



L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille

François Chénéde, Pascale Deumier

DANS **LES NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL** 2013/2 N° 39 , PAGES 5 À 18
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 2112-2679

ISBN 9782247118045

DOI 10.3917/nccc.039.0005

Date de mise en ligne : 29/05/2013

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-nouveaux-cahiers-conseil-constitutionnel-2013-2-page-5?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

7 / Dossier : la Constitution et le droit des personnes et de la famille

7 / L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille
par *François Chénéde* et *Pascale Deumier*

19 / La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste
par *Pierre Murat*

43 / Constitution et nationalité
par *Rémy Schwartz*

51 / Le Conseil constitutionnel et l'état des personnes
par *Françoise Monéger*

63 / Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille
par *Adeline Gouttenoire*

79 / Décisions du Conseil constitutionnel, *octobre-décembre 2012* – Résumés analytiques des décisions rendues au cours du trimestre

225 / Bilan statistique

L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille

François CHÉNEDÉ

Professeur à l'Université de Rennes 1
(IODE - UMR 6262)

Pascale DEUMIER

Professeur à l'Université Lyon 3
(Équipe de droit privé)

I - Le droit des personnes et de la famille, une zone de non-contrôle constitutionnel ?

« *Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen* ». Le principe est connu. Il n'est guère étonnant que sa première formulation remonte à la décision *IVG* du 15 janvier 1975¹. En effet, l'ampleur du débat qui avait alors agité l'opinion publique comme le Parlement, l'importance des enjeux moraux, philosophiques et sociaux, appelaient plus que toute autre question le rappel de l'étendue du contrôle pouvant être attendu du Conseil sur le travail du législateur. Pour évident que puisse paraître ce rappel, il doit être remis dans la perspective de la mission du juge constitutionnel : s'il dit le droit, il le dit pour juger des dispositions par lesquelles le Parlement incarne la mise en œuvre d'une politique. Dès lors, pour le juge constitutionnel, la frontière entre juger et gouverner est une frontière mince et rétive aux démarcations tranchées. Ainsi, le rappel courant par le juge constitutionnel de la différence de nature entre son pouvoir et celui du législateur est souvent accompagné de l'exercice d'un contrôle à géométrie variable².

1- Cons. const., déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *RDP*, 1975, p. 185, chr. L. Favoreu et L. Philip ; *AJDA*, 1975, p. 134, note J. Rivero ; *D.*, 1975, JP, p. 529, L. Hamon.

2- V. en dernier lieu pour ces contours du contrôle restreint, G. Bergougnous, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, p. 7, spéc. p. 17 et s. ; pour une systématisation des moyens de contrôle de proportionnalité, V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1997, p. 227.

Pourtant, en droit des personnes et de la famille, la démarcation semble plus nette qu'en toute autre matière. En effet, l'affirmation du pouvoir d'appréciation du Parlement y prend parfois³ des tournures absolues, le Conseil s'interdisant tout contrôle des choix discrétionnaires faits par le législateur. Cette spécificité était moins manifeste avant l'entrée en vigueur de la QPC, le droit des personnes et de la famille étant alors un domaine peu arpenté par le Conseil constitutionnel⁴. Pourtant, outre la décision *IVG*, la décision *Bioéthique* portait la marque du retrait du Conseil : sur la question particulièrement sensible de la conservation des embryons fécondés *in vitro*, le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé les dispositions retenues par le législateur, allait seulement préciser qu'il ne lui appartenait pas « *de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur* »⁵. Cette remise en cause reviendrait en effet à substituer son appréciation d'une question éthique à celle du législateur. La logique va trouver l'occasion d'être réaffirmée plus régulièrement après l'entrée en vigueur de la QPC : il n'appartient pas au Conseil de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conditions dans lesquelles des cellules peuvent être prélevées et les utilisations auxquelles elles sont destinées⁶ ; de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant en matière d'accouchement sous X⁷ ; de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte du respect dû au corps humain en matière d'identification par empreintes génétiques sur une personne décédée⁸ ; de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe⁹, pas plus qu'à celle du législateur sur la prise en compte de la différence de situation entre les couples¹⁰ ; enfin, « *en décidant, ainsi, que les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap, ne peuvent constituer un préjudice indemnisable lorsque la faute invoquée n'est pas à l'origine du handicap, le législateur a pris en compte des considérations éthiques et sociales qui relèvent de sa seule appréciation* »¹¹. La jurisprudence constitutionnelle en la matière est donc marquée par un fort retrait du Conseil constitutionnel. Plus qu'un contrôle restreint, il y a sur ces questions un « *champ de*

3- Il existe également des décisions exerçant un contrôle en droit des personnes, par exemple en matière d'hospitalisation à la demande d'un tiers : Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, et en droit de la famille, par exemple pour le PACS : déc. n° 99-419 DC du 9 novembre 1999.

4- Sur ce constat, v. J. Hauser, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004. Précisons qu'il existe de nombreuses décisions traitant du mariage mais en relation avec le droit des étrangers.

5- Cons. const., déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, cons. 10.

6- Cons. const., déc. n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012, cons. 7.

7- Cons. const., déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, cons. 8.

8- Cons. const., déc. n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, cons. 6, *RTD civ.*, 2011, p. 743, obs. J. Hauser ; *JCP*, 2012, n° 31, § 4, obs. A. Gouttenoire ; *AJ fam.*, 2011, p. 549, obs. F. Chénéde.

9- Cons. const., déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, cons. 9.

10- Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, cons. 9.

11- Cons. const., déc. n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, cons. 14.

non-contrôle explicite »¹², aboutissant par effet de balancier à reconnaître un pouvoir discrétionnaire au législateur.

II - Le Conseil constitutionnel, un juge qui ne gouverne pas

Cette partition des rôles entre Parlement et Conseil constitutionnel, lorsqu'elle est commentée¹³, est rarement critiquée¹⁴, si ce n'est pour déplorer une trop grande prudence du juge constitutionnel¹⁵. Mais, le plus souvent, l'absence d'im-mixtion du Conseil constitutionnel dans les choix faits par le Parlement en droit des personnes et de la famille est justifiée et approuvée, serait-ce avec une pointe de regret¹⁶, car elle fait écho à la représentation des rapports de pouvoir qui domine le système français. Que le Conseil ne soit pas le Parlement et qu'il n'ait pas à s'y substituer, « *c'est une évidence, dira-t-on* »¹⁷. Il n'est pourtant pas inutile que le principe soit rappelé, et par le juge lui-même. Dès sa première affirmation dans la décision *IVG*, et constamment depuis lors, la position est largement approuvée, pour avoir rappelé que le Conseil est « *juge qui dit le droit, et non juge qui "gouverne"* »¹⁸ ; « *il n'est pas un arbitre. Il n'est pas davantage un organe de décision politique* ;

12- V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n° 7, mars 2012.

13- Les appréciations et notamment les critiques des décisions précitées vont plus souvent s'attacher aux autres aspects de la motivation.

14- « *on n'en saura pas plus puisque le Conseil s'est borné à relever qu'il incombait au législateur de décider de s'opposer aux exhumations au nom du respect dû aux morts et qu'il ne lui appartenait pas d'y substituer son appréciation. On pourra trouver l'argumentation un peu courte pour plusieurs raisons* », J. Hauser, *RTD civ.*, 2011, p. 743 ; « *Il s'agit de garantir le « primat normativiste » de la loi et une affirmation « hégélienne » que la norme est réelle parce que légitime et réciproquement* », F. Boulanger, *JCP G*, 2011, p. 615.

15- « *Comme toujours en ce domaine, où les choix politiques et techniques ont été complexes et discutés, le Conseil constitutionnel fait preuve d'une retenue exemplaire et sans doute excessive. Sans doute est-ce une chose de refuser de remettre en cause frontalement le choix législatif, et une autre de ne pas poser en termes constitutionnels les cadres de ce choix* », X. Bioy et E. Rial-Sebbag, *Constitutions*, 2012, p. 474 ; regrettant franchement la prudence du Conseil : « *Que le respect dû aux morts s'impose forcément face au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale parce que ce respect dû aux morts relève de l'appréciation du législateur ne constitue certainement pas une décision très audacieuse de la part du Conseil constitutionnel.* » M. Lamarche, *Dr. fam.*, nov. 2011, alerte 89 ; « *s'il est exact que le Conseil constitutionnel n'est pas un rouage du mécanisme d'élaboration de la loi, s'il est exact qu'il n'est pas non plus un juge d'appel des décisions prises par le Parlement, il ne saurait se réfugier dans son rôle pour mésinterpréter la loi* », B. Edelman, *D.*, 1995, p. 205.

16- V. Bernaud et L. Gay, *D.*, 2011, p. 1713 : « *dépourvue de conséquences positives pour les couples homoparentaux, cette décision doit malgré tout être approuvée dans la mesure où le Conseil refuse de s'ériger en législateur et de régler lui-même des questions de société* ».

17- J. Rivero, précité, spéc. p. 137.

18- J. Robert, « La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse », *RIDC*, 1975, p. 873, spéc. p. 885.

il est chargé de dire le droit, de veiller au respect des règles constitutionnelles »¹⁹. En refusant de revenir sur certains choix du législateur, le Conseil constitutionnel « écarte le spectre du gouvernement des juges », « c'est-à-dire la substitution à la volonté du Parlement de la volonté d'un groupe irresponsable coulant ses options propres dans le cadre élastique des formules constitutionnelles »²⁰. Donnant ainsi « une leçon de démocratie »²¹, le Conseil montre qu'« il est vraiment sage »²². Ainsi, si la figure du gouvernement des juges a pu être qualifiée de « plat de résistance ou la tarte à la crème du constitutionnalisme classique »²³, la capacité assumée à l'auto-limitation par le Conseil constitutionnel²⁴ n'en est pas moins accueillie avec une grande faveur.

Elle pourrait l'être d'autant plus dans les périodes de montée en puissance du Conseil constitutionnel : chaque nouveau pouvoir reconnu appelle de nouveaux gages de prudence dans son utilisation. Jean Rivero expliquait ainsi la première affirmation du respect du pouvoir du Parlement dans la décision *IVG* : après la décision de 1971 et l'ouverture de la saisine à soixante parlementaires, « le "gouvernement du juge" (...) cesse d'être un mythe pour devenir une possibilité. C'est cette possibilité (...) que la décision du 15 janvier a sans doute voulu écarter »²⁵. Les nouvelles affirmations très franches d'un pouvoir discrétionnaire du législateur en droit des personnes et de la famille pourraient à leur tour correspondre au nouveau palier dans l'emprise du juge constitutionnel sur l'œuvre du législateur que la QPC symbolise. À cet égard, la nouvelle voie d'accès au juge constitutionnel a eu entre autres conséquences de le voir saisi de certaines questions jusque-là rarement portées devant lui par la saisine politique. En effet, les lois précédées de grands débats ont souvent échappé au contrôle du Conseil constitutionnel (ex., la loi *Gayssot* ou encore la loi sur le port de signes religieux dans les écoles²⁶). À ce titre, il avait été dénoncé que « l'excessive "politisation" des recours en matière de droit de la famille laisse sans contrôle des pans entiers des réformes récentes et concentre abusivement sur quelques points, parfois juridiquement secondaires, le contrôle du Conseil »²⁷. L'ouverture

19- L. Favoreu et L. Philip, précités, spéc. p. 186.

20- J. Rivero, précité ; à propos de la décision *Bioéthique*, « Sur les aspects les plus controversés de la nouvelle législation, mettant en cause l'embryon, le juge se montre prudent, prévenant toute accusation de gouvernement de sa part », J.-P. Duprat, *LPA*, 14 déc. 1994, n° 149, p. 34.

21- F. Chénéde, *D.*, 2010, p. 2744.

22- B. Beignier, *Dr. fam.*, mars 2011, repère 3.

23- L. Favoreu, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 158.

24- Sur lequel v. L. Pech, « Le remède au gouvernement des juges : le *judicial self restraint* », in *Gouvernement des juges et démocratie*, S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), Publications de la Sorbonne, 2001, p. 63.

25- Précité. Également, L. Favoreu et L. Philip, précités : « L'élargissement de la procédure de saisine n'était pas sans danger pour le Conseil. Il pouvait être tentant d'accepter de trancher des conflits d'ordre politique, idéologique ou philosophique, surtout lorsqu'on le réclame de tous côtés. Le Conseil rappelle très sagement que, s'il entend demeurer le gardien vigilant de règles fondamentales, il n'a pas l'intention de se laisser entraîner dans la voie d'un "gouvernement des juges" ».

26- Sur ce cas, souvent présenté comme exceptionnel mais qui ne l'est pas tant, v. D. Schnapper, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, p. 110 et s.

27- J. Hauser, précité.

du contrôle de constitutionnalité aux citoyens allait dès lors ouvrir la voie constitutionnelle à ces questions²⁸, les requérants espérant trouver dans la parole du juge constitutionnel la réponse à une question de société, espoir relayé par la Cour de cassation lorsqu'elle renvoie la question du mariage homosexuel au motif que « *les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers* »²⁹. En vain : il ne suffit pas de saisir le Conseil de questions de société pour qu'il s'estime compétent pour en juger : il oppose à ces demandes un refus constant de se mêler des questions de société.

III - Les questions de société, critère de la zone de non-contrôle ?

Si le respect par le juge constitutionnel des compétences du Parlement est très largement admis, il reste à tracer les frontières de ces compétences. La géométrie variable du contrôle restreint exercé par le Conseil témoigne de la difficulté à toujours clairement démarquer le respect des principes constitutionnels de l'appréciation d'opportunité politique ; on aura beau relire la Constitution, on n'y trouvera guère les frontières de l'auto-limitation du juge. Or, si le droit des personnes et de la famille autorise une démarcation plus franche, c'est probablement parce que la zone de non-contrôle y apparaît plus nettement qu'ailleurs. En effet, loin de se définir en fonction d'une matière, d'une branche du droit, d'un principe, d'un droit ou d'une liberté, elle est liée à la présence d'une « question de société ». Cette justification est clairement avancée par les commentaires aux Cahiers des décisions de non-contrôle en droit des personnes et de la famille. Ainsi, le commentaire particulièrement didactique de la décision 2010-39 QPC explique que « *pour le Conseil constitutionnel, juger si, oui ou non, il existe un motif d'intérêt général pour interdire l'établissement d'un double lien de filiation de même sexe à l'égard d'un mineur ou juger si, oui ou non, la différence de situation entre couple de même sexe et couple de sexe différent, que nul ne conteste, est en lien direct avec l'intérêt de l'enfant, et peut justifier une différence de traitement appliquée à l'établissement du lien de filiation à l'égard de l'enfant mineur, consiste à se prendre position dans un débat éthique, scientifique et, en définitive, politique sur l'homoparentalité. (...) Rappelant les limites de son contrôle, il a jugé qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en matière de filiation et d'autorité parentale, de la dif-*

28- V. Bernaud et L. Gay, *D.*, 2011, p. 1713 : « *Le développement de la QPC a également permis au Conseil constitutionnel de se prononcer sur certaines "grandes questions de société"* ».

29- Cass. civ. 1^{re}, 16 nov. 2010, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, 2012, p. 196, obs. A. Vidal-Naquet ; *AJ fam.*, 2010, p. 545, obs. F. Chénéde ; *D.*, 2011, p. 209, note J. Roux ; D. Martel, *Dr. fam.*, janvier 2011, étude 4.

férence particulière de l'enfant élevé par deux personnes de même sexe. (...) cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur ». La justification va connaître un certain succès : elle est reprise par les commentaires de la décision sur le mariage homosexuel³⁰ et sur les conditions de prélèvement des cellules et leurs utilisations³¹. Qui plus est, si la justification n'est apparue que récemment, elle est fournie comme clé d'explication rétrospective des décisions plus anciennes en droit des personnes et de la famille que sont la décision *IVG*, la décision *Bioéthique* ou les expertises génétiques sur une personne décédée³². L'ensemble est donc cohérent. En droit des personnes et de la famille, le Parlement dispose d'un pouvoir discrétionnaire, lorsqu'il se prononce sur une question de société³³.

Le constitutionnalisme pourrait prétendre à l'inverse que le recours au juge constitutionnel pour les choix de société est « de nature à apaiser le débat et à le rendre plus serein, voire à le faire disparaître, dès lors que sa décision tranche la question en termes juridiques »³⁴. Cependant, une telle approche se heurte à deux difficultés³⁵. La première est que, justement, et par définition, la question de société déborde les principes juridiques. La question de société divise l'opinion publique autour des « fondements de notre vivre-ensemble »³⁶. De ce fait, si toute loi est à la fois choix politique et technique

30- Après avoir cité la décision 2010-39 QPC et son commentaire, ajoute sobrement : « En janvier 2011, s'agissant de la demande des couples de même sexe d'accéder au statut du mariage, le Conseil constitutionnel a confirmé sa jurisprudence respectueuse de la compétence du législateur », commentaire de la déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *site Internet du Cons. const.*, p. 12.

31- Commentaire de la déc. n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012, *site Internet du Cons. const.*, p. 8 : « Le Conseil constitutionnel a toujours veillé, sur ces questions de société très évolutives, à marquer la différence entre son rôle et celui du Parlement »

32- Selon le commentaire de la déc. n° 2010-39 QPC, *site Internet du Cons. const.*, p. 10 : « Le Conseil a donc jugé, en octobre 2010, qu'il en va de l'"homoparentalité" comme il en allait, en janvier 1975, de l'interruption volontaire de grossesse ou, en juillet 1994, de la sélection des embryons : cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur » ; selon le commentaire de la déc. n° 2012-249 QPC, p. 8 : « Il en a bien sûr été ainsi dans sa décision sur les lois bioéthiques de 1994, où le Conseil n'a pas constitutionnalisé les principes énoncés par le législateur. Il en a, par exemple, encore été récemment ainsi à l'occasion d'une QPC sur les conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation ».

33- V. également, J.-F. de Montgolfier, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ fam.*, 2012, p. 578 : « le Conseil manifeste une particulière prudence pour que les arguments qui fondent sa motivation ne puissent paraître préempter un débat politique qui relève de la compétence du Parlement ».

34- L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 15^e éd., 2012, n° 355.

35- Notamment : pour un rééquilibrage entre droits fondamentaux et principe majoritaire, M.-C. Ponthoreau, p. 373 : « le constitutionnalisme (comme théorie et pratique) a procédé à une substitution : les droits fondamentaux remplacent le principe majoritaire comme fondement de la démocratie. Dans une version plus équilibrée, il conviendrait de reconnaître que d'une part, la constitution n'a pas vocation à régler toutes les questions et doit laisser un espace discriminatoire au législateur et que, d'autre part, il appartient au juge constitutionnel de poser le cadre des possibles pour le législateur sans l'enfermer dans une interprétation rigide de la Constitution ».

36- S. Agacinski, citée par le Rapport « Reprendre la main sur les questions de sociétés. Quelle méthode pour quels choix ? », H. Mariton, Groupe UMP, Assemblée nationale, juillet 2009.

juridique, la question de société implique une franche disproportion de ces éléments pour faire dominer les enjeux éthiques, philosophiques, moraux et politiques. Vouloir confier au juge constitutionnel les questions de société implique donc de le reconnaître compétent, et légitime, pour de telles préoccupations. Or, et c'est là la seconde difficulté, si une telle légitimité peut être reconnue à la Cour suprême américaine pour se prononcer sur les questions de société les plus conflictuelles³⁷, la tradition française voit dans le Parlement le lieu naturel de telles préoccupations³⁸ : « *s'agissant d'une question de société, il semble que le plus juste est de n'aller chercher la réponse nulle part ailleurs que dans le libre-cours et le heurt des opinions, c'est-à-dire dans le choix souverain d'une majorité* »³⁹. Le large accord doctrinal autour de la sage auto-limitation du juge constitutionnel va dès lors se dédoubler d'un autre accord, autour de l'idée que la question de société est l'hypothèse typique dans laquelle cette auto-limitation doit s'exercer⁴⁰. Cet accord est en outre partagé par la Cour de cassation pour délimiter l'étendue de son pouvoir d'interprétation : ainsi, présentant dans son Rapport annuel l'arrêt du 19 décembre 2007 rendu en matière d'adoption homosexuelle, la Cour précisait que « *sur de telles questions qui touchent à l'état des personnes et, plus généralement, aux fondements de notre société, il revient en définitive au législateur de décider s'il y a lieu de modifier les textes de notre code civil* »⁴¹. En définitive, parmi les institutions françaises, seul le Parlement ne semble pas toujours soucieux de l'importance du débat démocratique en une telle matière, puisqu'il a pu choisir la voie de l'ordonnance pour décider de la suppression de la distinction entre filiation naturelle et légitime⁴².

L'exclusivité de la compétence parlementaire est appréciée de façon sensiblement différente par la Cour européenne des droits de l'homme. Le contexte institutionnel explique sans doute, pour une large part, la plus grande audace de la Cour de Strasbourg. À la différence du juge constitutionnel français, la Cour européenne n'est

37- Et encore cette légitimité est-elle en permanence débattue, v. G. Scoffoni, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC*, 1999/2, p. 243.

38- Sur cette différence de traditions, v. not. O. Dutheillet de Lamothe, « L'autorité de l'interprétation constitutionnelle », in *L'interprétation constitutionnelle*, F. Mélin-Soucramanien (dir.), Dalloz, 2005, p. 193.

39- R. Libchaber, *RTD civ.*, 2002, p. 611.

40- L. Hamon, précité, spéc. p. 532 : « *Quand une question a été portée devant l'opinion – et débattue par elle avec passion sous tous ses aspects – il est pratiquement impossible à une autorité, si haut placée soit-elle, de tenir pour nulle la décision du peuple souverain* » ; R. Ouedraogo, *Dr. fam.*, mars 2011, comm. 32 : « *la solution retenue par le Conseil constitutionnel resitue justement la problématique du mariage des personnes de même sexe, sur ce terrain des "valeurs" considérées depuis toujours par notre législation comme fondamentales, en ce qu'elles protègent ou façonnent les règles juridiques applicables à certaines institutions-repères, telle la famille ou le mariage ; c'est sans doute pour cette raison que le juge constitutionnel n'a pas voulu prendre position, à juste titre, dans un débat de société relevant de la compétence "exclusive" des pouvoirs publics* »

41- *Rapport annuel*, p. 331 ; *D.*, 2008, p. 1028, note L. Mauger-Vielpeau ; *RTD civ.*, 2008, p. 287, obs. J. Hauser et p. 438, obs. P. Deumier ; *Dr. fam.*, fév. 2008, comm. 28, note P. Murat.

42- Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005.

pas amenée à se prononcer sur l'œuvre d'un législateur européen qui lui ferait directement face, mais sur les solutions juridictionnelles d'États parties, à l'égard desquels son déficit de légitimité, et la prudence qu'il impose, lui paraît peut-être moins évident. Bien sûr, il lui arrive également de renvoyer à ce qu'elle dénomme la « *marge d'appréciation des États* », en refusant, par exemple, et pour s'en tenir à ce sujet d'actualité, de condamner l'Autriche et la France pour leur refus respectif d'ouvrir le mariage⁴³ et l'adoption aux couples homosexuels⁴⁴. Pour autant, un tel renvoi à l'appréciation des autorités nationales ne doit pas occulter la différence d'approche entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne : tandis que le Conseil refuse, par principe, et de manière inconditionnelle, de juger du bien-fondé de l'appréciation du législateur, la Cour, conformément à sa jurisprudence classique, ne reconnaît cette marge d'appréciation aux États autrichien et français qu'après avoir constaté l'« *absence de consensus* » au sein du Conseil de l'Europe. C'est dire que c'est moins le pouvoir souverain d'appréciation d'un Parlement élu, que le défaut de tendance majoritaire au niveau européen, ou, plus exactement d'ailleurs, l'existence d'une tendance majoritaire contraire, qui justifie la prudence de la Cour de Strasbourg. À défaut d'un tel obstacle, les juges européens se sentent libres, à la différence du Conseil constitutionnel, de revenir sur les arbitrages réalisés par les autorités nationales. Pour l'illustrer, il suffit d'évoquer l'arrêt *Jäggi c/ Suisse* du 13 juillet 2006, relatif au refus d'expertise *post mortem* aux fins d'établissement de la filiation⁴⁵. Jugeant que le prélèvement sur une dépouille était une mesure « *relativement peu intrusive* » au regard de l'« *intérêt vital* » à obtenir des informations sur son identité personnelle, estimant que le droit de reposer en paix devait s'effacer devant le droit de connaître son ascendance, la Cour européenne n'a pas hésité à faire prévaloir sa propre appréciation sur l'arbitrage réalisé par les autorités suisses, là où le Conseil constitutionnel a renvoyé à l'appréciation discrétionnaire du Parlement⁴⁶. Si la différence d'approche tient essentiellement à une différence de positionnement institutionnel, elle pourrait également révéler que les questions de société, et l'absence de consensus qui les caractérisent, peuvent elles-mêmes être diversement appréciées. Or, si les questions de société sont mal déterminées, la zone de non-contrôle constitutionnel le devient tout autant.

43- CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04, *AJ fam.*, 2010, p. 333, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP G*, n° 41, p. 1013, note H. Fulchiron ; *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.*, 2010, p. 765, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.*, 2010, p. 143, obs. E. Lagarde.

44- CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, n° 25951/07, *D.*, 2012, p. 1241, note Dionisi-Peyrusse ; *AJ fam.*, 2012, p. 220, obs. X. Siffrein-Blanc ; *JCP*, 2012, n° 589, note A. Gouttenoire et F. Sudre.

45- CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c/ Suisse*, n° 58757/00, *RTD civ.*, 2006, p. 727, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.*, 2007, p. 79, obs. J. Hauser ; *Deffrénois*, 2008, p. 573, obs. J. Massip.

46- Cons. const., déc. n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, précitée.

IV - L'émergence d'un autre critère

Ainsi, si l'on ne peut que saluer la prudence dont fait preuve le Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille, on peut tout de même s'interroger sur la parfaite pertinence du critère mis en avant pour justifier sa plus grande réserve en ce domaine. L'existence d'une « question de société » est-elle une clé de compréhension suffisante pour expliquer le refus de contrôle ? Cela ne paraît guère certain. En effet, il n'existe pour cerner la notion, ni définition, ni critère. Si l'homoparentalité ou l'IVG ont pu être qualifiées d'« archétypes » des questions de société⁴⁷, toute question portée devant le Conseil constitutionnel risque rapidement de pouvoir prétendre diviser l'opinion autour des fondamentaux de notre vouloir-vivre ensemble. Ne peut-on pas considérer, qu'à l'instar des conditions du mariage homosexuel ou de l'expertise génétique *post mortem*, le travail dominical, le temps de travail, les hospitalisations d'office, la tauromachie ou encore l'imposition des revenus à 75 %, sont également des « questions de société » ? En dépit de sa force persuasive, et donc de la part de vérité qu'il recèle, ce critère est assurément trop flou. Il ne permet pas, à lui seul, de justifier ou d'anticiper la plus ou moins grande retenue du Conseil constitutionnel. Un autre critère, plus précis, plus sûr, plus pertinent aussi, apparaît à la lecture des décisions du Conseil. Davantage que le domaine d'intervention de la loi contrôlée (la personne et sa famille) ou la nature de la question posée (question de société), ce sont les *droits et libertés* invoqués et, derrière eux, le *contenu de la prétention* des requérants, qui semblent pouvoir justifier la plus ou moins grande réserve du Conseil constitutionnel.

Tout comme l'explication liée aux questions de société, cette autre clef de lecture se retrouve dans la doctrine organique du Conseil constitutionnel. Le bilan de la QPC en droit de la famille récemment dressé par le chef du service juridique du Conseil constitutionnel est à cet égard particulièrement éclairant. Jean-François de Montgolfier observe que le Conseil, à la différence de la Cour européenne, se refuse à « *conférer une portée extensive aux normes de constitutionnalité qui intéressent le plus directement le droit de la famille* », c'est-à-dire le *droit au respect de la vie privée*, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, et le *droit au respect de la vie familiale*, déduit de l'alinéa 10 du Préambule de 1946⁴⁸. Comme le relève M. de Montgolfier, dans la jurisprudence du Conseil, ces deux droits sont considérés comme des « *droits libertés* » et non des « *droits créances* »⁴⁹. Ainsi, si le droit au respect de la vie privée permet la protection de l'intimité contre les ingérences injustifiées (ex. : conditions de l'intrusion au domicile, des écoutes téléphoniques), il ne saurait être invoqué pour obtenir la reconnaissance d'un droit

47- Commentaire de la décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *site Internet du Cons. const.*, p. 10.

48- J.-F. de Montgolfier, précité, spéc. p. 579.

49- *Ibid.*, p. 580.

non consacré par la loi : établissement de la filiation *post mortem*⁵⁰, accès aux origines personnelles de l'enfant né sous X⁵¹. De même, si le droit au respect de la vie familiale protège contre les entraves à l'exercice de relations familiales existantes (ex. : conditions du regroupement familial), il ne saurait donner « *droit à un certain statut juridique* »⁵² : accès au mariage ou à l'adoption pour les couples homosexuels⁵³. La même idée explique la prudence du Conseil dans le maniement du *principe d'égalité* en matière familiale. S'il refuse, au rebours de sa jurisprudence classique, de déterminer si la différence de situation des couples homosexuels et des couples hétérosexuels est susceptible de justifier leur disparité de traitement en matière de mariage et d'adoption, c'est parce qu'il a conscience qu'elle le conduirait à répondre à la question centrale de ce débat politique et moral : faut-il *reconnaître* aux premiers *les mêmes droits* qu'aux seconds ? Par où l'on comprend que c'est moins la matière, le droit des personnes et de la famille, que la prétention du requérant, *droit à...* et non *liberté de..., revendication* d'un statut et non *protection* d'un état, qui semble justifier la prudence du Conseil dans les différentes décisions précitées.

Cette grille de lecture est d'ailleurs largement confortée par les quelques censures ou réserves d'interprétation prononcées en droit des personnes et de la famille. Le Conseil n'a pas hésité, par exemple, à garantir la protection du *droit de propriété* d'un époux contre les atteintes portées par les règles relatives à la prestation compensatoire⁵⁴ ou à la procédure collective de son conjoint⁵⁵. Il s'est également montré soucieux, à différentes reprises, de garantir l'effectivité du *droit d'agir et de se défendre en justice* en matière familiale⁵⁶. Parmi d'autres, on peut évoquer la décision du 30 mars 2012, relative aux conditions de contestation de l'acquisition de la nationalité par mariage. Dans cette affaire, si le Conseil admet que « *ni le respect de la vie privée ni aucune autre exigence constitutionnelle n'impose que le conjoint d'une personne de nationalité française puisse acquérir la nationalité française à ce titre* » (considérant 8), il n'en estime pas moins que les conditions de l'action du ministère public, par l'effet combiné d'une présomption de fraude et d'un report du point de départ de la prescription, portaient une atteinte excessive au droit de la défense (considérant 13)⁵⁷. On retrouve un raisonnement similaire dans la décision du 27 juillet 2012, relative aux conditions

50- Cons. const., déc. n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011.

51- Cons. const., déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012.

52- J.-F. de Montgolfier, *op. loc. cit.*

53- Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 ; déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010.

54- Cons. const., déc. n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, dans laquelle le Conseil a jugé que l'attribution forcée d'un bien ne pouvait être ordonnée que « *dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les modalités prévues au 1° n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement* » de la prestation compensatoire.

55- Cons. const., déc. n° 2011-212 QPC du 20 janvier 2012, selon laquelle la réunion à l'actif de la procédure collective de tous les biens acquis pendant la durée du mariage avec les valeurs fournis par l'époux portait « *au droit de propriété du conjoint du débiteur une atteinte disproportionnée* ».

56- J.-F. de Montgolfier, *op. loc. cit.*

57- Cons. const., déc. n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012 (conformité sous réserve).

du recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État⁵⁸. S'il estime qu'il ne lui appartient pas « *de substituer son appréciation à celle du législateur sur la conciliation qu'il y a lieu d'opérer, dans l'intérêt de l'enfant (...), entre les droits des personnes qui entendent se prévaloir d'une relation antérieure avec lui et l'objectif de favoriser son adoption* » (considérant 8), le Conseil reproche en revanche au législateur de s'être abstenu « *de définir les cas et conditions dans lesquels celles des personnes qui présentent un lien plus étroit avec l'enfant sont effectivement mises à même d'exercer ce recours* » (considérant 9).

Non à la revendication *contra legem* d'un statut juridique. Oui à la préservation d'un droit légalement établi. Telle semble être la ligne jurisprudentielle suivie par le Conseil constitutionnel, qui renoue ainsi avec la philosophie originelle des droits de l'homme et, par la même occasion, avec la raison d'être d'un contrôle des lois en leur nom.

V - Le retour à la philosophie originelle des droits de l'homme⁵⁹

Fruit de la philosophie politique moderne, les droits de l'homme ont été conçus comme un rempart contre les abus du pouvoir souverain. Ni Hobbes, ni Rousseau, n'avaient en effet songé à laisser les coudées franches au Leviathan ou à la volonté générale. Les droits de l'homme devaient représenter cette bastille imprenable, cette sphère irréductible d'autonomie, que le contrat social devait impérativement laisser aux citoyens. Cette « *liberté des Modernes* », chère à Benjamin Constant, correspond, peu ou prou, à l'ensemble des droits-libertés, c'est-à-dire, pour l'essentiel, à la trilogie « *liberté, sûreté et propriété* » consacrée et déclinée par la Déclaration de 1789. Pendant longtemps, en cas d'atteintes à ces libertés fondamentales par le pouvoir souverain, le citoyen était contraint d'en « *appeler au Ciel* », pour reprendre la formule de John Locke, c'est-à-dire d'entrer en résistance contre l'abus ou l'oppression. Ce n'est qu'au 20^e siècle, avec l'intégration de ces droits et libertés dans l'arsenal juridique, et la mise en place du contrôle juridictionnel de constitutionnalité, que ce « *droit naturel de résistance s'est transformé en un droit positif d'attaquer en justice les organes de l'État* »⁶⁰.

Mais rappeler l'origine et le fondement d'un tel contrôle, ce n'est pas seulement en légitimer le principe, c'est aussi en identifier les limites. De toute évidence, il

58- Cons. const., déc. n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012, (non-conformité totale avec effet différé), *AJ fam.*, 2012, p. 454, obs. F. Eudier.

59- Pour une présentation plus complète, v. F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Lextenso, 2012, p. 139 et s.

60- N. Bobbio, *Le futur de la démocratie*, Seuil, 2007, p. 51.

ne s'agit pas de conditionner sa mise en œuvre à l'existence d'une authentique dictature avec son cortège de spoliations, d'asservissements, d'incarcérations arbitraires ou autres exécutions sommaires. Moins que la tyrannie ou l'oppression généralisée, contre laquelle la résistance civile demeure malheureusement la seule issue, ce sont les « petites » tyrannies ou les oppressions « ponctuelles » qu'un tel contrôle judiciaire devait avoir pour seule ambition de combattre. On lui demande pourtant bien plus aujourd'hui. Au-delà de la protection des libertés individuelles contre les interventions illégitimes des pouvoirs publics, c'est la consécration, outre la volonté du législateur, de revendications individuelles et communautaires, que certains sollicitent désormais au nom des droits et libertés, revendications particulièrement visibles en droit des personnes et de la famille. Le glissement est remarquable et remarqué. Retraçant l'évolution des droits de l'homme, Jean Rivero avait relevé cette tendance nouvelle qui fait « *correspondre un droit à tous les besoins et à toutes les aspirations de l'homme* »⁶¹. Dans le même sens, Léon Husson remarquait que « *le caractère sacré qui est reconnu à ces droits est aisément étendu par les intéressés à tous ceux qu'ils revendiquent, avec raison ou bien à tort, pour l'octroi ou la protection d'avantages que leur égocentrisme les porte à considérer comme majeurs* »⁶². Cette évolution de la pratique des droits de l'homme, particulièrement visible en droit des personnes et de la famille, domaine par excellence des statuts juridiques, est le fruit d'une nouvelle philosophie politique, non plus moderne mais postmoderne, pour laquelle le sujet politique est moins le citoyen qui participe à une entreprise commune, que l'individu qui se définirait, selon ses partisans, par « *le droit à avoir des droits* »⁶³.

Les juges des droits de l'homme sont aujourd'hui confrontés à cette nouvelle demande. Si la Cour européenne semble parfois s'y montrer sensible, le Conseil constitutionnel refuse cette instrumentalisation *postmoderne* des droits de l'homme. Tel est le sens des absences de contrôle constatées en droit des personnes et de la famille. Point de déni de justice constitutionnelle. Un simple respect de sa raison d'être. La protection des libertés individuelles, et non la promotion des désirs personnels, telle est la mission du juge des droits de l'homme lorsqu'il contrôle l'activité du législateur en leur nom.

61- J. Rivero, *Les libertés publiques. Tome 1, Les droits de l'homme*, PUF, Thémis, 6^e éd., 1991, p. 135.

62- L. Husson, « Droits de l'homme et droits subjectifs », *APD*, 1981, p. 347 et s., spéc. p. 377.

63- C. Colliot-Thélène, « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'Année sociologique*, vol. 59, 2009, p. 231 et s.