

La QPC sur le « mariage homosexuel » : une question plus nouvelle que sérieuse ?

Jérôme Roux, Professeur à la Faculté de droit et de science politique de l'université Montpellier I (Cercop)

C'était prévisible. Faute d'avoir reçu, sur le terrain conventionnel, la réponse espérée par les

promoteurs de la cause (1), la question de l'accès des couples homosexuels au mariage civil est désormais posée en termes constitutionnels. Ainsi en a décidé la Cour de cassation en renvoyant au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) visant les articles 144 et 75 du code civil.

En disposant que « *l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage* », l'article 144 du code civil ne précise certes pas qu'il s'agit pour chacun d'eux de contracter mariage ensemble. Mais nombre de dispositions connexes,

passées (2) et présentes (3), notamment l'article 75 (dernier alinéa) (4),

également déferé, démontrent à l'évidence (5) que « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme* », comme l'avait inévitablement jugé la Cour de cassation

dans un arrêt antérieur (6), sans faire donc par là le moins du monde oeuvre prétorienne. Dès lors, la QPC a bien pour objet le « *texte même d'une disposition législative* » (en l'occurrence de deux) plutôt que « *l'interprétation qu'en donne la jurisprudence* », même si elle vise à dessein les deux articles précités du code « *dans leur application* ». Par conséquent, son renvoi ne signifie

pas, semble-t-il, que la Cour de cassation a renoncé à cette distinction (7)

spécieuse (8) entre une disposition et son interprétation jurisprudentielle, que ne partage

pas le Conseil d'Etat (9) et que le Conseil constitutionnel a fermement rejetée (10).

Recevable, la question de la conformité des articles 144 et 75 du code civil aux droits et libertés garantis par la Constitution remplit aussi les trois conditions de filtrage prévues par la loi organique du 10 décembre 2009, en particulier la dernière qui impose qu'elle soit « *nouvelle ou*

présente un caractère sérieux » (11). La Cour l'a donc renvoyée au Conseil constitutionnel, tout en motivant ce renvoi inévitable d'une manière qui retient l'attention (I). Il reste que le Conseil conclura certainement à la constitutionnalité, renvoyant à son tour au législateur le soin de trancher, en opportunité, la question du « mariage homosexuel » (II).

I - Une question inévitablement renvoyée par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel

Le principe du renvoi n'appelle en lui-même aucune observation, si ce n'est qu'il confirme sans doute l'adhésion raisonnable de la Cour de cassation à la procédure de la QPC qui, dans les premiers temps, lui inspira une réticence certaine. En revanche, la motivation de cet arrêt de renvoi mérite qu'on s'y attarde : « *Les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un débat dans la société en raison, notamment, de l'évolution des moeurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers.* » En concluant « *que, comme telles, elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine* » (B), la Cour semble signifier implicitement que ces questions sont dépourvues de « caractère sérieux » (A).

A - Le silence éloquent sur le « caractère sérieux » de la question

Les auteurs de la QPC font valoir que les articles 144 et 75 du code civil « *limitent la liberté individuelle d'un citoyen français de contracter mariage avec une personne de même sexe* » et se demandent s'ils sont conformes à l'article 66 de la Constitution « *en ce qu'ils interdisent au juge judiciaire d'autoriser de contracter mariage entre personnes de même sexe* ». Même si la formulation retenue est un peu contournée, on comprend que l'invocation de la « liberté individuelle » en général ait été préférée à celle de la « liberté du mariage » pourtant

précisément consacrée, en tant que telle, par la jurisprudence constitutionnelle (12), non

plus comme « *une des composantes de la liberté individuelle* » (13), mais comme « *une composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789*

» (14). D'une part, en effet, invoquer la liberté constitutionnelle du mariage c'eût été présupposer que la définition constitutionnelle du mariage serait plus large que sa définition légale actuelle. Or aucune des occurrences de cette liberté dans la jurisprudence du Conseil

constitutionnel ne permet de conforter un tel présupposé (15). D'autre part, accessoirement, dès lors que la liberté du mariage n'est plus déduite de la « liberté individuelle », dont l'autorité judiciaire est la gardienne en vertu de l'article 66 de la Constitution, il n'eût pas été possible de fonder la QPC à la fois sur elle et sur cet article.

Quoi qu'il en soit de son fondement précis, force est de constater que le « caractère sérieux » de la question de constitutionnalité a dû laisser la Cour de cassation circonspecte puisqu'elle s'est abstenue de retenir ce critère pour en justifier le renvoi. Il en eût été certainement de même si les auteurs de cette question avaient invoqué, en outre, le principe d'égalité, compte tenu de la

conception souple qui en est continûment retenue par la jurisprudence constitutionnelle (16). D'ailleurs ne faut-il pas voir dans leur renoncement à se prévaloir de ce principe, pourtant fréquemment versé aux débats en faveur de la cause homosexuelle, un acquiescement à l'argument selon lequel, au regard du mariage institué en vue de l'établissement de la filiation paternelle, les couples de même sexe sont, par rapport aux couples hétérosexuels, dans une situation objectivement différente, propre à justifier la différence de traitement établie entre eux par la loi sur ce point ?

B - L'acceptation originale de la notion de « question nouvelle »
Faute de s'être vues explicitement reconnaître un caractère sérieux, les deux questions de constitutionnalité ont été renvoyées, car « *elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine* ». Or, dans sa décision du 3

décembre 2009 (§ 21), le Conseil a distingué deux cas de figure (17). D'une part, la

question est nécessairement nouvelle, ce qui conduit alors à en « imposer » le renvoi (18) lorsqu'elle implique « *l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore*

eu l'occasion de faire application » (19). Il n'en allait pas ainsi en l'espèce puisque les deux normes constitutionnelles invoquées à l'appui de la QPC, la liberté individuelle et la règle selon laquelle l'autorité judiciaire en est la gardienne, sont d'application courante dans la jurisprudence du Conseil. D'autre part, « *dans les autres cas* », le législateur organique « *a entendu permettre au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif* » touchant au caractère sérieux ou nouveau de la question. L'espèce présente se rattache à cette seconde branche de l'alternative, qui n'avait pas connu, jusqu'à présent, de concrétisation dans les arrêts de renvoi. Faisant usage du pouvoir qui lui est reconnu d'« *apprécier l'intérêt* » d'une saisine du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation estime que « *les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers* » et en conclut que « *comme telles, elles présentent un caractère nouveau* ». Très inspirée du positivisme

sociologique (20), cette motivation paraît, de prime abord, frappée au coin du bon sens, comme la décision de renvoi qui en découle. Elle est cependant entachée d'une approximation qui lève en fait, délibérément ou non, le voile sur la visée réelle de la présente QPC. En effet, contrairement à ce qu'écrit la Cour, l'objet du débat actuel dans la société porte non pas vraiment sur les « questions posées » relatives, formellement du moins, à la constitutionnalité de la définition hétérosexuelle du mariage civil, mais plutôt sur une question de nature différente : celle de l'opportunité d'une éventuelle ouverture de cette institution juridique aux couples homosexuels. Dès lors, l'arrêt démontre la nouveauté, somme toute relative, de la seconde, que

le Conseil constitutionnel ne saurait trancher (21), et non des premières qui, seules,

relèvent de sa compétence (22). Il est vrai que les questions constitutionnelles servent, en réalité, de simple paravent à la question de civilisation dont la réponse appartient au législateur.

II - Une question probablement renvoyée par le Conseil constitutionnel au législateur

Selon toute vraisemblance, le Conseil constitutionnel conclura à la conformité des dispositions législatives critiquées à la Constitution. D'abord parce que, sur la question du mariage homosexuel, le droit européen des droits de l'homme ne pousse pas (pas encore) à la roue pour l'inciter à adopter la solution contraire (A). Ensuite parce qu'une déclaration d'inconstitutionnalité reviendrait, *de facto*, à trancher dans le sens souhaité par les défenseurs de la cause homosexuelle un débat de société dont le règlement échappe à l'office du juge et relève de la seule responsabilité du politique (B).

A - L'absence d'aiguillon conventionnel
De façon générale, chacun le sait, le Conseil constitutionnel n'a pas d'autre choix que de resserrer la contrainte du contrôle de constitutionnalité afin que celui-ci puisse supporter la comparaison avec le contrôle de conventionnalité. Cette nécessité s'est imposée depuis plusieurs années pour éviter que des déclarations de constitutionnalité soient démenties ensuite par des

jugements d'inconventionnalité, comme cela est déjà arrivé (23). Mais, désormais, il y va aussi de l'avenir de la QPC, dont la prospérité à long terme dépendra en partie de la capacité du contrôle de constitutionnalité à tenir la dragée haute à son concurrent. Par conséquent, chaque fois qu'un droit ou une liberté est revendiqué avec succès devant le juge de la conventionnalité, le Conseil constitutionnel sera enclin à réserver un accueil au moins aussi favorable à cette

revendication sur le terrain de la constitutionnalité. En cela, le contrôle de conventionnalité fait office d'aiguillon.

Or, dans le cas présent, l'aiguillon conventionnel n'est pas à l'oeuvre, car le droit européen des droits de l'homme ne garantit pour l'heure à aucun titre l'accès des couples homosexuels au mariage, comme l'a récemment confirmé l'arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche* rendu le 24 juin 2010

par la Cour de Strasbourg (24). D'une part, en effet, ni l'article 12 de la Convention aux termes duquel « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille », ni même l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantissant « le droit de se marier et le droit de fonder une famille » n'obligent les

Etats à ouvrir le mariage aux couples homosexuels (25). Tout au plus, la seconde disposition leur reconnaît-elle une faculté à cet égard, ainsi que le confirment les explications

annexées à la Charte (26), par l'omission délibérée de toute référence à la différence sexuelle au sein du couple. Et, compte tenu de l'entrée en vigueur de la Charte, la première disposition est dorénavant interprétée dans le même sens par la Cour de Strasbourg, qui « ne considérera plus désormais que le droit de se marier inscrit à l'article 12 doit être en toutes

circonstances limité au mariage entre personnes du même sexe » (27). En d'autres

termes, en l'absence de consensus européen sur la question (28), il revient aux « lois nationales », auxquelles ces deux stipulations renvoient d'ailleurs expressément, d'en décider. D'autre part, même si la Cour européenne des droits de l'homme estime désormais que la relation au sein d'« un couple de même sexe vivant dans une relation de fait stable relève de la notion de vie familiale » (§ 94) et bien qu'elle considère que les couples homosexuels « sont dans une situation que l'on peut comparer de façon pertinente à celle d'un couple de sexe différent au regard de leurs besoins de reconnaissance et de protection légale de leur relation » (§ 99), elle n'en déduit nullement que l'interdiction du mariage homosexuel constitue une discrimination dans

la jouissance du droit au respect de la vie familiale (29). Toute autre solution eût en effet impliqué, en contradiction avec l'interprétation précédemment retenue de l'article 12, l'obligation pour tous les Etats parties d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels (§ 101). Dès lors, en rejetant à son tour les moyens constitutionnels invoqués à l'appui de la QPC, puis en jugeant, au moins implicitement, que l'interdiction du mariage des couples homosexuels n'est pas attentatoire au principe d'égalité, le Conseil constitutionnel sera au diapason du droit européen. Il évitera aussi d'outrepasser son office.

B - Les limites politiques de l'office du juge
Longtemps, le Conseil constitutionnel a affirmé que la Constitution ne lui « confère pas [...] un

pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement » (30). Puis il a modifié à juste titre cette formule afin de souligner, de façon plus exacte, que son pouvoir n'est

pas « de même nature » que celui des représentants du Peuple (31). Est ainsi bien mieux mis en évidence l'abîme qui sépare son office juridictionnel de la fonction politique du législateur. Au cas présent, cet abîme lui interdirait de forcer l'interprétation de la norme constitutionnelle, à supposer même qu'il en ait l'intention, en vue de conclure à l'inconstitutionnalité de la définition hétérosexuelle du mariage et d'ouvrir ainsi la voie à l'extension de cette institution aux couples homosexuels. Il n'est donc guère risqué d'avancer que, afin de justifier le rejet prévisible de la QPC, le Conseil rappellera à l'adresse des requérantes, comme il l'a déjà fait à plusieurs reprises dans le cadre du contrôle préjudiciel de constitutionnalité, que « l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, 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 d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution

garantit » (32). Il laissera ainsi au législateur le soin de trancher un débat impliquant «

des considérations éthiques et sociales qui relèvent de sa seule appréciation » (33). Bref, il observera sur la question du « mariage homosexuel » la même réserve que celle à laquelle il s'est récemment tenu en refusant de « substituer son appréciation à celle du législateur » au

sujet de l'homoparentalité (34). C'est dire que, sur ces deux thèmes étroitement liés, il est

très prématuré d'affirmer « qu'en droit positif tout s'est déjà joué » (35).

Mots clés :

MARIAGE * Différence de sexe * Obligation * Mariage homosexuel * Exclusion * Question prioritaire de constitutionnalité

