

ASSEMBLÉE NATIONALE

25 janvier 2013

OUVERTURE DU MARIAGE AUX COUPLES DE MÊME SEXE - (N° 628)

Commission	
Gouvernement	

Rejeté

AMENDEMENT

N ° 4638

présenté par
Mme Genevard

ARTICLE PREMIER

Après le mot :

« mariage »,

rédiger ainsi la fin de l'alinéa 3 :

« est l'union d'un homme et d'une femme. ».

EXPOSÉ SOMMAIRE

S'il est vrai que le mariage n'est pas défini clairement dans le code civil comme l'union d'un homme et d'une femme, c'est précisément parce que cela tient de l'évidence.

On peut rappeler les propos du doyen Carbonnier sur la place du mariage dans la loi : « le code civil n'a pas défini le mariage et il a eu raison : chacun sait ce qu'il faut entendre par là ; c'est la plus vieille coutume de l'humanité et l'état de la plupart des hommes adultes ».

Le Conseil constitutionnel, quant à lui, dans sa décision du 28 janvier 2011, a affirmé qu'il ne lui appartient pas de « substituer son appréciation à celle du législateur » sur la situation des couples de même sexe, c'est-à-dire qu'il a clairement jugé comme non discriminatoire le fait que le mariage soit, en droit français, réservé aux couples de sexe différent.

D'ailleurs, certains constitutionnalistes vont plus loin, et estiment que l'altérité sexuelle des époux, et donc des parents, figureraient parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Le principe d'un mariage entre personnes de même sexe serait donc inconstitutionnel.

L'article 1^{er} du projet de loi prévoit de rétablir un article 143 ainsi rédigé : « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». Cette disposition abandonne donc l'altérité sexuelle comme condition de fond du mariage.

Cet amendement vise à supprimer cette disposition en raison de son inconstitutionnalité. En effet, ainsi que l'affirme la doctrine constitutionnaliste¹, l'altérité sexuelle dans le mariage est constitutive d'un principe constitutionnel² relevant de la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR).

Depuis 1971, ces principes mentionnés au détour du Préambule de la Constitution de 1946 ; ont acquis une valeur constitutionnelle (Cons. Const., déc. 16 juill. 1971, n° 71-44 DC). Le Conseil constitutionnel a ultérieurement posé trois conditions pour reconnaître un tel principe. Premièrement, la législation en cause doit provenir d'un texte adopté antérieurement à la Constitution de 1946, sous un régime républicain.

Deuxièmement, aucune loi antérieure à la Constitution de 1946 ne doit jamais avoir dérogé à ce principe.

Enfin, le principe doit être suffisamment général et non contingent.

Le principe d'altérité sexuelle respecte ces trois conditions. Comme les autres dispositions relatives au mariage, il est issu du Code civil adopté le 25 mars 1804, sous le Consulat, c'est-à-dire au cours de la 1^{ère} République (l'Empire a été proclamé le 18 mai 1804). Il s'agit donc bien d'un principe adopté sous un régime républicain. Ce principe n'a jamais été remis en cause antérieurement à la Constitution de 1946 (ni après).

Enfin, la troisième condition est également respectée puisque, ainsi que l'affirme suffisamment l'exposé des motifs du présent projet de loi, « le mariage est traditionnellement défini comme un acte juridique solennel par lequel l'homme et la femme établissent une union dont la loi civile règle les conditions, les effets et la dissolution » : le principe est clairement général et non contingent.

S'agissant d'un principe de valeur constitutionnelle, seul le législateur constituant peut le modifier ou, a fortiori, le supprimer.

Par conséquent, cet amendement vise à supprimer l'article 1^{er} du projet de loi et à convoquer, sur le fondement de l'article 11 de la Constitution, un référendum.

V. en dernier lieu, B. Pauvert, « Sur une disputatio contemporaine et brûlante, considérations sur la reconnaissance de l'altérité sexuelle des époux comme principe fondamental reconnu par les lois de la République », Dr. famille, janvier 2013, p. 10.

C'est aussi le cas en Italie où la Cour constitutionnelle a jugé que le mariage de deux personnes de même sexe était contraire à la constitution et en Allemagne, où la Cour de Karlsruhe a déclaré que le mariage était l'union de deux personnes de sexe différent.