

SAISINE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

LOI OUVRANT LE MARIAGE AUX COUPLES DE PERSONNES MEME SEXE

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Les députés soussignés ont l'honneur de soumettre à votre examen, conformément au deuxième alinéa de la Constitution, la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, aux fins de déclarer un certain nombre des dispositions de la présente loi contraires à la Constitution.

Propos introductifs

Aux dires du Garde des Sceaux lui-même, la loi déferée induit une « réforme de civilisation ». En effet, la nature de la loi déferée, qui entend ouvrir des droits civils fondamentaux aux couples personnes de même sexe, rend difficile, sans le rendre nécessairement impossible, un retour en arrière sur l'acquisition de ces nouveaux droits.

C'est la raison pour laquelle l'adoption de ce texte aurait nécessité des conditions particulières d'adhésion des Français, conditions qui n'ont manifestement pas été remplies.

Au contraire, l'adoption de ce texte est entachée d'illégitimité :

A. Le défaut de consultation des organismes qui auraient dû l'être, et les avis négatifs des organismes consultés

Tout d'abord, aucun avis favorable au projet de loi déferé en cause, obligatoire ou facultatif, n'a été rendu par un organisme ayant une compétence réelle en matière familiale.

Les organismes devant être obligatoirement consultés n'ont pas rendu d'avis favorable :

- celui de la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) émis le 18 octobre 2012 est nettement défavorable ;
- celui rendu le 9 janvier 2013 par le Conseil Supérieur de l'Adoption fait état de nombreuses réserves et inquiétudes,
- et l'avis du Conseil d'État en date du 31 octobre 2012 semble comporter de si nombreuses réserves qu'il ne peut être considéré comme favorable.

Enfin, d'autres instances, dont l'éclairage aurait été nécessaire, n'ont pas été consultées :

- Le Conseil économique, social et environnemental, dont la compétence sur le sujet ne fait aucun doute, n'a pas été saisi par le Premier ministre et a même refusé d'examiner une pétition déposée par plus de 700 000 citoyens en vertu de l'article 69 de la Constitution.
- Enfin, le Comité consultatif national d'éthique, dont la mission est pourtant de donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé a été délibérément ignoré.

B. L' « hésitation » du Président de la République sur la liberté de conscience

« Et puis, il y a la liberté de conscience ». Le mot prononcé par le président de la République le 20 novembre 2012 lors du Congrès des Maires de France à propos de l'attitude des maires qui souhaitent se soustraire à l'obligation de célébrer un mariage entre personnes de même sexe a posé d'une autre manière la question de la légitimité de ce texte.

La question peut paraître choquante : comment peut-on remettre en cause un texte de loi voté par des assemblées légitimement et démocratiquement élues ? Comment les 36.000 maires de France, agissant en qualité d'officiers d'état-civil c'est-à-dire juridiquement en qualité d'agents de l'État, gardiens de nos registres d'états-civil et officiant lors des engagements d'une vie commune pourraient-ils remettre en cause de la loi républicaine ?

Simplement, la « liberté de conscience » signifie qu'on ne peut contraindre un citoyen à faire ce que sa conscience lui interdit au fond de lui-même parce qu'il ne se reconnaît pas intimement dans l'action que ses fonctions devraient lui imposer. On la reconnaît pour les objecteurs de conscience à propos du Service national dans une décision de 1963, on la reconnaît en matière médicale pour l'IVG depuis 1975. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne l'inscrit expressément : « Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

Le propos du président de la République, même s'il s'est ensuite rétracté, révèle l'évidence : la loi déferée n'est pas, dans l'esprit du Premier des Français, un texte dans lequel chaque Français peut se reconnaître, y compris les élus municipaux. Ce texte ne peut être reconnu comme traduisant un large assentiment du peuple français.

C. Le refus de recourir au référendum

Le droit constitutionnel exige que la remise en cause des éléments essentiels d'un régime politique ou du contrat social d'une société donnée ne puisse se faire que par l'organe investi du pouvoir constituant, selon une procédure solennelle et avec l'assentiment, soit du peuple souverain, soit d'une majorité renforcée des représentants de la Nation.

Hans Kelsen a exposé, dans sa théorie dite « de l'aiguilleur », que lorsque le juge constitutionnel constate qu'une loi ordinaire déroge à la Constitution, il ne porte pas un jugement de valeur sur l'œuvre du législateur, mais se borne à indiquer qu'une telle loi aurait dû être adoptée en la forme constitutionnelle, c'est-à-dire selon les règles de compétence et de procédure propres aux lois constitutionnelles. Cette considération de théorie juridique rejoint la souveraineté démocratique qui exige que les éléments essentiels du contrat social d'une nation ne puissent être changés par une simple majorité passagère, mais qu'une telle responsabilité revienne directement aux citoyens eux-mêmes ou, pour les remises en cause moins profondes, à une majorité renforcée de représentants exprimée, en régime bicaméral, dans les deux assemblées.

Or les motions de renvoi du texte à référendum ont été rejetées dans les deux chambres du Parlement tandis que le pouvoir exécutif s'est réfugié derrière une distinction entre les « questions sociales » et les « questions sociétales » pour prétendre qu'une consultation populaire sur le projet de loi en cause, initiée sur le fondement de l'article 11, serait contraire à la Constitution.

Ceci alors même que le préambule de la Constitution de 1946 range la famille dans le chapitre social, et que le Conseil économique, social et environnemental auquel est consacré le titre XI de la Constitution de 1958 comporte, en vertu de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958, dix représentants des associations familiales et statue fréquemment sur les affaires familiales.

La loi déferée a suscité une très forte mobilisation de la société civile qui a abouti à la première pétition constitutionnelle de la Vème République réunissant plus de 700 000 signatures validées par le Conseil économique, social et environnemental. D'immenses manifestations d'opposition à la loi déferée ont eu lieu à travers toute la France métropolitaine et ultra-marine et jusque devant les ambassades à l'étranger, atteignant une ampleur inégalée depuis des décennies.

C'est donc au juge constitutionnel qu'il revient désormais de donner, le cas échéant, la parole au peuple souverain en jugeant que la loi déferée nécessite une révision de la Constitution. Car la rédaction de l'article 89 de la Constitution fait du référendum le principe, et du Congrès l'exception. Et les auteurs de la Constitution de 1958 ne peuvent avoir conçu la révision par voie parlementaire que pour les réformes portant sur des « révisions mineures » de la charte fondamentale, la ratification populaire s'imposant pour les révisions touchant à l'essentiel¹.

¹ cf. René Capitant - Écrits constitutionnels, CNRS, 1982, p. 385

D. Ce défaut de légitimité, dans la forme, s'accompagne, pour les requérants d'une illégitimité de fond, en ce que la législation actuelle, qui ne permet pas aux couples de personnes de même sexe de se marier, ne méconnaît en rien le principe d'égalité.

L'un des arguments majeurs de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe est celui de l'égalité et de la non-discrimination. Il s'agirait donc de faire profiter les personnes de même sexe qui vivent « en couples » du même statut que les hommes et les femmes qui vivent mariés.

La revendication d'un statut juridique, au nom de l'égalité, doit se comprendre au regard des caractères particuliers du statut juridique du mariage. Historiquement, l'institution du mariage a été formalisée dans le droit pour permettre de stabiliser les situations juridiques des familles constituées d'un homme, d'une femme, et des enfants qui sont issus de leur union. Puis l'adoption d'enfants nés en-dehors de ce couple a été autorisée afin de donner un foyer à d'autres enfants et de permettre de réaliser l'objectif de l'union matrimoniale : la procréation et l'accueil d'enfants pour les élever jusqu'à l'âge adulte².

Le mariage a pour fonction d'organiser les relations entre un homme et une femme en vue non seulement de réguler leur vie commune (obligations réciproques, contribution aux charges communes, gestion et propriété des biens, ...) mais aussi de régler leur autorité commune sur les enfants dont ils ont la responsabilité parce qu'ils sont le fruit de leur union.

Les époux sont donc dans une situation particulière qui justifie un traitement spécifique par le droit. Le droit du mariage est largement orienté vers la famille et donc vers les enfants. Que les époux, involontairement ou non, n'aient pas d'enfants ne change rien à cette finalité objective.

Il est évident que les couples homosexuels ne sont pas dans la même situation puisque leurs relations ne peuvent être ordonnées en vue de la procréation. Leur union de vie répond donc à une situation objectivement différente.

C'est bien la raison pour laquelle la revendication du mariage par les couples de même sexe n'est pas une question d'égalité ou d'inégalité à laquelle il faudrait mettre fin par la loi. Le droit le dit de façon claire, tant dans la jurisprudence du Conseil d'État que du Conseil constitutionnel : « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». Cette formule classique signifie que, à situation différente, traitement différent.

Les couples de même sexe ne sont pourtant pas en-dehors du droit. Le PACS organise cette relation entre les « partenaires » - qui ne sont justement pas des époux - selon des règles différentes mais qui prévoient bien - c'est le Conseil constitutionnel qui l'a souligné en

² Sur ces points voir particulièrement la thèse de Benoît de Boysson, Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale, Bibliothèque de droit privé, tome 534, LGDJ, 2012, en particulier la deuxième partie « Une singularité matrimoniale à valoriser », p. 255 et s.

contrôlant la loi en 1999³ – une communauté de vie et des obligations réciproques. Mais ce n'est pas un mariage.

La situation juridique des couples hétérosexuels est donc fondamentalement différente des autres types de « couples » du fait de l'altérité sexuelle et doit être traitée de façon différente. L'argument de l'égalité doit donc être considéré de façon différente, du point de vue constitutionnel. Les « couples » homosexuels sont objectivement placés dans une situation différente, ce qui justifie un traitement différent.

Doit-on alors considérer que la situation actuelle est source de discrimination⁴ ? La discrimination peut-elle être fondée sur la différence des sexes alors que cette différenciation est un élément objectif et en quelque sorte « incontournable » ?

Le ministre de la famille, Madame Dominique BERTINOTTI, a pu déclarer devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, lors de son audition du 18 décembre 2012 que « quand une différence ne donne pas accès à un même droit, j'appelle cela une discrimination » ou encore « lorsqu'on n'affecte pas les mêmes droits à une différence, cela devient une discrimination ».

Qu'est-ce que la discrimination et le principe de non-discrimination ? « Le principe de non-discrimination vise la correction qu'engendrent certains types d'inégalités et apparaît comme une formulation négative de l'égalité »⁵.

L'interdiction de la discrimination conduit à imposer, sous le contrôle du juge, une obligation de traitement identique de situations similaires nécessitant une obligation de comparaison objective.

Or il n'est pas un droit de la non-discrimination, mais de l'égalité, par comparaison de situations et au regard de critères comparables. Les couples homosexuels n'étant pas ordonnés, objectivement, à la procréation, ils ne peuvent être comparés aux couples hétérosexuels, objectivement ordonnés à la procréation.

Cette problématique, qui n'est pas seulement constitutionnelle, révèle que la question de la filiation, de la paternité, de la maternité sont au cœur de la question du mariage entre personnes de même sexe.

De ce point de vue, les conséquences de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe illustrent la problématique du respect du principe d'égalité, lorsque les questions de filiation et d'autorité parentale sont abordées : quid de l'autorité parentale du parent biologique resté en-

³ Conseil constitutionnel, n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, Rec. 116.

⁴ L'audition de M. Dominique Baudis, Défenseur des droits, par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, le 13 décembre 2012, fait bien ressortir cette distinction entre égalité et discrimination.

⁵ Rémy Hernu, article « Égalité et non-discrimination », Dictionnaire des droits de l'homme, PUF, coll. « Quadrige », 2008, p. 357, faisant référence à M. Bossuyt, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1976.

dehors d'un couple de même sexe recomposé ? Quid de l'inégalité entre couples de femmes et d'hommes, en matière d'accès aux PMA ? Quid de la situation des enfants selon qu'ils se trouvent dans tel ou tel type de famille ?

Au regard du principe d'égalité, la question aurait mérité un examen approfondi, que les requérants estiment très insuffisant dans le texte de la loi déférée.

Au-delà de cette illégitimité notoire, dans la forme comme dans le fond, les députés requérants estiment que la loi déférée est contraire à la constitution et qu'elle méconnaît nombre de principes constitutionnels.

I. Sur la procédure

Le Gouvernement n'ayant pas engagé la procédure accélérée sur ce projet de loi, la « navette » parlementaire aurait dû se poursuivre, après une première lecture dans les deux chambres, selon un rythme habituel, laissant place à un travail parlementaire approfondi, en commission comme en séance.

Or, dans la plus grande précipitation, et en l'absence de tout motif d'urgence, le gouvernement a inscrit ce texte en seconde lecture à l'Assemblée Nationale, quelques heures seulement après son adoption par le Sénat, bouleversant un ordre du jour établi depuis plusieurs semaines par la Conférence des Présidents.

Adopté le vendredi 12 avril au Sénat, inscrit le mercredi 17 avril en séance à l'Assemblée Nationale, ce projet de loi a été examiné précipitamment par la commission des lois convoquée le lundi 15 avril à 16h.

Alors même qu'aucun motif d'urgence ne le justifiait, le texte a donc été adopté dans la précipitation, et l'impréparation gouvernementale, au mépris du droit d'expression des Groupes d'opposition, et du principe de la sincérité du débat parlementaire. En effet, comme il a été rappelé à maintes reprises par votre jurisprudence, le bon déroulement de la procédure législative, la qualité de la législation et, plus généralement, la sécurité juridique, exigent le respect des principes de loyauté, de clarté et de sincérité du débat parlementaire, sans lesquelles ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : " La loi est l'expression de la volonté générale... ", ni celle résultant du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, aux termes duquel : " La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants... " (Décision n°2006-537 DC du 22 juin 2006).

A. Le non-respect du droit d'exercice du temps exceptionnel par un président de Groupe

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a reconnu des droits spécifiques aux groupes parlementaires d'opposition et minoritaires. Ainsi, l'article 51-1 de la Constitution dispose que : « Le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires. »

Par suite, la loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution a ouvert la possibilité, à son article 18, de fixer un temps global pour la discussion d'un texte, dans le cadre de procédures destinées à garantir pleinement le respect des groupes d'opposition et minoritaires : « Les règlements des assemblées, lorsqu'ils instituent une procédure impartissant des délais pour l'examen d'un texte en séance, garantissent le droit d'expression de tous les groupes parlementaires, en particulier celui des groupes d'opposition et des groupes minoritaires. »

Le Règlement de l'Assemblée Nationale a traduit ces procédures dans son article 49 : les alinéas 2 à 4 organisent le temps de la discussion générale, les alinéas 5 à 13, permettent d'organiser un temps maximum de discussion dit « temps législatif programmé ».

Deux voies d'organisation de la discussion des textes s'offrent donc à la Conférence des Présidents, soit la voie « classique » déterminant le temps de la seule discussion générale, aucune limite n'étant fixée à la discussion des articles, soit la voie du « temps législatif programmé », qui fixe un terme à la discussion d'un texte, et limite le temps d'intervention de chacun des Groupes parlementaires.

Chacune de ces voies doit, ainsi que le Conseil l'a souligné dans sa décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, respecter les Groupes d'opposition et minoritaires ainsi que l'exercice du droit d'expression et d'amendement.

Lors de l'examen de la proposition de résolution n°1546 portant réforme du Règlement, et pour respecter les droits de l'opposition, la mise en place du temps législatif programmé a été assortie de nombreuses garanties (alinéas 6 à 13 de l'article 49 du Règlement), la principale étant le droit, une fois par session, pour un Président de Groupe, de demander un temps exceptionnel. L'article 49 du Règlement précise ainsi : « Une fois par session, un président de groupe peut obtenir, de droit, un allongement exceptionnel de cette durée dans une limite maximale fixée par la Conférence des présidents. »

Or, lors de la Conférence des Président du lundi 15 avril 2013, convoquée en urgence pour organiser la seconde lecture du projet de loi déferée, la majorité a décidé de recourir au temps législatif programmé, et a refusé au Président du Groupe UMP d'exercer son droit au temps exceptionnel, droit pourtant inhérent à cette procédure.

Le temps programmé a été fixé à 25 heures au motif que ce serait la moitié du temps exceptionnel qui aurait pu être demandé si le temps législatif programmé avait été appliqué dès la première lecture ! Il y a là une confusion manifeste entre deux procédures prévues par le Règlement auxquelles s'attachent des droits différents, et qui ne peuvent être confondues sans porter atteinte aux droits des Groupes d'opposition, à l'exercice du droit d'expression et d'amendement.

Au demeurant, si le temps législatif programmé avait été appliqué dès la 1^{ère} lecture, rien ne laisse supposer que la Conférence des Présidents aurait retenu 50 heures de débats, eu égard à l'importance et aux implications du texte, ainsi qu'à la faculté reconnue à la Conférence des Présidents, à l'article 49 alinéa 12 du Règlement, de décider d'augmenter la durée maximale si elle constate que celle-ci est insuffisante.

Quoi qu'il en soit, le Président de l'Assemblée nationale, lors de la 1^{ère} séance du jeudi 18 avril 2013, a reconnu que ce droit « de tirage » par session d'un temps exceptionnel avait bien été refusé, lorsqu'à une question du Président Christian JACOB lui demandant s'il pourrait présenter, au cours de cette même session, une demande similaire sur un autre texte, il lui a répondu par l'affirmative.

En l'espèce, les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire ont été sciemment méconnues, de même que n'ont pas été respectées les droits spécifiques aux groupes d'opposition reconnus par l'article 51-1 de la Constitution.

B. Sur l'indigence de l'étude d'impact

En vertu de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, les projets de loi doivent être accompagnés d'une étude d'impact dont les documents doivent exposer « avec précision » notamment : l'impact du projet de loi sur l'ordre juridique interne, l'état d'application du droit dans le ou les domaines visés ; les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées, les textes législatifs et réglementaires à abroger et les mesures transitoires proposées ; les conditions d'application des dispositions envisagées dans les collectivités d'Outre-mer, en justifiant, le cas échéant, les adaptations proposées et l'absence d'application des dispositions à certaines de ces collectivités ; l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue ; les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'État ; la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires.

Or le rapport rendant compte de cette étude est notoirement insuffisant et ne répond pas aux exigences posées par la loi organique. Il n'a donc pu mettre le Parlement en mesure d'apprécier sincèrement les considérables impacts du projet de loi. Les auteurs de la saisine ont relevé quelques très graves carences.

Pour justifier le recours à cette loi, c'est-à-dire à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, l'étude d'impact se fonde sur un sondage, prétendant qu'une majorité des Français y serait favorable, ou encore invoque la nécessité de régler un certain nombre de difficultés catégorielles liées à des situations de fait volontairement provoquées, sans les décrire, ni démontrer que le droit positif n'y répondrait pas, alors même que la loi est censée être guidée par l'intérêt général, et non par les revendications d'une minorité de personnes.

On peut ainsi lire pour seule justification du rejet d'une union civile : « l'ensemble des associations qui se sont exprimées sur le sujet, tant celles qui représentent les couples de même sexe que les associations familiales, se sont montrées résolument opposées à un régime juridique réservé aux couples de même sexe. Il est considéré comme discriminatoire par les premières et contraire aux principes qui fondent la famille par les secondes », puis comme justification de l'opportunité de l'ouverture du mariage : « Seule l'ouverture du mariage aux couples de même sexe paraît être une réponse satisfaisante aux besoins d'évolution de la société. Au demeurant, au-delà de ces organisations, l'idée de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a constamment progressé depuis le vote de la loi relative au pacte civil de solidarité, et désormais, une majorité de Français semble être aujourd'hui favorable à une telle réforme : selon un sondage publié par l'IFOP en août 2012, 65 % des Français sont favorables au mariage des personnes de même sexe (ce qui constitue une progression de 2 points par rapport à l'année dernière), tandis que 53 % des Français sont favorables à l'adoption par les couples homosexuels ».

L'étude d'impact n'évoque aucune des conséquences, notamment sociales du projet de loi, pourtant prévues à l'article 8 précité, notamment en ce qui concerne l'évolution de la famille et le sort des enfants adoptés qui auront pour « parents » deux personnes de même sexe. En outre, l'évaluation de l'impact psychologique, affectif et éducatif sur ces enfants est totalement absente.

De même, elle n'évoque pas les conséquences financières, ni les coûts – outre le surcoût pour les services d'état civil- ni les bénéfices attendus, alors même que le « mariage » entre deux personnes de même sexe aura des conséquences sur le budget de la nation et sur celui de la Sécurité sociale, compte tenu des avantages fiscaux (successions, donations..., et sociaux (retraites, réversions...) dont bénéficient les couples mariés.

Si l'étude évoque superficiellement l'impact juridique du texte en droit interne et en droit européen, elle ne traite pas sérieusement de la question de la constitutionnalité du projet de loi déferé, en s'abritant derrière une interprétation contestable de la portée de la décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

Son contenu est aussi particulièrement indigent s'agissant des conséquences du texte sur le droit de la filiation, notamment concernant la présomption de paternité dans le cas d'un « mariage » entre deux personnes de même sexe qui pose des difficultés juridiques certaines.

De même, elle néglige d'examiner sérieusement la question de l'impact réel sur les mariages existants et sur les remariages d'un conjoint divorcé avec un nouveau « conjoint ».

Par ailleurs, l'étude d'impact fait preuve d'une grande négligence quant à la compatibilité du projet de loi avec les conventions internationales conclues par la France. Elle ne mentionne qu'une minorité d'accords bilatéraux impactés par le changement (unilatéral à l'égard de nos cocontractants) de la définition du mariage.

Comme en témoigne le refus du ministre des affaires étrangères d'informer un parlementaire (Question Ecrite n° 14720, 14^{ème} législature), l'inventaire très incomplet des conventions internationales concernées n'a nullement mis le Parlement en situation d'apprécier l'impact diplomatique du texte.

En particulier, les conséquences au regard de la règle *Pacta sunt servanda*, de la règle d'interprétation des traités de bonne foi selon leur sens originel en fonction du contexte existant au moment de leur négociation (article 31 de la Convention de Vienne), ainsi que des coutumes de droit international relatives aux droits des personnes, n'ont pas été évaluées.

De nombreux accords bilatéraux contractés par la France renferment des stipulations relatives aux régimes matrimoniaux, à la filiation, à l'adoption, au mariage, à l'acquisition de la nationalité par mariage, etc ... dont les effets peuvent être très variés selon l'objet de l'accord et qui n'ont pas été envisagés dans l'étude d'impact.

Sans doute le Conseil constitutionnel n'est-il pas juge de la conformité des lois aux engagements internationaux, mais les saisissants se doivent d'attirer son attention sur le quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Et le Conseil a précisément reconnu qu'au nombre de ces règles figure la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi (décision n° 92-308 DC, cons. 7 ; décision n° 93-321 DC, cons. 36 et 37).

Il résulte de cet alinéa, ainsi que de l'article 55 de la Constitution, qu'il appartient aux divers organes de l'État – et notamment au Parlement – de veiller dans le cadre de leurs compétences respectives à l'application des conventions internationales dès lors que celles-ci restent en vigueur (n° 93-321 DC, cons. 37). Or l'étude d'impact annexée à la loi déferée ne permet manifestement pas aux parlementaires de se mettre en demeure de respecter leurs obligations en la matière.

Enfin, la carence fautive du Gouvernement se retrouve avec la même acuité quant à un autre effet de l'adoption plénière, voire simple, de l'enfant d'origine étrangère adopté par le conjoint, suite à une première adoption plénière. En effet, si les adoptions plénière comme simple par un célibataire sont admises par le code civil et que, par ailleurs, il est désormais acquis que l'homosexualité du candidat à l'adoption ne saurait justifier un refus d'agrément, il n'en va pas

ainsi dans tous les pays, loin de là, comme cela est, cette fois ci justement souligné, dans l'étude litigieuse, « très peu de pays d'origine des enfants autorisent l'adoption conjointe par des couples de même sexe: seuls quelques Etats au Brésil, au Mexique et aux Etats-Unis, ainsi que l'Afrique du Sud l'autorisent et les enfants, qui sont proposés à l'adoption internationale ». (Etude d'impact p.46).

Dès lors que se passera-t-il lorsque, suite à un mariage, le conjoint voudra adopter plénièrement l'enfant de son conjoint, qui, en tant que célibataire aura adopté un enfant étranger dans un pays qui refuse l'adoption par un couple de même sexe ? L'étude d'impact est muette sur ce point.

Ce silence est pour le moins surprenant que cette même étude, par ailleurs prolixie sur les risques encourus par les ressortissants étrangers qui se marieraient en France alors que leur statut personnel l'interdit, ne comporte aucun développement sur cette problématique pourtant au cœur de l'intérêt supérieur de l'enfant adopté, qui, dans la plupart du temps aura le souhait de connaître son pays d'origine, et ce d'autant plus qu'il en aura le plus souvent gardé la nationalité (Etude d'impact p.56).

Enfin, visiblement aucune étude n'a été faite s'agissant du statut des enfants adoptés par des parents de même sexe, mariés en France et dont la loi personnelle ne reconnaît par leur mariage et partant l'adoption plénière.

Face à autant de manquements, le Gouvernement ne saurait se prévaloir d'une quelconque négligence dès lors qu'il est désormais connu que le Conseil d'Etat dans son avis rendu en application de l'alinéa 2 de l'article 39 de la Constitution a pointé les carences de l'étude d'impact en relevant, notamment, que « contrairement à ce qu'imposent les dispositions de la loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, des questions multiples et complexes que soulève l'ouverture de l'adoption aux conjoints de même sexe, tant dans le cadre de l'adoption internationale, que, plus généralement, au regard de l'appréciation que les services et autorités compétentes seront amenés à faire de l'intérêt de l'enfant, et qui est opérée, en droit positif, de manière concrète, au cas par cas. »

C'est pourquoi, à titre principal, il ressort que, tant au titre de la violation de l'article 39 de la Constitution qu'au titre de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, c'est l'ensemble du projet de loi qui encourt la censure, en ce que le Gouvernement a sciemment et de mauvaise foi méconnu les principes de loyauté, de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

II. Sur le mariage, la filiation et l'adoption

Le mariage civil français, intrinsèquement lié à la Révolution française, est inscrit dans l'Histoire comme l'union d'un homme et d'une femme. Il doit donc être reconnu comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République. A ce titre, le mariage civil républicain est une construction historique originale « à la française », qu'il convient de consacrer comme un pilier de notre ordonnancement juridique.

En effet, le projet de loi déposé ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a révélé à l'évidence la place majeure que conserve le mariage en tant qu'institution sociale et juridique dans notre société contemporaine. Il a souligné le retour à une conception du mariage-institution, élément de stabilité sociale recherchée, à la différence du mariage-contrat qui semblait marquer jusque-là la législation française contemporaine, par les possibilités de rupture par divorce de plus en plus facilitées par la loi (législation depuis 2005 en particulier). Le retour du Mariage-Institution est le signe d'un souhait pour les couples d'un état de vie sanctionné par la loi, de façon solennelle et publique.

Ce projet souligne également l'importance de la place de la famille, en tant qu'institution fondamentale de la société. Ceci soulève aussi la question des repères de la filiation et de l'adoption, dans tous leurs aspects : biologique, juridique, psychique.

Plus généralement, c'est la question de la différenciation sexuelle qui est en jeu dans un tel projet. On comprend que ce texte entraîne des modifications majeures de notre droit, particulièrement du droit de la famille et de la personne.

Certes le Conseil constitutionnel a jugé « 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 ». (Décision n°2010-92 QPC du 28 janvier 2011 et Décision n° 2010-39 QPC du 06 octobre 2010).

Mais les requérants considèrent que la loi déferée, dans les modifications qu'elle apporte au code civil et à la législation existante, prive de garanties légales certaines exigences de caractère constitutionnel.

A. Sur la violation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République s'inscrivant dans la tradition républicaine et inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

Le mariage civil républicain français est l'union d'un homme et d'une femme.

En conformité avec les principes de droit naturel réaffirmés en 1789, toutes les lois républicaines régissant le mariage, ses effets ou sa dissolution, ainsi que d'autres domaines de la vie privée ou publique, qui se sont succédées depuis 1792 jusqu'à 1946 et encore jusqu'à aujourd'hui, ne l'ont conçu qu'entre un homme et une femme.

Le titre IV « Du Mariage » de la loi du 20 septembre 1792 sur l'état civil énonce, sous sa section 1 « Qualités et conditions requises pour contracter mariage », un article 1^{er} qui dispose que « L'âge requis pour le mariage est de quinze ans révolus pour les hommes et treize ans révolus pour les filles ».

Quoiqu'adopté deux jours avant la proclamation de la République, ce grand texte, non abrogé et confirmé le 7 septembre 1793 par le décret sur les conseils des familles, est appliquée comme loi de la République jusqu'à son abrogation-remplacement par la loi du 26 ventôse an XI relative au mariage (15 février 1803), laquelle est encore plus explicite par sa présentation en loi distincte : sous son chapitre I intitulé « qualités et conditions requises pour contracter mariage », il est prévu que « L'homme avant dix-huit révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ».

Aux députés qui voulaient ajouter lors de la rédaction du code civil des formules du type « Le mariage est un contrat civil par lequel un homme et une femme libres s'unissent pour la vie » (Lagrévol), ou « Le mariage est un contrat civil qui unit pour vivre ensemble deux personnes libres d'un sexe différent » (Lequinio), il fût répondu : « Rien n'est si inutile qu'une définition parce que tout le monde sait ce que c'est que le mariage » (Sedillez). Fixée en fonction de la puberté, la différence d'âge nubile confirme que le mariage est évidemment lié à la procréation. La délibération du 22 août 1793 décrivait encore le mariage comme le contrat par lequel « l'homme et la femme s'engagent, sous l'autorité de la loi, à vivre ensemble, et à élever les enfants qui peuvent naître de leur union » (Fenet).

Le code civil, reprenant la loi du 26 ventôse an XI (15 février 1803), promulguée par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), est une loi de la République à plusieurs titres. D'une part, il a été adopté sous un régime que le Conseil constitutionnel regarde désormais définitivement comme républicain au sens du préambule de 1946 (décision n° 2012-297 QPC). D'autre part, il a été confirmé comme loi civile de la II^{ème}, III^{ème}, IV^{ème} et V^{ème} République, certains de ses articles ou alinéas étant demeurés inchangés, tels que les articles 75 et 144 relatifs à l'altérité des sexes des époux. Enfin, le Conseil constitutionnel a déjà tiré de plusieurs de ses dispositions,

inchangées depuis 1803, des principes à valeur constitutionnelle (décision n° 82-144 DC ; décision n° 93-325 DC ; décision n° 2000-437 DC et décision n° 2002-465 DC).

Le code civil, dans sa version originelle (titre V « Du mariage » – articles 144 à 228 – et titre VI « Du divorce » – articles 228 à 311), et quoique Portalis ait relevé l'inutilité de définir plus en détail le mariage comme l'envisageaient les projets antérieurs, s'interprète clairement comme visant l'altérité des sexes des époux.

Le Code civil est cependant bien plus qu'une compilation technique de principes et règles de droit civil, il est, selon l'expression du doyen Carbonnier, « la Constitution civile de la France ».

Et comme le relevait le procureur général Baudoin dans ses conclusions sur un arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1903 : « La condition essentielle du mariage, c'est donc bien que les époux soient de sexe différent : l'un, un homme, l'autre, une femme. Et c'est si évident que le code n'a même pas cru qu'il fut nécessaire de l'exprimer ». Jean Carbonnier allait dans le même sens : « 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 ».

D'ailleurs, des textes antérieurs au code civil (décret du 7 septembre 1793, loi du 12 brumaire an II relatif aux droits des enfants nés hors mariage ; loi du 17 nivôse an II sur les successions), confirment la permanence de la définition hétérosexuelle du mariage.

Il en va de même des acceptions de « mari et femme », « veuf », « veuve », « conjoint » et? «époux» (au sens précédent du mari et de l'épouse, indifféremment ou ensemble), dans de nombreuses lois de la IIème et IIIème République modifiant le code civil : la loi du 9 mars 1891 sur les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé ; la loi du 8 juin 1893 sur les actes d'état-civil ; les lois du 20 juin 1896, du 29 novembre 1901, du 21 juin 1907, du 28 avril 1922, du 7 février 1924, du 17 juillet 1927, du 4 février 1928, du 11 juillet 1929, des 2 février et 19 février 1933, du 18 février 1938 et du 10 mars 1938 sur le mariage, les lois du 18 avril 1886, du 27 juillet 1884, du 13 juillet 1907, du 9 août 1919 sur le divorce ; la loi du 21 février 1906 sur l'autorité parentale ; les lois du 25 mars 1896 et du 2 juillet 1907 sur les enfants naturels.

Les lois constitutionnelles, elles-mêmes, sont sans ambiguïté à cet égard. Avant que le suffrage féminin ne soit consacré en 1944, les textes constitutionnels relatifs à la citoyenneté sont clairs. L'article 4 de la Constitution de l'an I (1793) dispose que tout étranger de vingt et un ans qui « épouse une Française » est admis à l'exercice des droits de citoyen français. De même, l'article 10 de la Constitution de l'an III (1795) dispose que l'étranger devient citoyen français « (...) pourvu qu'il y ait épousé une femme française ». L'article 377 de la cette Constitution mentionne « les pères de famille (...) les épouses et (...) les mères ».

Ainsi, le législateur ne s'est jamais départi, après 1946 et jusque sous la Vème République, du principe d'altérité des sexes dans l'institution du mariage, non pas parce qu'il se croyait libre de s'y rallier, mais parce qu'il répondait à une exigence « constitutionnelle » au sens fort.

Si l'article 75 du code civil prévoyant que l'officier de l'état civil « recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme », et l'article 144 du même code disposant que « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus » (harmonisation de l'âge nubile établie en 2006) ont vainement été contestés devant le Conseil constitutionnel, c'est bien parce que ces dispositions se bornent à reconnaître l'altérité sexuelle du mariage et que celle-ci a fermement été rappelée par la Cour de cassation qui affirme que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » (arrêt n°05-16627, 1^{ère} chambre civile, 13 mars 2007). L'impossibilité radicale d'y contrevenir, au sens des empêchements à mariage, est donc d'ordre public absolu, que le mariage ait été célébré à l'étranger ou sur le sol de la République.

Il ne fait donc absolument aucun doute que le principe selon lequel le mariage désigne l'union d'un homme et d'une femme est un principe constamment « reconnu » depuis 1792 par les lois de la République et donc intégré à notre « tradition républicaine».

B. La filiation : l'origine sexuée de la filiation est un principe essentiel auquel la loi déferée contrevient

La filiation bilinéaire, fondée sur l'altérité sexuelle est un principe inspiré tant par le décret-loi du 20 septembre 1792, que par un nombre impressionnant de récurrences des termes « père et mère » de l'enfant dans les lois de la République, jusque sous la III^{ème} République (décret du 7 septembre 1793 sur le conseil de famille, l'article 377 de la Constitution de l'an III, le décret du 12 brumaire an II précité, la loi du 17 nivôse an II sur les successions, la loi du 28 mars 1896 sur les successions, la loi du 7 novembre 1907 sur la légitimation des enfants, la loi du 16 novembre 1912 sur la recherche de paternité naturelle, le décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité française, le décret-loi du 29 novembre 1953 sur les pupilles de l'Etat, l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante). Plus particulièrement, des lois de la République concernant l'adoption (loi du 19 janvier 1923, décret-loi du 29 juillet 1939, loi du 23 avril 1949) et l'autorité parentale (lois du 21 juin 1906 et du 2 juillet 1907, décret-loi du 30 octobre 1935) consacrent indubitablement ce principe de filiation bilinéaire et bisexuée.

« Père et mère » sont encore récurrents dans les lois de la République. Rien que dans le code civil, qui s'inspire nécessairement de ce principe supérieur d'altérité des parents, on mentionnera les articles 34, 63, 71, 73, 79, 108-2, 148, 149, 150, 151, 154, 173, 182, 191, 197, 204, 205, 211, 347, 348, 348-2, 348-4, 365, 367, 368-1, 371, 371-1, 371-3, 372, 373, 373-1, 373-2, 373-3, 373-4, 375, 375-3, 375-6, 375-7, 375-8, 376-1, 377, 377-1, 377-2, 378, 378-1, 381, 382, 383, 387, 389-7, 390, 395, 399, 401, 403, 413-2, 413-3, 413-7, 448, 477, 601, 729-1, 735, 736, 738, 738-2, 739, 757-2, 757-3, 758, 911, 935, 1114.

Certaines de ces dispositions en vigueur sont antérieures à la Constitution de 1946, soit qu'elles soient toujours d'origine (cf. l'article 312, repris de la loi du 2 Germinal an XI sur la paternité et la filiation, qui se déduit lui-même du décret-loi du 20 septembre 1792, confirmé par le décret du 7

septembre 1793), soit qu'elles aient été modifiées et consacrées par des lois de la IIIème République (cf. articles 34, 73, 148, 150, 151, 154, 173, 182, 197, 204, 312, 601, 1114).

De cette origine sexuée de la filiation, la cour de Cassation a fait, très justement, un « principe essentiel du droit de la filiation française » (Cass. civ 1ère, 7 juin 2012, pourvoi n°11-30261).

Or, en interdisant à l'enfant de se voir reconnaître, même dans le temps, une filiation comportant une branche paternelle et une branche maternelle, la loi déferée porte gravement atteinte au principe à valeur constitutionnelle de la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle. En particulier, la loi déferée a cet effet direct, en ouvrant l'adoption plénière à des couples de personnes de même sexe, de priver l'enfant adopté, tantôt du droit à une filiation maternelle, tantôt du droit à une filiation paternelle.

C. L'adoption

§ Sur la méconnaissance du principe à valeur constitutionnelle du droit de l'enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et son père, la loi déferée prive délibérément, et par préméditation, un enfant d'un père ou d'une mère.

En particulier, la loi déferée produit cet effet lorsqu'elle ouvre l'adoption plénière, soit d'un enfant né d'une des personnes contractant ultérieurement un mariage entre personnes de même sexe, soit d'un enfant né postérieurement audit mariage et dont la naissance aurait été obtenue par voie d'AMP ou de GPA, privant l'enfant, dans les deux cas, tantôt d'une mère tantôt d'un père.

Il en résulte une rupture d'égalité devant la loi entre des enfants adoptés qui pourront être adoptés par un père et une mère, et ceux pour lesquels le droit organisera une fiction, puisqu'ils seront présumés nés de deux pères ou deux mères, et seront privés, de fait, de l'éducation par une mère ou un père.

Certes, le Conseil Constitutionnel relève, dans son commentaire de la décision 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, que dans « certains cas, la loi reconnaît une filiation juridique qui n'est pas génétique ou biologique et interdit alors la recherche de la filiation biologique. »

Toutefois le droit français garantit à chaque citoyen la possibilité d'établissement d'une filiation bilinéaire et bisexuée tant en vertu du titre VII que du titre VIII du livre premier du code civil. En effet, si la loi ne peut garantir à chaque enfant de voir sa filiation concrètement matérialisée dans chacune des lignées paternelle et maternelle, elle affirme que l'enfant s'inscrit dans ce double lignage. Elle interdit ainsi d'établir une double filiation paternelle ou maternelle qui ferait obstruction à l'autre branche. Ce principe essentiel, commande l'ensemble du droit de la filiation (en vertu de l'article 320 du Code civil, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre

filiation qui la contredirait, tant qu'elle n'a pas été contestée en justice) y compris la filiation adoptive (Cass. Civ. 1ère, 7 juin 2012, n°11-30261).

Or en application de l'article 6-1 nouveau du code civil, le législateur opère une distinction entre la filiation résultant du titre VII du livre premier du code civil qui est bilinéaire et fondée sur l'altérité sexuelle comme l'énonce l'article 310 dudit code et celle résultant du titre VIII précité qui pourra dans certains cas être unisexuée.

Conscient de la différence physiologique existant entre les couples de sexes différents et les couples de même sexe, le législateur a admis l'impossibilité objective de l'application des dispositions de droit commun du titre VII précité aux époux ou parents de même sexe, leurs enfants étant privés de fait d'un certain nombre de droits.

En revanche, il a permis l'adoption plénière desdits enfants, sans tenir compte de la même impossibilité objective d'engendrement du couple parental, enfermant par là-même ces enfants dans un statut irréfragable et irrévocable, les mettant en marge du cadre fondamental d'une filiation bilinéaire et bisexuée.

En effet, les enfants adoptés par deux personnes de même sexe seront définitivement inscrits dans une filiation unisexuée.

Le dispositif mis en place par le législateur conduit en réalité à satisfaire une revendication d'égalité entre adultes au détriment de l'égalité entre enfants. Certains se voyant imposés une « parenté sociale » exclusive, contraire par essence à la filiation bilinéaire et bisexuée.

§ Plus encore, les articles 1, 7 et 13 induisent une rupture d'égalité entre les enfants adoptés au regard de l'orientation sexuelle des adoptants

Depuis la décision du 16 juillet 1971, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » fait partie intégrante du « bloc de constitutionnalité ». La loi déferée méconnaît donc la constitution.

En effet, l'adoption ne peut être confondue avec un hypothétique droit à l'enfant, l'adoption est faite pour l'enfant et dans son seul intérêt. Dans le cas de l'adoption plénière, le législateur a voulu que l'enfant adopté entre de manière irrévocable dans sa famille adoptive comme un enfant biologique, avec les mêmes droits et les mêmes devoirs. Pour ce faire, la filiation biologique de l'enfant est effacée au profit de sa seule filiation adoptive et les liens avec sa famille d'origine sont définitivement rompus.

En conséquence, toujours pour protéger l'enfant, le législateur a décidé de lui donner un nouvel acte de naissance qui est la copie conforme de celui établi pour les enfants

biologiques. Certes, il est mentionné que cet acte est la transcription du jugement d'adoption : la juridiction qui l'a prononcé -publiquement- et la date du jugement sont précisés. Mais l'enfant adopté y apparaît comme « né » de son unique père et/ou de son unique mère, même si ceux-ci sont adoptifs.

Cette protection respecte le droit de l'enfant à accéder à ses origines, puisqu'il a, lui, accès au jugement d'adoption dans lequel il est indiqué sa filiation biologique, dès lors que celle-ci est connue et établie (c'est le cas notamment des enfants déclarés judiciairement abandonnés en application de l'article 350 du code civil). L'adoption plénière, prononcée publiquement, qui est sortie du non-dit il y a 50 ans, avec les écrits des pédopsychiatres, Michel Soulé et Françoise Dolto notamment, et avec l'adoption internationale, et ses familles métissées, n'est pas un mensonge. Elle ne crée aucun secret : seul le secret demandé par les parents de naissance peut empêcher les adoptés de les connaître.

En revanche, s'il produit son extrait d'acte de naissance avec filiation, par exemple, quand il demande un passeport, nul ne peut savoir que l'enfant a été adopté, car il n'est pas fait mention du jugement d'adoption.

Qu'un enfant ait été adopté ne regarde personne, si ce n'est lui, et ses parents : la nature du lien de filiation qui les unit relève de l'intimité de la vie privée, de même que le mode de conception ou encore l'abandon qui précède l'adoption. Or, cette protection voulue en 1966 n'existera plus dans le cadre de l'adoption pour tous.

Car comme l'a dit la Cour d'appel de Rennes dans un arrêt du 16 octobre 2012, il « serait matériellement absurde » d'écrire dans un acte de naissance qu'il existe des enfants biologiques de deux personnes de même sexe. C'est pour cela que le Gouvernement prévoit de faire un acte de naissance spécifique pour les enfants adoptés dans le cadre du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, sans pour autant changer celui des autres enfants adoptés ou non.

Dès lors, il porte une atteinte à l'égalité des enfants adoptés face à l'adoption plénière et crée ainsi une protection différente entre les enfants sans rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit, dont l'objet est d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe.

En matière d'adoption plénière, eu égard à ses effets en matière de filiation et d'état civil, encore moins qu'en matière d'adoption simple, le droit de mener une vie familiale normale comme le droit de se marier ne sauraient justifier de porter atteinte au droit des enfants à bénéficier d'une filiation adoptive conforme à celle des autres enfants, qui se trouvent dans la même situation.

§ La loi déferée entre en conflit avec les règles du droit public international.

Aux termes du quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Le Conseil constitutionnel a reconnu qu'au nombre de ces règles figure la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi (décision n° 92-308 DC, cons. 7 ; décision n° 93-321 DC, cons. 36 et 37). Il résulte de cet alinéa, ainsi que de l'article 55 de la Constitution, qu'il appartient aux divers organes de l'État – et notamment au Parlement – de veiller dans le cadre de leurs compétences respectives à l'application des conventions internationales dès lors que celles-ci restent en vigueur (cf. décision n° 93-321 DC, cons. 37).

Par suite, le législateur ne saurait, sans méconnaître le quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, adopter des dispositions législatives qui violeraient manifestement et de mauvaise foi les conventions internationales auxquelles la France est partie. En effet, l'adoption par le Parlement d'une loi clairement et délibérément contraire aux traités ou accords internationaux en vigueur dans l'ordre interne caractérise la « mauvaise foi » du législateur dans l'exécution des conventions internationales, et donc la méconnaissance du quatorzième alinéa précité.

En l'espèce, la définition du mariage et de la filiation résultant des articles 1^{er} à 22 de la loi déferée viole la règle *Pacta sunt servanda* qui a valeur supérieure aux lois. Comme l'étude d'impact de la loi déferée en fait implicitement l'aveu pour un nombre partiellement énumérés d'accords, et comme le prouve le nombre plus considérable encore de conventions ou d'accords liant la France sur ces questions, directement ou non, l'autorisation du mariage en France entre personnes de même sexe, dont l'un au moins sera ressortissant d'un État ne reconnaissant pas la validité d'une union entre personnes de même sexe ne sera pas compatible avec nos engagements.

§ En outre, les auteurs de la saisine soulèvent une fraude à la loi et à l'ordre public international délibérément recherchée, alors même qu'il est du devoir du législateur de lutter et veiller à la fraude à la loi (décisions n°91-304 DC et n°2001-446 DC).

Car, compte tenu de la fiction de recourir à l'adoption internationale, qui sera fermée par les Etats étrangers, la loi déferée aura manifestement pour effet d'inciter les couples mariés selon le nouveau régime à détourner les finalités de la loi française relative à l'adoption, en fraude à la loi française relative à la procréation médicalement assistée ou prohibant la gestation pour autrui.

La loi déférée a pour effet de valider des AMP ou des GPA antérieures réalisées en fraude et d'encourager des AMP ou GPA futures, délibérément réalisées en détournement du code civil et du code de la santé publique, et ce, au mépris des garanties légales exigées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'AMP et de prohibition de la GPA comme condition de la constitutionnalité des lois du 29 juillet 1994, du 6 août 2004 et 7 juillet 2011.

La loi déférée aboutit à légitimer un détournement de l'ordre public français, en admettant que des actes, interdits en France comme attentatoires à la dignité, y produisent néanmoins tous leurs effets.

III. Autres griefs

A. Sur la méconnaissance du principe d'intelligibilité et de clarté de la loi

Le Conseil constitutionnel reconnaît cet objectif de valeur constitutionnelle, fondé sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 (n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, Codification par ordonnances). Il le lie aujourd'hui au plein exercice de sa compétence par le législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution. Il l'exprime selon la formule suivante : « Il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. Le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » (n° 2011-644 DC, 28 décembre 2011 ; n° 2012-649 DC, 15 mars 2012).

Le Conseil constitutionnel l'exprimait également, jusqu'à une date récente, par le principe de « clarté de la loi », de façon très nette : « Il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution. Il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi. À cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Il revient au Conseil constitutionnel de procéder à l'interprétation des dispositions d'une loi qui lui est déférée dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité. Il appartient aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes d'appliquer la loi, le cas échéant sous les réserves que le Conseil constitutionnel a pu être conduit à formuler pour en admettre la conformité à la Constitution » (n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002 ; n° 2004-500 DC, 29 juillet 2004 ; n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005).

Il l'a également exprimé par la nécessité d'une « connaissance suffisante » des règles applicables aux citoyens, en ces termes : « La simplification du droit et la poursuite de sa codification répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. En effet, l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et " la garantie des droits " requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile. À défaut, serait restreint l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » (n° 2003-473 DC, 26 juin 2003 ; 2004-506 DC, 2 décembre 2004).

Le Conseil constitutionnel a pu enfin imposer une nécessaire précision de la loi, en considérant que les citoyens devaient pouvoir trouver des éléments suffisamment précis dans la loi, les protégeant ainsi du risque d'arbitraire, sans avoir à faire appel au juge pour solliciter une interprétation : « Il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution. À cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi. Pour autant, ces autorités conservent le pouvoir d'appréciation et, en cas de besoin, d'interprétation inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières » (n° 2004-503 DC, 12 août 2004 ; n° 2005-512 DC, 21 avril 2005 ; n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005 ; n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006 ; n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007).

§ Selon le nouvel article 6-1 du code civil inséré par l'article 13 de la loi déferée : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion du titre VII du livre 1er du présent code, que les époux ou les parents soient de même sexe ou de sexe différent ». Cet article porte atteinte à l'exigence constitutionnelle d'intelligibilité et de prévisibilité de la loi du seul point de vue du bon sens et de la logique.

En l'espèce, comment faire comprendre aux citoyens que, lorsqu'il demeure écrit « père » et « mère » dans un texte, il doit être lu comme désignant aussi deux hommes ou deux femmes ? Comment identifier juridiquement la « mère » mentionnée dans un texte dans le cas d'un « couple » d'hommes, ou identifier juridiquement le « père » mentionné dans un texte dans le cas d'un « couple » de femmes ? Comment les nommer ? Tout ceci rend le texte inintelligible à un degré jamais atteint depuis l'œuvre législative commencée en 1789 et souligne la parfaite incohérence de ces dispositions.

Car il devient nécessaire, pour comprendre l'ensemble du droit français (l'article 6-1 du code civil étendant sa portée à toutes « les lois »), d'être informé que les mots « père et mère » peuvent parfois désigner également deux hommes ou deux femmes, c'est-à-dire que le « père » peut, le cas échéant, être une « femme », et la « mère », un « homme ». Certes, le législateur peut préciser le sens juridique d'un mot, dans un sens parfois différent de son sens habituel, mais cette opération a pour but une plus grande précision et donc une plus grande clarté du droit. Dans le cas précis, il s'agit non de préciser le sens de mots imprécis dans leur extension, mais de dire que des termes parfaitement compréhensibles et précis, à savoir les termes de père et mère, peuvent viser deux hommes ou deux femmes. Un tel usage des mots contraire à leur signification courante est source d'inintelligibilité de la loi.

Ensuite, des termes aussi importants pour la relation sociale fondatrice qu'est la filiation, deviennent désormais relatifs et prennent des sens différents selon la branche du droit français dans laquelle ils se trouvent énoncés. Ainsi, dans l'ensemble du droit français, le mot « père » peut désigner une seconde femme, mais dans le titre VII du livre I du code civil, il continue de désigner seulement l'homme à l'égard duquel la paternité est établie. Il en va de même du mot « mère ». L'exception affirmée du « titre VII du livre I du code civil » est révélatrice du caractère inopérant de la clé d'interprétation inventée par la loi déferée. Comment interagiront les dispositions de la loi déferée avec ce titre VII du livre I du code civil ?

Le caractère inextricable de l'article 6-1 nouveau est avéré par le fait que des dispositions du titre VII du livre I du code civil sont en partage pour tous les enfants, quel que soit le mariage d'où ils sont issus (notamment l'article 310 ainsi que des dispositions du chapitre I, par exemple). Il sera dès lors difficile aux citoyens comme aux juges de comprendre pourquoi ces dispositions ne sont pas applicables à tous les enfants, notamment celles de l'article 310 du code civil selon lesquelles « Tous les enfants dont la filiation est également établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux. »

Enfin, la loi déferée fait évoluer le sens de la filiation, en ce qu'elle admet l'adoption plénière par des conjoints de même sexe. Cette modification a de fortes répercussions mécaniques sur le titre VII du Livre I du code civil relatif à la filiation, alors même que ce dernier n'est pas explicitement modifié. La loi déferée néglige de procéder aux adaptations du droit de la filiation qu'une telle évolution exigerait.

A défaut d'être modifié, le droit de la filiation devient inintelligible, car de nombreux concepts fondamentaux pour sa mise en œuvre tirent leur signification de la définition de la filiation en lien avec l'altérité sexuelle des parents. Ces concepts deviennent incompréhensibles et imprévisibles dès lors que la loi admet des parents de même sexe.

Ainsi, les articles 320, 333, 336, 336-1 du code civil manient des concepts en référence à une définition de la filiation fondée sur l'engendrement de l'enfant, au minimum symbolique, c'est-à-dire vraisemblable : ce sont par exemple les concepts de « filiation qui en contredit une autre », de « parent véritable », de filiation « invraisemblable ». Dès lors que les parents peuvent être de même sexe, la référence à la vraisemblance de la filiation devient inopérante et la signification de ces concepts devient imprévisible. Cela rend leur application contingente.

En conséquence, l'inintelligibilité de la loi sera supportée par le juge, et par le citoyen, qui devront interpréter des règles qu'il appartenait au législateur de préciser. Le défaut de clarté de la loi déferée conduit ainsi à une incompétence négative du législateur, la rendant contraire à l'article 34 de la Constitution.

§ Au-delà de l'article 13, les requérants contestent l'incohérence générale de la loi déferée, portant manifestement atteinte à l'objectif d'intelligibilité, d'accessibilité et de clarté de la loi.

Le périmètre de la loi déferée est volontairement limité au mariage entre couples de personnes de même sexe.

Or, cette limitation le rend incohérent puisqu'il touche nécessairement aux questions de filiation. L'absence dans le texte de loi de prise en considération de la présomption de paternité, des filiations par PMA et GPA porte donc atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. L'absence d'intelligibilité de la loi résulte de son périmètre même, dans la mesure où la loi devrait traiter nécessairement et logiquement des questions de présomption de paternité, de PMA et de GPA, sujets en réalité centraux qui découlent nécessairement de l'adoption des règles relatives au mariage dans la loi déferée.

Le découpage du sujet du mariage entre plusieurs textes de loi, l'un sur le mariage, l'autre sur la famille, tel que le Gouvernement l'a annoncé, porte ainsi atteinte d'une part à l'intelligibilité de la loi, objectif de valeur constitutionnelle qui s'impose au premier chef au Parlement.

B. Grief relatif aux dispositions rétroactives (article 21 de la loi déferée)

L'article 21 de la loi déferée tend à faire produire effets entre les mariés, les enfants et les tiers à des mariages conclus entre personnes de même sexe célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi. Le texte pose le principe de la rétroactivité de la loi nouvelle aux mariages conclus en contrariété avec la loi française ancienne, afin de valider ces mariages.

La loi nouvelle instituant le mariage entre personne de même sexe doit permettre de valider rétroactivement les mariages célébrés, avant son entrée en vigueur, en contrariété avec la loi ancienne. Le législateur peut, en principe, prévoir des dispositions rétroactives, notamment dans le but de valider des conventions ou des contrats de droit privé. Toutefois, cette validation est soumise à des conditions posées par le Conseil Constitutionnel.

Selon le Conseil constitutionnel, cette validation doit répondre à un motif suffisant d'intérêt général et la portée de la validation doit être strictement définie. « Si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie » (n° 2006-545 DC).

La loi nouvelle par cet article 21 vise à régulariser des situations acquises illégalement et jugées illégales sous l'empire de la loi antérieure. A aucun moment, le législateur n'a précisé pour quels motifs, la validation de conventions conclues en fraude de la loi, serait nécessaire. L'étude d'impact de novembre 2012 est muette sur ce point, en particulier lorsqu'elle envisage les « Difficultés juridiques rencontrées s'agissant des situations nées à l'étranger » (1-2.2.2). Il est à relever qu'aucune indication chiffrée sur ces célébrations à l'étranger n'est donnée. Par ailleurs, il ne saurait y avoir d'intérêt général suffisant à valider rétroactivement des mariages volontairement célébrés à l'étranger afin d'échapper à la loi française. De plus, il n'est pas précisé si cette validation s'étend à tous les mariages ou seulement aux mariages célébrés à l'étranger. Ainsi, la validation prévue par l'article 21 n'est pas strictement définie, au sens où l'entend le Conseil constitutionnel.

De plus, l'article 21 de la loi déferée permet la reconnaissance en France des effets du mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la loi, tant à l'égard des époux que des enfants. Autrement dit, cette disposition n'a pas seulement pour objet de valider des mariages célébrés à l'étranger par des personnes de même sexe avant son entrée en vigueur: elle va également permettre au mariage de produire des effets à l'égard des enfants.

L'article 21 de la loi ne précise pas quels sont ces effets et, dans l'hypothèse où il s'agirait d'un lien de filiation, si cette filiation sera établie à l'égard de l'un ou des deux époux. Sur ce point, la disposition peut être critiquée sur le fondement d'un manquement à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

Ainsi qu'il est rédigé, l'article 21 pourrait permettre l'établissement d'une filiation à l'égard de chacun des époux de même sexe. Or, la loi déferée ne permet l'établissement de la parenté de personnes de même sexe que par le biais de l'adoption, alors que la réception des effets des mariages de même sexe contractés à l'étranger obligera à recevoir des parentés de même sexe

non adoptives, mais établies en vertu du droit commun local (Cf. Etude d'impact précitée, spéc. 1-2.2.2 b). Ces filiations seront donc régies par le droit commun français, lequel n'est absolument pas préparé pour les appréhender puisque le législateur limite la parenté de même sexe à la parenté adoptive. Par ailleurs, admettre l'établissement d'un lien de filiation, simplement en raison du mariage contracté entre personnes de même sexe, permettrait de donner effet à la conception d'enfants à l'étranger, au moyen de techniques réprouvées par le droit français et son ordre public international, tel que le recours à la procréation médicalement assistée ou aux mères porteuses.

C. Sur l'inégalité devant la loi (article 1^{er} - Des conflits des lois)

L'article 1er de la loi déferée introduit dans le titre V du livre 1er du Code civil un chapitre IV bis intitulé « Des règles de conflit de lois » dont l'article 202-1 dispose : « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

Cette dernière disposition a donc pour effet d'introduire, au profit du mariage de personnes de même sexe, une règle de conflit de lois différente de celle qui prévaut pour les mariages de personnes de sexe différent.

En effet, en vertu de l'article 3 du Code civil : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Sur ce fondement la jurisprudence civile met traditionnellement en œuvre, s'agissant des mariages binationaux, la règle du lieu de célébration pour les conditions de forme et la règle d'application distributive des lois nationales pour les conditions de fond, dans le but de favoriser l'harmonie internationale des solutions et la continuité de traitement des situations juridiques.

À la différence de ce droit commun les personnes de même sexe pourront donc se marier alors même que la loi nationale de l'un d'entre eux l'interdit, dès lors que l'autre époux a son domicile ou sa résidence en France ou dans un autre pays admettant le mariage homosexuel. La loi déferée fait donc ainsi échec à l'application distributive qui prévaut pour les couples de sexe opposé, introduisant ainsi une discrimination dans les règles de conflits de lois. Cette dérogation sera cependant privée d'effet lorsqu'une convention bilatérale comporte des dispositions contraires, ce que la loi contestée omet de préciser.

Non seulement contraire au principe d'égalité devant la loi, la discrimination ainsi réalisée aura d'abord pour effet d'inciter des étrangers à contourner les empêchements de leur loi nationale, transformant ainsi la France en un attractif lieu de tourisme matrimonial alors que la jurisprudence de la Cour de cassation combat aussi bien la fraude à la loi étrangère que la fraude à la loi française (Civ. 1ere, 17 mai 1983, Soc. Lafarge).

Elle favorisera également l'augmentation des « mariages blancs » destiné à frauder la législation sur l'entrée et le séjour en France et sur la nationalité que le législateur cherche pourtant à combattre avec l'appui du Conseil constitutionnel.

Enfin, aux antipodes de ce que recherche une « bonne » règle de droit international privé, la loi déferée va déboucher sur une multiplication des « mariages boiteux » valables dans un pays et nuls dans l'autre. La règle de conflits de loi posée par l'article 1er de la loi déferée est donc contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi et à la sécurité juridique.

D. Sur le recours aux ordonnances (article 14)

L'article 14 de la loi déferée autorise le Gouvernement dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, à prendre par voie d'ordonnance :

« 1° Les mesures nécessaires pour adapter l'ensemble des dispositions législatives en vigueur, à l'exception de celles du code civil, afin de tirer les conséquences de l'application aux conjoints et parents de même sexe des dispositions applicables aux conjoints et parents de sexe différent ;

2° Les mesures relevant du domaine de la loi permettant, d'une part, de rendre applicables, avec les adaptations nécessaires, les dispositions mentionnées au 1° en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises, pour celles qui relèvent de la compétence de l'État, et, d'autre part, de procéder aux adaptations nécessaires en ce qui concerne Mayotte et les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon. »

Il ajoute que l'ordonnance prévue doit être prise dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la loi déferée, et que le projet de loi de ratification sera déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance.

L'habilitation est issue d'un amendement gouvernemental (n° 349) déposé durant l'examen du texte par la commission des lois du Sénat. Le Gouvernement a motivé le recours à l'ordonnance en affirmant qu'elle permettrait « la modification exhaustive de toutes les dispositions législatives devant faire l'objet d'une mesure de coordination, afin de tirer l'ensemble des conséquences de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe » et il a ajouté que cette ordonnance « a pour objet de répondre à l'exigence constitutionnelle d'accessibilité et de l'intelligibilité qui ne peut être effective que si les citoyens ont une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ».

Sur le plan procédural, on relèvera que si le Gouvernement a, en vertu de l'article 38 de la Constitution, le monopole de l'initiative en matière d'habilitation, le Conseil constitutionnel a cependant admis que « si le Gouvernement peut seul demander au Parlement l'autorisation de prendre de telles ordonnances, il a la faculté de le faire en déposant soit un projet de loi, soit un amendement à un texte en cours d'examen ». Il a aussi jugé qu'un tel amendement puisse être

déposé devant la seconde assemblée saisie, fût-ce immédiatement avant la réunion de la commission mixte paritaire (16 mars 2006, n° 2006-534 DC).

Toutefois, depuis cette jurisprudence sont intervenues la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application de l'article 39 de la Constitution révisée dont l'article 11 dispose : « Les dispositions des projets de loi par lesquelles le Gouvernement demande au Parlement, en application de l'article 38 de la Constitution, l'autorisation de prendre des mesures par ordonnances sont accompagnées, dès leur transmission au Conseil d'État, des documents visés aux deuxième à septième alinéas et à l'avant-dernier alinéa de l'article 8. Ces documents sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi comprenant les dispositions auxquelles ils se rapportent ».

Les requérants dénoncent ainsi un détournement de procédure : en présentant un amendement d'habilitation, le gouvernement s'est affranchi de l'obligation de produire une étude d'impact en la matière. La finalité de l'étude d'impact prescrite pour les projets de loi d'habilitation serait complètement mise en échec s'il suffisait au Gouvernement de s'en dispenser purement et simplement en demandant l'autorisation au Parlement par voie d'amendement au projet en discussion plutôt que de le faire dans le projet de loi initial. Les dispositions de la loi organique, elles-mêmes exigées par la Constitution, pourraient ainsi rester lettre morte.

Outre le détournement de procédure ainsi réalisé et la violation de l'article 11 de la loi organique du 15 avril 2009, l'habilitation ainsi accordée est contraire à toutes les exigences constitutionnelles.

En premier lieu, en posant que le recours à une ordonnance ultérieure est nécessaire pour répondre « à l'exigence constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité qui ne peut être effective que si les citoyens ont une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables », la motivation gouvernementale repousse donc à six mois l'accessibilité et l'intelligibilité du texte. Qu'en est-il des conséquences juridiques des mariages de couples de personnes de même sexe contractés entre la promulgation de la loi déferée et le dépôt du projet de loi de ratification sur le bureau des assemblées ?

En second lieu, le Conseil constitutionnel juge de façon constante que l'article 38 de la Constitution « fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention » (n° 99-421 DC du 16 décembre 1999).

Il est contraire au principe de la délégation autorisée par l'article 38 de la Constitution, au sens où le comprend le Conseil constitutionnel. Le Conseil exige du Gouvernement, lorsqu'il sollicite l'habilitation du Parlement qu'il indique avec précision à ce dernier la « finalité des mesures qu'il se propose de prendre » (n° 76-72 DC ; n° 2004-506 DC ; n° 2009-584 DC). De même le

Gouvernement doit faire connaître au Parlement le « domaine d'intervention » des ordonnances qu'il se propose de prendre (n° 86-207 DC ; n° 2006-534 DC ; n° 2009-579 DC ; 2010-618 DC).

L'emploi de l'expression « ensemble des dispositions législatives en vigueur à l'exception de celles du code civil » employée à l'article 14 est beaucoup trop vague quant au champ d'application législatif concerné, quant au domaine d'intervention des ordonnances, et n'est éclairé en rien par l'exposé des motifs de l'amendement gouvernemental déposé au Sénat. Ainsi, le domaine législatif concerné peut être le plus large qui soit, en couvrant toute la législation sociale, fiscale, le droit de la fonction publique, sans que la demande d'habilitation vienne préciser le champ des dispositions concernées. Cette imprécision est autant génératrice d'incompétence négative du législateur que contraire aux principes constitutionnels de l'habilitation de l'article 38 de la Constitution.

En toute hypothèse, aucune urgence ne justifie, en ce domaine, le recours à la procédure des ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

L'article 14 de la loi déferée est donc manifestement contraire à l'article 38 de la Constitution, et, n'étant pas séparable de l'ensemble des dispositions de la loi qu'il est destiné à rendre accessibles et intelligibles, c'est l'ensemble de la loi déferée qui doit être déclarée contraire à la Constitution.

E. Sur l'instauration d'une nouvelle incrimination en droit du travail (article 19 relatif au nouvel article L.1132-3-1 du code du travail)

La loi déferée insère au code du travail sous un article L. 1132-3-2 une nouvelle incrimination qui prévoit qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 pour avoir refusé « en raison de son orientation sexuelle » une mutation géographique « dans un État incriminant l'homosexualité ».

Les requérants tiennent tout d'abord à souligner le caractère totalement inopérant de cet article dans la mesure où l'homosexualité d'un individu, et donc d'un salarié, est invérifiable.

Au surplus, cette incrimination constitue, en se bornant à protéger exclusivement un salarié ou une salariée homosexuel, une atteinte à plusieurs principes constitutionnels.

Pour bénéficier en pratique de cette disposition, il obligera en premier lieu le salarié à dévoiler à son employeur son orientation sexuelle, en méconnaissance de son droit au respect de la vie privée qu'implique l'article 2 de la Déclaration de 1789, sauf à mettre l'employeur en situation de méconnaître la nouvelle règle du code du travail par ignorance, alors que la liberté d'entreprise lui reconnaît un pouvoir de direction pour muter tout salarié, dans l'intérêt de l'entreprise.

Cette disposition s'analyse, en deuxième lieu, selon la sexualité pratiquée, tantôt en une atteinte à l'égalité, sans motif d'intérêt général, au profit exclusif de l'homosexualité masculine ou

féminine, tantôt en une inégalité en sens inverse (droit à aucune forme de protection pour avoir refusé une mutation géographique dans un État incriminant une autre forme de sexualité interdite et que le salarié pratiquerait).

Elle institue, en troisième lieu, une différence entre salariés, selon leur sexualité, contraire au principe d'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction, garanti tant par la Déclaration de 1789 que par l'article 1er de la Constitution, puisque le salarié homosexuel ou la salariée homosexuelle se voit reconnaître une protection différente en droit du travail par rapport à ses collègues de la même entreprise.

En dernier lieu, cette disposition constitue, en tout état de cause, un « cavalier », en méconnaissance du premier alinéa de l'article 45 de la Constitution.

F. Sur l'application aux collectivités d'outre-mer (articles 14, 20 et 22)

En étendant les dispositions de la loi déferée aux collectivités outre-mer, sans avoir consulté préalablement les assemblées délibérantes de ces collectivités, la loi déferée viole les articles, selon le cas, 74 ou 77 de la Constitution.

Au cas particulier de la Nouvelle-Calédonie, il sera ainsi relevé que le législateur ne peut, pour plusieurs raisons ci-après, se prévaloir du caractère de compétence souveraine de l'Etat en matière d'« état des personnes » pour éluder tout droit de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie à être consultée.

En effet, les dispositions de la loi déferée relèvent de matières mixtes par leurs effets directs et certains sur les compétences exclusives transférées à la Nouvelle-Calédonie, que ce soit en matière de cohérence avec les rapports juridiques liés au statut civil coutumier (articles 75 de la Constitution, 9 et 22, 5°, de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999), de conservatoire et d'enseignement des langues kanaks (articles 75-1 de la Constitution et 215 de la loi n°99-209 précitée), de protection sociale et de la protection de l'enfance (article 21, 4° et 18°, de la loi n°99-209 précitée).

Pour prendre un seul exemple de cette compétence mixte, comment la Nouvelle-Calédonie pourrait-elle être compétente pour légiférer, par voie de loi du pays, sur les allocations familiales, ce qui suppose de définir les termes « parent », « père », « mère », « époux », « épouse », « mariage », tandis qu'il serait loisible à l'Etat, sans la moindre concertation, de changer la définition de ces acceptions pour placer, par suite, la Nouvelle-Calédonie en situation de fait accompli et de suivisme. Ainsi, la loi du pays n° 2005-4 du 29 mars 2005 portant création des allocations familiales de solidarité servies par le régime des prestations familiales de solidarité et diverses dispositions d'ordre social démontre la non-indifférence de la loi déferée sur le droit local. Le législateur organique n'en a pris conscience qu'à l'égard des traités ou

accords qui, bien que ressortissant à la compétence de l'Etat, « ont vocation à s'appliquer en Nouvelle-Calédonie », ce qui implique dans ce cas de consulter le congrès de Nouvelle-Calédonie sur les projets de loi autorisant leur ratification ou approbation (article 89 de la loi n°99-209 précitée).

Et cette logique institutionnelle de consultation préalable de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, transposable, se renforce du fait que l'objet de la loi déferée entre dans une matière qui, au titre du point 3 de l'accord de Nouméa et de l'article 21 (III) la loi n°99-209 précitée, à savoir le « Droit civil, [et les] règles concernant l'état civil », devra être transférée à la Nouvelle-Calédonie, au plus tard à l'expiration du second mandat du congrès, soit en mai 2014.

Dès lors, la loi déferée est affectée d'un vice de procédure et d'un détournement de procédure en profitant, d'une part, de son applicabilité de plein droit au prétexte qu'elle ressortirait de l'état des personnes (loi n°70-589 du 9 juillet 1970), alors qu'elle bouleverse tant les règles locales qui sont dépendantes du mariage, de la filiation ou de l'adoption, que le sens du « mariage » reçu dans les langues kanaks, et, d'autre part, d'une imprécision dans la loi statutaire de la Nouvelle-Calédonie, alors qu'elle impacte un nombre considérable de lois de pays de la Nouvelle-Calédonie et aurait relevé de l'entière compétence de la Nouvelle-Calédonie à quelques mois près.

Ce détournement est d'autant plus avéré qu'il ressort d'un amendement du gouvernement, devenu l'article 14, que ce dernier est autorisé à prendre par voie d'ordonnances les mesures relevant du domaine de la loi permettant de rendre applicables, « avec les adaptations nécessaires », les dispositions de la loi déferée en Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna, Mayotte... La loi déferée fait d'abord la preuve par elle-même que des « adaptations » s'avèrent bien « nécessaires ».

Le Conseil d'Etat estime d'ailleurs que lorsqu'un texte du Gouvernement, étendu outre-mer, ne se borne pas à une extension pure et simple d'un dispositif législatif métropolitain mais prévoit des règles particulières pour les mettre en œuvre, il y a « adaptation » au sens des articles L.O. 6213-3, L.O. 6313-3, L.O. 6413-3 et L. 3444-1 du code général des collectivités territoriales. A fortiori au cas présent comme le révèle la loi déferée.

L'exclusion du « code civil » du champ de cette ordonnance est sans influence sur le grief, dans la mesure où cela prouve qu'il s'agit de nombreuses autres règles qui s'avèrent affectées et qu'il faut adapter en conséquence.

Ce détournement permet ensuite au gouvernement d'éluder l'obligation qui aurait été la sienne de consulter le congrès « sur les projets de loi (...) qui introduisent, modifient ou suppriment des dispositions particulières à la Nouvelle-Calédonie » (article 90, 1°, de la loi n°99-209 précitée), puisqu'il cherche à différer cette consultation en la faisant porter sur le projet d'ordonnance d'adaptation ainsi prévue.

Mais ce dernier texte, même soumis à la consultation du congrès, videra de tout sens utile la portée d'une consultation, dont le principe est garanti par la Constitution, dans la mesure où ce texte se bornera à tirer les conséquences mécaniques d'une loi métropolitaine préalable, imposée sans consultation, et vis-à-vis de laquelle il n'y a plus d'autre issue que de devoir lui permettre d'entrer en vigueur avec le moins d'incohérences juridiques possibles dans sa concordance avec les droits connexes.

Il est reproché la même manœuvre à l'égard des autres collectivités à statut particulier (Wallis et Futuna, Polynésie française, Mayotte), ce dont le Conseil constitutionnel pourra s'emparer d'office.

Souhaitant que ces questions soient tranchées en droit, les députés auteurs de la présente saisine demandent donc au Conseil Constitutionnel de se prononcer sur ces points et tous ceux qu'il estimera pertinents eu égard à la compétence et la fonction que lui confère la Constitution.