Pfersmann, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, t. 2, not. pp. 511-513.

⁹² O. Pfersmann in L. FAVOREUX (dir.), *Droit Constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 14^e éd., 2012, pp. 115 sq.

⁹³ B. Mathieu, « La supraconstitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA*, 8 mars 1995, n° 29, p. 12 sq ; X. Magnon, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu », *RFDC*, 2004/3, n° 59, pp. 595-617 ; J.-Ph. Derosier, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, 2008/4, n° 76, pp. 785-795

⁹⁴ En ce sens : Cc, décisis. n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, cons. 19 ; décisis. n° 99-410 DC du 15 mars 1999, cons. 3 ; n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, cons. 6 ; décisis. n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, cons. 3 ; décisis. n° 2004-490 DC du 12 février 2004, cons. 8.

13. Cc, décisis. n° 2003-478 DC.

⁹⁵ Sur ce concept et pour une étude approfondie voir J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, Université Paris 1, dact., 705 p. ; du même auteur voir aussi « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », art. cit.

⁹⁶ Cc, décisis. n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, cons. 1 à 3, *Rec.* p. 293. Parmi les très nombreux commentaires v. not.: D. Chagnollaud, « Sherlock Holmes à la poursuite du pouvoir constituant (troisième épisode) (après la décisis. n° 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003) », *LPA*, 22 octobre 2003, n° 211, pp. 4-6 et art. éponyme, (quatrième épisode), *LPA*, 23 octobre 2003, n° 212, pp. 5-10 ; L. Favoreu, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », *RFDA*, 2003, n° 4, pp. 792-795 ; O. Gohin, « La réforme constitutionnelle de la décentralisation : épilogue et retour à la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003 », *LPA*, 6 juin 2003, n° 113, pp. 7-11 ; P. Jan, « L'immunité juridictionnelle des lois de révision constitutionnelle », *LPA*, 31 octobre 2003, n° 218, pp. 4-11 ; H. Moutouh, « Décision prévisible », *AJDA*, 2003, n° 15, p. 753 ; M. Verpeaux, *LPA*, 19 septembre 2003, n° 188, pp. 7-9 ou encore J.-C. Zarka, « Le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle », *JCP G*, 2003, n° 17, pp. 732-733.

constitutionnelles.

C'est pourtant vers un tel contrôle que tendaient les analyses plaidant en faveur du PFRLR invoqué. Dès lors, cet argument, réinvesti par les députés et sénateurs requérants, paraissait surprenant.

2. La prétention déroutante à l'existence d'un PFRLR déjà jugé conforme à la Constitution

L'argument peut être reformulé pour mettre en exergue les deux moments du raisonnement des requérants et des auteurs qui soutinrent la position 3.

D'abord, certains défenseurs de cette position affirmèrent que, dans la décision n°92 QPC du 28 janvier 2011 déjà citée, le Conseil déclara que le mariage comme union d'un homme et d'une femme n'est pas contraire à la Constitution. On peut en effet interpréter en ce sens ce considérant dans lequel le Conseil énonce que :

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 traitement⁹⁷ quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté⁹⁸.

Autrement dit, si on note *p* la proposition « le mariage est l'union d'un homme et d'une femme », il ressort alors de la décision 92 QPC que *p* est conforme à la Constitution et, en particulier, à l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, à l'article 66 de la Constitution, à la liberté du mariage résultant des articles 2 et 4 de la DDHC de 1789 et au droit de mener une vie familiale normale qui découlerait de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946. Le haut Conseil s'est en effet prononcé au regard de ces différentes dispositions.

Pourtant, les mêmes auteurs avancèrent ensuite l'hypothèse selon laquelle « le mariage comme union d'un homme et d'une femme » était un PFRLR, donc une norme de valeur constitutionnelle⁹⁹.

Donc, si l'on avait suivi le raisonnement des requérants et des auteurs défendant la position 3, *p* aurait été une norme à valeur constitutionnelle jugée conforme à la Constitution.

Outre le caractère quelque peu paradoxal¹⁰⁰ de cette affirmation, il semble qu'on puisse en tirer plusieurs conclusions.

En premier lieu, si l'on avait admis la position 3, alors la demande des requérants en 2011 aurait visé à critiquer la constitutionnalité d'un principe constitutionnel. De fait, la doctrine admet généralement que les PFRLR ne sont pas créés par le juge mais « découverts » par lui¹⁰¹. Ainsi, ils préexisteraient aux décisions qui les révèlent.

⁹⁷ Pour une réflexion à mener sur le principe d'égalité voir not. H.L.A. Hart, *op. cit.*, p. 194. On relira aussi à profit la décision de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Enfin, on conseillera la lecture de A. Boring, « Mariage gay ou mariage mixte, les anti ont recours aux mêmes arguments », *Le Nouvel Observateur*, publié en ligne le 10.01.2013.

⁹⁸ Cc, décis. n° 2010-92 QPC préc. consid. 9.

⁹⁹ L. Candide, art. cit. ; F.-X. Bréchet, art. cit. et B. Pauvert, art. cit.

¹⁰⁰ Au sens premier du paradoxe : « opinion qui va à l'encontre de l'opinion communément admise ».

¹⁰¹ C'est l'argument classique pour refuser de voir dans la décision du 16 juillet 1971 une révision

Partant, si on prend cette assertion au sérieux, alors il ne s'agit pas seulement d'affirmer – comme le fait une part de la doctrine récusant l'existence du PFRLR discuté¹⁰² – que, si le Conseil avait dû consentir à l'existence du PFRLR débattu en 2011, il l'aurait fait, mais bien de dire que s'il avait admis cette hypothèse, il se serait dit incompétent. Or, on constate que le Conseil s'est bel et bien prononcé sur la QPC qui lui était posée en 2011 ; il ne s'est pas déclaré incompétent. Dès lors, cela porte à croire que le Conseil n'avait, dès 2011, pas admis l'existence du PFRLR proposé.

En deuxième lieu, si le Conseil avait néanmoins, en 2013, souscrit à la reconnaissance du PFRLR, cela aurait rétrospectivement signifié que, dans la décision 92 QPC, il aurait – et sans que quiconque s'en aperçoive à l'époque – opéré un revirement capital de jurisprudence. De fait, il aurait accepté de contrôler la conformité à plusieurs dispositions constitutionnelles d'une norme constitutionnelle à savoir, le PFRLR selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme.

Une validation de la position 3 par le haut Conseil dans la décision 2013–669 DC aurait donc nécessité d'interpréter rétrospectivement la décision 92 QPC comme un revirement éminent de jurisprudence aux conséquences prospectivement considérables. Il aurait fallu que le Conseil assume alors une nouvelle conception de son contrôle et il était fort peu probable qu'il s'engage dans cette voie à laquelle une reconnaissance du PFRLR invoqué l'aurait acculé.

Par conséquent, on pourrait aussi s'étonner que le Conseil ait pris soin de répondre à l'allégation des requérants. En effet, il n'est pas rare qu'en matière de PFRLR le Conseil refuse d'opérer une consécration sans même explicitement se prononcer.

Dans le cadre de l'adoption de la loi relative au Pacte Civil de Solidarité (PaCS), les députés qui avaient saisi le haut Conseil énoncèrent ainsi dans leur saisine que :

L'institution du pacte civil de solidarité vient remettre en cause cette institution républicaine [le mariage] et ce *principe fondamental issu des lois de la République* [selon lequel, d'après les députés « tout contrat de vie commune ne pouvait [...] être signé que dans le cadre du mariage civil »] en créant, à côté du mariage civil, une nouvelle institution contractuelle de vie commune¹⁰³.

Mais on cherchera en vain dans la décision sur le PaCS une réponse explicite à cette thèse des députés¹⁰⁴.

Cela dit, la décision 669 DC a au moins l'intérêt d'exposer les raisons pour lesquelles le Conseil ne voit pas dans le principe allégué un PFRLR :

Que, 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 1946¹⁰⁵.

On pourrait encore débattre de la pertinence de cette motivation mais là n'est pas l'objet du

constitutionnelle opérée en méconnaissance de l'article 89. Il est, en effet, souvent dit que le Conseil n'a fait que « déclarer » – et non constituer – ce qui préexistait à sa décision.

¹⁰² Voir en ce sens D. Rousseau, art. cit., p. 5 ; X. Dupré de Boulois, art. cit. et P. Jan, art. cit.

¹⁰³ Saisine des députés dans l'affaire 99–419 DC, p.7 du document disponible en PDF sur le site du Conseil. Nous soulignons

¹⁰⁴ V. Cc, décis n°99–419 DC du 9 novembre 1999.

¹⁰⁵ Cc, décision n°2013–669 DC, préc., cons. 21

présent article.

Mais il est encore possible de poursuivre le raisonnement en montrant l'importance de la formulation du PFRLR. Il semble qu'une consécration n'aurait pas forcément emporté les conséquences auxquelles les requérants et la doctrine défendant la position 3 prétendaient.

B. LES FORMULATIONS DU PFRLR INVOQUE ET LEURS CONSEQUENCES SUR LA COMPETENCE DU LEGISLATEUR ORDINAIRE

Il convient de distinguer deux formulations du PFRLR que l'on retrouvait chez les différents auteurs défendant la position 3. Soit le PFRLR était exprimé sous la forme « le mariage est exclusivement l'union d'un homme et d'une femme » (forme exclusive¹⁰⁶), soit il était libellé sous la forme « le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » (forme inclusive¹⁰⁷).

Ainsi se posait la question de la possibilité d'un PFRLR d'exclusion. Or, même si les « critères » avaient été remplis, il aurait été particulièrement difficile de démontrer que le législateur avait entendu ériger le mariage comme union *exclusive* d'un homme et d'une femme en tant que principe fondamental. Telle est sans doute la raison pour laquelle le professeur Rousseau en vint à dire que « le Conseil ne peut tirer du silence du législateur un PFRLR d'interdiction de cette modalité de mariage ». Cette difficulté explique peut-être aussi que la majorité des partisans de la position 3 et les requérants devant le Conseil exprimèrent le PFRLR sous sa forme inclusive et non exclusive¹⁰⁸.

Or, les deux formulations avaient des effets radicalement opposés.

Dans sa décision précitée « *Interdiction du mariage entre personnes de même sexe* »¹⁰⁹ le Conseil constitutionnel réitéra une formule¹¹⁰ qu'il utilisa explicitement pour la première fois dans la décision n° 86-210 DC¹¹¹ relative à la *Loi portant réforme du régime juridique de la presse* :

Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, *il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel*¹¹².

Dès lors, si le Conseil avait dû admettre le PFRLR dans sa formulation exclusive, il aurait censuré la loi *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*. En effet, le législateur n'aurait pas pu modifier ce qui se serait présenté dans ces conditions comme une définition constitutionnelle et substantielle du mariage et il aurait fallu réviser la Constitution

¹⁰⁶ P. Delvolvé, art. cit.

¹⁰⁷ L. Candide art. cit. ; F.-X. Bréchet, art. cit. ; B. Pauvert, art. cit.

¹⁰⁸ V. §4-1 de la requête des sénateurs et II-2 de leur mémoire en réplique. V. II de la requête des députés et II-1 de leur réplique.

¹⁰⁹ Cc, déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, préc.

¹¹⁰ V. sur ce point : G. Mollion, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, 2005/2, n° 62, pp. 257-289 ; A. Vidal-Naquet, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd. Paris II Panthéon Assas, Coll. « Thèses Droit public », 2007, 671 p.

¹¹¹ Cc, déc. n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, cons. 2, *Rec.* p. 110.

¹¹² Cc, déc. n° 2010-92 QPC préc., cons. 5. Nous soulignons.

pour adopter cette réforme.

Au contraire, le Conseil aurait éventuellement pu décider de reconnaître le PFRLR dans la configuration inclusive, mais cela aurait alors eu peu de conséquences sur la compétence du législateur qui voulait seulement « ouvrir le mariage aux personnes de même sexe ».

De fait, quand bien même « le mariage comme union entre un homme et une femme » aurait été porté au rang des PFRLR, la seule conséquence aurait été l'interdiction pour le législateur de priver de garanties légales cette exigence constitutionnelle. Aussi n'aurait-il pas pu supprimer le mariage républicain ni le réserver exclusivement aux couples de personnes de même sexe. Mais telle n'était assurément pas l'ambition du projet de loi discuté ! Le PFRLR dans sa seconde configuration n'aurait donc pas interdit d'élargir les formes d'unions matrimoniales.

Par conséquent, cela révèle que les formulations du PFRLR présentent une réelle importance puisque qu'elles emportent des conséquences différentes sur la compétence du législateur. Il aurait éventuellement été possible d'aller jusqu'à admettre le PFRLR sans que cela implique l'inconstitutionnalité de la loi déferée au Conseil.

Cette interrogation sur l'usage des PFRLR dans le débat relatif au mariage des couples de personnes de même sexe appelle, pour conclure, plusieurs remarques.

S'agissant des PFRLR d'abord, les seules certitudes qu'ils permettent consistent à exclure les « principes » issus des périodes qui ne seraient pas évidemment républicaines. Pour le reste, la versatilité des indices offre au juge constitutionnel une liberté d'appréciation indubitable. En effet, dans une perspective réaliste qui semble largement partagée – faute de questionner la validité de ces normes –, il est impossible de critiquer de façon décisive, en se fondant sur ces seuls « critères », les décisions futures et passées du Conseil. Tel est peut-être le constat qui permit à Jean Rivero d'affirmer, dès 1972, en achevant son article sur les PFRLR que:

Pour aller plus avant, pour permettre sans périls, l'extension du contrôle en le dotant d'instruments plus efficaces, il faudrait que la France se décidât [...] à formuler en termes précis les libertés fondamentales en tête de sa charte constitutionnelle¹¹³.

Mais cette ambition, visant à adopter une véritable énumération de droits et libertés peut sembler utopique puisqu'elle ne résoudrait pas le dilemme de la liberté d'interprétation du juge constitutionnel. Faut-il pour autant démissionner et admettre que le juge peut tout dire sans que la doctrine l'en blâme?

En deuxième lieu, cette controverse aura montré que les PFRLR font place à la créativité des juristes : inventivité de la doctrine, inventivité des requérants au titre de l'article 61, inventivité des avocats des parties dans le cadre de l'article 61-1. Mais cette créativité ne saurait faire l'économie d'une interrogation en terme de cohérence jurisprudentielle¹¹⁴, d'une anticipation des conséquences des principes que l'on invoque et d'une attention portée aux formulations de ce que l'on prétend voir ériger en norme constitutionnelle.

En troisième lieu, c'est l'office doctrinal que ce débat a permis d'interroger. La doctrine peut¹¹⁵ remplir plusieurs fonctions : chercher, connaître, savoir, diffuser le savoir, contester,

¹¹³ J. Rivero, « Les “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République”... », art. cit. , p. 267.

¹¹⁴ Encore cette cohérence n'est-elle que supposée ou souhaitée ou souhaitable.

¹¹⁵ Nous ne nous prononçons pas ici sur la question de savoir si elle le doit ni sur le point de savoir si cela est

discuter, prédire... Des éléments de réflexion qui précèdent, il semble qu'il faille conclure que, lorsqu'elle affirmait que le mariage comme union exclusive d'un homme et d'une femme *était ou n'était pas* un PFRLR¹¹⁶, la doctrine ne faisait pas œuvre de connaissance relativement au droit. L'objet et la teneur du discours étaient autres : en l'occurrence, il semble qu'ils étaient politiques ou du moins axiologiques¹¹⁷ en ce qu'ils étaient relatifs aux valeurs¹¹⁸. Cette conclusion s'impose dans la mesure où la question posée en l'espèce était indécidable par la science du droit¹¹⁹ mobilisant exclusivement des arguments juridiques. En effet, puisqu'aucun critère solide ne préside à la reconnaissance des PFRLR, rien, *sur cette base exclusive*, ne permet de prédire *certainement* que tel principe sera ou devra être reconnu comme tel.

Enfin, ce débat aura au moins eu le mérite de renouveler la question centrale de la validité de la décision de 1971 incorporant à la Constitution des textes dont la formulation montre qu'ils « n'avaient pas été conçus comme norme constitutionnelle¹²⁰ ».

légitime ou même justifié.

¹¹⁶ Au sens de « pourrait ou ne pourrait pas, au regard des critères utilisés par le haut Conseil ».

¹¹⁷ Sur l'objectivité discutable des discours « scientifiques » en droit on peut renvoyer à la thèse de F. Brunet, *La normativité en droit*, Mare et Martin, 2012, 678 p. ; pour une bonne introduction générale v. P. Boghossian, *La peur du savoir*, tr. fr. O. Deroy, Agone, 2009, 193 p. et dans un autre registre voir, Th. W. Laqueur, *La fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en occident*, tr. fr. M. Gautier, Gallimard, 1992, 355 p.

¹¹⁸ Il ne s'agit d'ailleurs pas ici de prendre position sur le cognitivisme ou le non cognitivisme éthique.

¹¹⁹ En ce sens, elle est infalsifiable, au sens fort que donne Karl R. Popper à ce terme dans sa *Logique de la découverte scientifique*, tr. fr. N. Thyssen-Rutten et Ph. Devaux, Payot, 1990, pp. 36 et s.

¹²⁰ En ce sens, v. O. Pfersmann, in *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 105.