

La loi Taubira devant le Conseil constitutionnel : est-ce déjà plié ?

Article rédigé par *Roland Hureaux*, le 10 mai 2013

C'est déjà "plié" : voilà ce que tout le monde dit aujourd'hui de l'examen en cours de la loi Taubira "ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe" par le Conseil constitutionnel. Le Conseil ne prendra pas le risque de censurer une loi de société de cette importance, ne serait-ce que par peur de paraître "ringard". Au maximum émettra-t-il quelque réserve sur l'adoption.

POURTANT LES ARGUMENTS pour faire droit aux recours déposés par les députés et les sénateurs ne manquent pas.

Le droit constitutionnel face à un paradigme nouveau

Le premier argument est sans doute le plus fort : le fait que le mariage unit un homme et une femme fait partie, au même titre que les droits fondamentaux de l'homme, de ces principes généraux de la République, reconnu par de nombreux textes, qu'il était aventureux de prétendre changer par une loi ordinaire. Certes il ne figure pas dans la Constitution, mais tout simplement parce que l'idée allait tellement de soi quand celle-ci a été rédigée (et quand furent rédigés la douzaine de textes constitutionnels français antérieurs !) que personne n'a pensé qu'il fallait l'y inscrire noir sur blanc. La Constitution ne dit pas non plus que deux et deux font quatre !

Que l'article 34 de la Constitution précise que « la loi fixe les règles concernant les droits civils et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ou encore « les régimes matrimoniaux », ne veut pas dire que, dans l'intention des constituants, ces formules comprenaient le droit de rendre officielle la théorie du genre et d'abolir dans tous les codes français, Code civil en tête, toute mention de l'homme et de la femme, du père et de la mère, etc. Une perspective plus immédiate qu'on ne pense, puisque sont déjà sous presse de nouveaux livrets de famille d'où les mots père et mère auront disparu !

Le gouvernement a, si l'on peut dire, aggravé son cas en faisant voter la loi à main levée au Sénat, comme une loi de routine, alors que, dans toute une série de cas, parfois moins graves, la Constitution exige une loi organique où le vote se fait par scrutin nominal. Ainsi, le Parlement, qui ne peut pas changer la procédure budgétaire sans un vote par scrutin nominal, en forme solennelle, pourrait opérer ce que Mme Taubira elle-même appelle un « changement de civilisation » à main levée et à la sauvette !

Si la loi Taubira sort à l'évidence du périmètre de l'article 34, définissant le domaine de la loi ordinaire, tel que l'avait conçu les auteurs de la Constitution, à quoi se rattache-t-elle ? C'est là que le Conseil constitutionnel peut être embarrassé car il se heurte à un problème radicalement nouveau, post-moderne si l'on peut dire. Tout autant qu'à la loi ordinaire il est en effet difficile de rattacher cette loi au domaine constitutionnel au sens étroit. La racine de cet embarras est le changement profond de paradigme que nous vivons.

Nous sortons d'une époque « normale » où il y avait accord sur disons 90 % des fondements de la société, notamment le sens des mots et un certain nombre de données anthropologiques de base comme la nature du mariage, où la Constitution se contentait de préciser l'organisation des pouvoirs publics et quelques détails (drapeau, langue), les lois ordinaires faisant le reste. Aujourd'hui, nous entrons dans une époque « orwellienne », on pourrait dire aussi bien folle, où c'est ce socle de 90 % des fondements de la société qui est remis en cause et que les idéologues prétendent changer par la loi ; après la loi Taubira, rien en effet ne sera plus à l'abri d'une telle remise en cause ; ce socle n'est certes pas, au sens strict, d'ordre constitutionnel, mais il est clair qu'il constitue quelque chose de plus fondamental encore que l'organisation des pouvoirs publics.

C'est un peu dans cette perspective que certains invoquent, pour plaider la censure, le fait que « la langue de la République est le français » (article 2 de la Constitution) et que selon tant l'Académie française que l'ensemble des dictionnaires aujourd'hui en usage, le mariage désigne en français l'union d'un homme et d'une femme et rien d'autre. Le Parlement peut-il changer le sens des mots à main levée ? On dira que l'article 2 est destiné à nous protéger de quelque langue étrangère intrusive mais pas de la novlangue !

Autre argument, concernant celui-là la seule filiation : l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui fait aujourd'hui partie du « bloc constitutionnel », dispose que « la liberté consiste à faire ce qui ne nuit pas à autrui ». Or la liberté pour un couple homosexuel d'adopter un enfant risque de nuire à cet enfant. On n'en est pas sûr ? Certes, mais le principe de précaution a été inséré en février 2005 dans la Constitution.

La loi Taubira ne confère pas en l'état aux couples du même sexe le droit à la procréation médicalement assistée, ni *a fortiori* au recours à la gestation pour autrui ; mais l'application mécanique du principe de non-discrimination selon l'orientation sexuelle tel qu'il est interprété tant par la Cour de justice de l'Union européenne (Luxembourg) que par la Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg), devrait y conduire sans intervention nouvelle du législateur.

Enfin le Conseil pourrait encore censurer, comme il l'a déjà fait, le recours aux ordonnances prévu pour compléter le texte dans la mesure où, même si la Constitution ne le dit pas explicitement, cette procédure exceptionnelle, issue des décrets-lois des IIIe et IVe Républiques, est ordinairement réservée à des mesures d'urgence dans le domaine économique et social.

Le contexte politique : la donne européenne

Même si le Conseil constitutionnel ne se prononce, bien entendu, que sur des arguments juridiques, l'inclination politique de ses membres n'est pas entièrement neutre. À cet égard, le Conseil est loin d'être composé de gens aux ordres du gouvernement socialiste : sur les neuf membres ordinaires, sept ont été désignés par la droite et deux par la gauche, au moins neuf (en comptant les trois anciens présidents de la République) peuvent être considérés comme étant de droite.

La rumeur d'une approbation déjà acquise n'est cependant pas sans fondement. Le président Jean-Louis Debré est hostile à toute censure. Il est issu de l'aile ultra-laïque du chiraquisme (même si les quatre grands-parents de Jacques Chirac, instituteurs laïques, eussent été sans doute horrifiés par la loi Taubira !). Il dit à juste titre qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se substituer au législateur pour régler les lois de société. Certes, mais quel législateur et selon quelle procédure ?

Au moins sept ou huit membres du Conseil, à notre connaissance, se déclarent catholiques. Mais la plupart sont aussi de fervents partisans de l'intégration européenne. Pour quelqu'un comme Guy Canivet, le rapporteur désigné, la référence ultime ne semble pas être la Constitution française, encore moins la loi de Moïse, mais les traités et la jurisprudence européens, lesquels semblent (sous réserve d'un examen plus technique) aller dans le sens de la loi Taubira.

Dans cet aréopage plutôt bien-pensant, l'opposant le plus déterminé à la loi Taubira pourrait être, paradoxalement, Michel Charasse, esprit indépendant issu de la gauche laïque, ostensiblement irréligieux ! Il sait mieux que d'autres combien l'idée d'un droit naturel, aujourd'hui récusée par les idéologues de tout poil, était au cœur de la philosophie des Lumières et sans doute aussi que rien n'est plus nécessaire à la République que le bon sens.

Si le conseil est divisé, les anciens présidents de la République pourraient-ils faire la différence ? Leur participation à la délibération est problématique. Auraient-ils déjà intégré le caractère illégitime que certains voient à leur présence dans le conseil, présence qu'il est question d'abroger ? Ils auraient tort. Nous pensons au contraire que cette présence, bien plus que celle de juristes pointus et souvent doctrinaires, est tout à fait conforme à l'idée primitive de l'institution : celle d'un conseil des sages destiné à assurer la continuité de la République dans la lignée du Sénat romain qui était, comme on sait, composé des anciens magistrats. Leur expérience sans égale des affaires de la France et du monde, leur recul par rapport à l'action immédiate et à l'histoire vaut largement une agrégation de droit.

On comprend que Jacques Chirac soit empêché par des raisons de santé. Mais si Nicolas Sarkozy se faisait lui aussi, comme il en est question, porter pâle, il n'est pas certain que les millions d'opposants la loi Taubira le comprendraient, surtout s'il envisage de revenir un jour à la politique active. Quant à Valéry Giscard d'Estaing, il demeure à son habitude, drapé dans son mystère.

Compte tenu de la division profonde de l'opinion sur ce sujet, que l'entrée en vigueur de la loi n'est pas du tout susceptible d'apaiser, au contraire, une censure éventuelle ne serait pas forcément un mauvais service rendu à François Hollande.

R. H.