



HAL
open science

”Le mariage homosexuel, la Constitution et l’agrégée des facultés de droit”

Xavier Dupré de Boulois

► **To cite this version:**

Xavier Dupré de Boulois. ”Le mariage homosexuel, la Constitution et l’agrégée des facultés de droit”.
Revue des droits et libertés fondamentaux, 2012, 23. halshs-03736824

HAL Id: halshs-03736824


<https://shs.hal.science/halshs-03736824>

Submitted on 22 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.

LE MARIAGE HOMOSEXUEL, LA CONSTITUTION ET L'AGRÉGÉE DES FACULTÉS DE DROIT

 revuedlf.com/personnes-famille/le-mariage-homosexuel-la-constitution-et-lagregree-des-facultes-de-droit-billet-dhumeur/

Billets d'humeur par Xavier Dupré de Boulois

Chronique classée dans Personnes, famille

Appartient au dossier : "Mariage entre personnes du même sexe et Constitution"

RDLF 2012, chron. n°23

Mot(s)-clef(s): mariage homosexuel, PFRLR

PAR XAVIER DUPRÉ DE BOULOIS

Un article récemment publié dans la *Gazette du Palais* défend l'idée que le Parlement serait incompétent pour voter une loi autorisant le mariage entre personnes du même sexe, motif pris que le caractère hétérosexué du mariage constituerait un PFRLR. Tant le recours à l'argument constitutionnel dans ce débat de société que la posture de l'auteure de cette contribution méritent d'être interrogés.

Dans un numéro récent de la *Gazette du Palais*, une professeure de droit privé (?) s'exprimant sous un pseudonyme promeut l'idée que le caractère hétérosexué du mariage constituerait un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946. En conséquence, la légalisation du mariage entre deux personnes de même sexe supposerait une révision constitutionnelle (Lucie Candide, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *GP*, 4 octobre 2012, n°278, p. 7). Cette contribution, qui s'inscrit dans l'offensive menée par plusieurs professeurs de droit éminents (en dernier lieu, Ph. Malaurie, « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP éd. G*, 2012, n°1096) contre le mariage homosexuel, est typique d'un certain discours doctrinal en même temps qu'elle interroge sur le recours à la référence constitutionnelle dans ce débat.

I. Registre du discours

La lecture de l'article interpelle d'abord au sujet du registre sur lequel entend se placer l'auteure. Elle se prévaut en effet à deux reprises de sa qualité de juriste. « Est-il permis d'examiner – ni en politique, ni en religieux ni en sociologue, mais en juriste d'aujourd'hui – le rôle de l'appartenance sexuée dans le mariage civil et dans la filiation ? » s'interroge-t-elle. Elle conclut plus loin que « du point de vue strictement juridique », le vote d'une loi constitutionnelle s'impose. En même temps, le lecteur n'a pas de peine à percevoir les convictions politiques et morales de l'auteure sur le mariage et la parentalité homosexuels. La réforme, dit-elle, est de « nature à traumatiser l'intimité des structures personnelles et familiales de la population française ». Son insistance à spécifier la nature de son propos peut d'abord être mise à son crédit. Il est rare que le juriste universitaire précise « d'où il parle » quand il s'exprime sur des sujets sensibles. Cette démarche est plus classique chez ses collègues d'autres sciences sociales. Mais il est aussi possible de s'interroger sur la signification de la précision apportée par l'auteure. Qu'entend-elle dire à son lecteur ? D'abord que son discours est légitime. Il bénéficie de la légitimité de l'expert. Il prétend à la neutralité et à l'objectivité inhérentes à la démarche scientifique ; ensuite, que la solution préconisée trouve dans un raisonnement purement juridique ses propres justifications. Elle est fondée en droit, elle s'impose en droit.

Cette posture n'est pas sans évoquer les analyses de Pierre Bourdieu lorsque celui-ci dénonçait « le tour de passe-passe [...] par lequel le juriste donne comme fondé a priori déductivement quelque chose qui est fondé, a posteriori empiriquement » (« Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », dans F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1991, p. 95). Si elle peut bien sûr faire illusion auprès du profane, elle

n'a plus guère sa place au sein de la doctrine juridique. Sauf pour les juristes qui considèrent qu'un code tel le Code civil est plus qu'un agrégat raisonné de règles juridiques, qu'il traduit aussi une réalité qui le dépasse. Or, c'est justement ce que donne à voir la manière dont l'anonyme Lucie Candide construit son discours

II. Construction du discours

L'appel à la Constitution

La mobilisation du droit constitutionnel au soutien de la thèse appelle deux remarques. Elle illustre d'abord l'acculturation progressive de l'argument constitutionnel dans le discours de la doctrine privatiste. Incontestablement, la « révolution QPC » est en marche. Si la Constitution a suscité l'intérêt des privatistes depuis une vingtaine d'années (voir par ex. la thèse de Nicolas Molfessis et la création d'une chronique des sources internes à la *RTDCiv.*), il n'en reste pas moins que jusque-là, le discours sur la constitutionnalisation du droit privé, du droit civil en particulier, avait surtout suscité la perplexité voire une franche réserve. L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité a changé la donne comme en attestent les nombreux commentaires de décisions QPC du Conseil constitutionnel qui émaillent désormais les revues spécialisées en droit privé. Par ailleurs, la référence à la Constitution permet à l'auteure d'opérer un pont entre une certaine tradition de pensée civiliste à laquelle elle semble appartenir et le droit positif. Cette pensée repose sur la conviction que le Code civil, du moins certaines de ses dispositions, traduiraient une réalité anthropologique, historique voire biologique (pour ce qui concerne la question du mariage et de l'adoption homosexuels). Autrement dit, ce discours tend à naturaliser lesdites règles, à assimiler *Sein* et *Sollen*. Et l'on voit bien la ressource que représente la Constitution dans cette démarche. Elle est invitée à devenir l'expression positive d'une sorte de droit naturel qui surplomberait les lois.

La mise en œuvre de la référence à la Constitution

L'auteure évoque comme une « hypothèse sérieuse » que le caractère hétérosexué du mariage pourrait être un principe fondamental reconnu par les lois de la République. L'affirmation fait écho aux lointaines réflexions de Jean Carbonnier qui n'excluait pas que certains articles du Code civil se voient reconnaître une nature constitutionnelle « parce qu'ils exprimeraient un des PFRLR que le Conseil constitutionnel a pris sous sa protection » (« Le Code civil », dans P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire. II La Nation*, Gallimard, 1986, p. 293). On ne reviendra pas ici sur les conditions de la reconnaissance de tels principes dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (par ex., Th. S. Renoux et M. de Villiers (dir.), *Code constitutionnel*, LexisNexis, 5^e éd., 2012, p. 303). Sur le plan technique, ériger le caractère sexué du mariage en PFRLR pourrait s'envisager. Mais cette solution ne convainc pas. Il doit d'abord être relevé que, mis de côté le cas particulier des principes mettant en cause la juridiction administrative, tous les PFRLR consacrés jusque-là ont permis la promotion de nouveaux droits et libertés : liberté d'association, droits de la défense, liberté de l'enseignement, indépendance des professeurs d'université, aménagement spécifique de la justice pénale pour les mineurs, etc. À l'inverse, l'affirmation du caractère hétérosexué du mariage s'inscrit plutôt dans le registre de l'interdit voire, selon certains, de la discrimination. Un tel principe jurerait donc au sein de la liste des PFRLR proclamés jusque-là. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel, s'il a décidé qu'il était loisible au législateur d'affirmer le caractère hétérosexué du mariage, n'en a pas pour autant affirmé que ce caractère procéderait d'une exigence constitutionnelle (CC, n°2010-92 QPC, 28 janvier 2011). Il n'a donc pas découvert de règle ou de principe constitutionnel qui « validerait » la thèse défendue par l'auteure. Enfin, et plus fondamentalement, il est possible de s'interroger sur l'idée d'une constitutionnalisation de dispositions du Code civil au motif qu'elles auraient reçu une application constante entre 1804 et 1946. Si tel est le cas du caractère hétérosexué du mariage déduit des articles 75 et 144 du Code civil, ne pourrait-on pas développer la même argumentation pour défendre la constitutionnalisation de l'inégalité homme – femme dans la famille, ses dernières manifestations juridiques ayant disparu en... 1985 ? Il peut d'ailleurs être relevé que les juristes n'ont pas manqué, en leur temps, de « naturaliser » lesdites règles à l'instar de ce qui se passe aujourd'hui pour le mariage. Après tout, Portalis ne soulignait-il pas lui-même que « les rédacteurs du Code ont cherché dans les indications de la nature le plan du gouvernement de la famille » (P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T1, Videcoq, p. 486). Et les références à la nature n'ont pas manqué pour justifier l'autorité du père de famille. « Tous les physiologistes reconnaissent à la femme une excessive sensibilité et comme conséquence une grande mobilité ». Aussi, « parce qu'il est plus prompt, le jugement de la femme est plus impropre à la continuité du raisonnement (...) à l'attention sérieuse que réclament chaque jour les intérêts et la conduite des affaires domestiques » (C. Barbier, *De la puissance maritale*, Thèse Caen, 1864, p. 152).

III. Et la prochaine étape ?

Il est rare que des décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour EDH recueillent les suffrages pour ne pas dire les louanges de la doctrine privatiste. Il en a été ainsi de leurs arrêts récents sur le mariage entre personnes du même sexe (CC, n°2010-92 QPC, préc.; CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf / Autriche*, n°30141/04). Ils ont été largement approuvés en tant qu'ils impliquaient de laisser le soin au législateur français de décider. Le débat s'est désormais déplacé sur un nouveau terrain de jeu, un terrain sur lequel les opposants au mariage homosexuel disposent de nombreux atouts (soutien des églises, etc.). Néanmoins, « Un candidat heureux à la présidence de la V^e République » ayant défendu le mariage homosexuel dans son programme et disposant désormais de la majorité dans les deux chambres, la digue législative est en passe de céder. D'où l'intérêt de découvrir un nouveau principe constitutionnel qui garantirait le caractère sexué du mariage. Désormais, une loi constitutionnelle s'imposerait. Cette contrainte s'avérerait cependant relative. La Gauche ayant la majorité au Sénat et à l'Assemblée nationale, elle pourrait être en mesure de rassembler les trois-cinquièmes des suffrages exprimés au Congrès pour permettre une révision constitutionnelle (art. 89 de la Constitution). Sauf bien sûr à mobiliser l'opinion pour revendiquer une révision de la Constitution par voie référendaire. Cet exercice est toujours aléatoire pour le pouvoir en place même si des sondages récents laissent penser que la majorité de l'opinion n'est pas hostile à la reconnaissance du « mariage pour tous ». À supposer que cette nouvelle digue rompe à son tour, gageons qu'il se trouvera quelques auteurs pour défendre l'idée du caractère supraconstitutionnel de la règle déduite des articles 75 et 144 du Code civil. Cette référence à la supraconstitutionnalité ressusciterait alors un débat engagé en 1992 et temporairement clos par la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003 (2003-469 DC). En quelque sorte, la boucle serait bouclée puisque un tel discours ramènerait en réalité aux prémisses de cette pensée doctrinale évoquée plus haut : la conviction que certaines des règles contenues dans le Code civil se bornent à transposer des principes issus de la Nature, quelle que soit la manière dont on conçoit cette naturalité (biologique, sociale, anthropologique). Pas plus que le législateur ordinaire, le pouvoir constituant ne pourrait-il remettre en cause de tels principes.

Pour citer cet article : Xavier Dupré de Boulois, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », RDLF 2012, chron. n°23 (www.revuedlf.com)

Crédits photo : Fotolia

Xavier Dupré de Boulois, «Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit »
RDLF 2012, chron. n°23 (www.revuedlf.com).