

La jurisprudence du Conseil constitutionnel
et les différentes branches du droit

Regards critiques

Préface

L'expression popularisée par Louis Favoreu, « la constitutionnalisation des branches du droit », désigne le fait que l'utilisation, par le Conseil constitutionnel, d'un bloc de constitutionnalité composite a imprimé aux différentes branches du droit français des transformations souvent considérables, assujettissant un corps de règles d'origine législative ou prétorienne à des principes dont le Conseil constitutionnel s'institue le gardien à partir de sa décision fondatrice du 16 juillet 1971. L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité ne pouvait qu'amplifier encore le phénomène, dès lors qu'étaient désormais concernées des dispositions en vigueur, parfois anciennes tels divers articles du code civil.

De ces transformations, le droit pénal ou le droit des sociétés ne sont pas davantage exempts que le droit administratif ou le droit fiscal. Il a paru utile aux organisateurs de ce colloque d'envisager aujourd'hui, sous un angle critique, *l'impact de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les différentes branches du droit*. L'examen tentera d'évaluer l'importance des changements provoqués par la jurisprudence du Conseil, que soient affectées les notions elles-mêmes ou seulement les solutions qui prévalaient auparavant. Il existe en effet *a priori* un contraste entre les capacités d'une institution essentiellement composée de non-juristes et le caractère très technique des questions à résoudre, du point de vue constitutionnel, dans un grand nombre de domaines connaissant des traditions et des équilibres établis en dehors d'un tel point de vue.

On a convié des spécialistes de différentes matières à dresser un bilan de l'intervention du Conseil constitutionnel dans leur champ d'études. Prophète inspiré des grands principes juridiques pour les uns, éléphant dans un magasin de porcelaines pour les autres, le Conseil voit ainsi son œuvre même étudiée par des universitaires qui s'interrogent en toute liberté sur le sens, le contenu et la portée de sa jurisprudence, dans l'ensemble du champ disciplinaire qui est le leur ou sur une question particulière.

L'ambition du colloque organisé à Paris les 11 et 12 mai 2017 par l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris, l'Institut Michel Villey de l'Université Panthéon-Assas et l'Institut de recherches Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg, et dont les actes sont ici publiés a donc été d'aller au-delà de la seule étude des techniques utilisées pour contrôler le législateur ou de la seule question, qui reste évidemment essentielle, des libertés publiques. Bref, il s'agit de proposer un bilan critique et savant de l'œuvre du Conseil constitutionnel.

La révolution annoncée par l'idée de constitutionnalisation des branches du droit a-t-elle eu lieu ? Le lecteur verra que la réponse n'est en rien uniforme. Tantôt, le Conseil fait remonter au niveau constitutionnel des solutions, voire des principes acquis de longtemps, tantôt au contraire il les remet en cause au nom des

exigences de la hiérarchie des normes. Tantôt sa jurisprudence conforte des jurisprudences constantes, tantôt elle les ébranle.

Privatistes et publicistes ne réagissent pas nécessairement de manière identique à son intervention, en quelque sens qu'elle opère. Les premiers acceptent parfois difficilement l'intrusion d'une instance qui impose au législateur procédant de l'expression démocratique du peuple des solutions qui ne découlent des règles constitutionnelles qu'au terme d'une interprétation dont ils contestent la légitimité. Les seconds, plus familiers de la théorie et de la pratique de la justice constitutionnelle, font plutôt porter leurs critiques sur la faible qualité de la motivation des décisions, les variations de la jurisprudence et la pauvreté des fondements théoriques qui caractérise regrettablement le Conseil constitutionnel. Mais on laisse au lecteur le soin de découvrir que les rôles peuvent s'échanger aisément dans cette évaluation disciplinaire.

Alors que la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne ou le Conseil d'État français ont su, chacun avec son style propre, imposer l'autorité d'une jurisprudence dont on peut contester certaines manifestations, mais en aucun cas le sérieux et la qualité juridique, le Conseil constitutionnel n'est tout simplement pas au niveau que les citoyens – et les juristes – d'un État qui se proclame de droit sont fondés à attendre d'une juridiction investie d'une telle mission. Les faiblesses insignes de sa composition, l'absence d'un véritable greffe dont l'omnipotent secrétaire général ne peut tenir lieu, la brièveté des délais qui lui sont impartis pour statuer handicapent gravement l'institution : les preuves en sont ici apportées par les contributeurs de ce colloque. Il faut ajouter que la lecture des comptes-rendus des délibérations, désormais disponibles sur le site du Conseil constitutionnel, confirme encore les insuffisances de l'institution, qu'il s'agisse de poser exactement les problèmes à résoudre ou d'en explorer les enjeux proprement juridiques.

Olivier Beaud, Philippe Conte, Patrick Wachsmann

Dominique Fenouillet

La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes Promotion ou déformation ?

1. – Dès 1997, Nicolas Molfessis, dans la thèse qu'il soutenait sur « Le Conseil constitutionnel et le droit privé¹ », soulignait que la constitutionnalisation du droit privé chère aux constitutionnalistes allait de pair avec une privatisation du droit constitutionnel, le Conseil empruntant souvent au droit privé, par exemple en droit des sociétés. Les décisions rendues depuis cette date confirment-elles l'analyse en droit civil des personnes ?

2. – Le droit civil des personnes sera entendu comme incluant toutes les questions qui relèvent du Livre I^{er} du Code civil, c'est-à-dire les droits civils, les actes de l'état civil, le domicile, l'absence, le sexe, les noms et prénoms, l'âge, la capacité, les institutions familiales. Bref, on traitera du statut du sujet dans la société civile, et non du citoyen, ce qui renvoie à de multiples questions concrètes, telles la personnalité juridique, le statut du corps, les libertés civiles (liberté de conscience, liberté de disposer de son corps², etc.), la vie privée, la présomption d'innocence, mais aussi l'état civil, individuel (nom, prénom, domicile, âge, sexe, etc.) et familial de la personne, ce qui renverra au droit de la famille, dans ses aspects extra-patrimoniaux du moins³. Les questions de nationalité⁴ et celles de statut civil local seront laissées de côté, parce qu'elles relèvent, les premières du droit des étrangers, les secondes de l'unité de législation sur le territoire national.

¹ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. GOBERT, Paris, LGDJ, 1997.

² Voir en ce sens CC, 27 juin 2001, cons. 20 : « la possibilité pour la femme enceinte que son état place en situation de détresse de demander l'interruption de sa grossesse » et « les conditions d'exercice de l'autorité parentale lorsque la femme est mineure non émancipée » « se rattachent [...] au droit des personnes et donc au droit civil ». Cf. *ibid.*, « la liberté, pour le médecin, de refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse » relève, selon le Conseil, des garanties des libertés publiques. Liberté, certainement en ce que ce refus procède de l'exercice de la liberté de conscience, publique, sans doute, en ce qu'il est opposable à l'État dans le service public hospitalier, mais civile aussi, en ce sens qu'un tel refus jouera dans la relation médicale interpersonnelle nouée entre le médecin et la patiente.

³ Voir en ce sens CC, 13 mai 2013, cons. 20 : « les règles relatives au mariage relèvent de l'état des personnes ».

⁴ On les envisagera toutefois lorsqu'elles sont en lien avec des questions de filiation, ou de mariage, etc. Sur la nationalité, voir R. SCHWARTZ, « Constitution et nationalité », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-39/constitution-et-nationalite.136897.html>].

3. – Il y a encore une dizaine d’années, on pouvait penser que l’impact de la jurisprudence constitutionnelle resterait finalement assez limité. Certes, la Décision du 16 juillet 1971, qu’on présente souvent comme fondatrice du Conseil constitutionnel gardien des libertés publiques, concernait une question de droit privé, et même de droit civil des personnes, puisqu’elle avait trait aux conditions auxquelles la loi peut subordonner l’acquisition, par une association, de la personnalité juridique. Mais elle n’était généralement pas considérée sous cet angle, les auteurs l’appréhendant généralement sous l’angle d’une liberté publique, la liberté d’association. Certes encore, il y avait bien eu quelques grandes décisions : la décision du 15 janvier 1975 sur l’interruption de grossesse⁵, celle du 12 janvier 1977 sur l’inviolabilité du domicile, celle des 12 et 13 août 1993 sur la liberté du mariage, celle du 27 juillet 1994 sur le corps humain, celle du 15 novembre 1999 sur le pacs, celle du 27 juin 2001 sur l’interruption volontaire de grossesse. Mais le droit civil des personnes n’avait pas été ébranlé, et les règles avaient même pour l’essentiel échappé à la saisine du Conseil constitutionnel.

4. – Le phénomène puisait à diverses sources. L’optimiste y voyait le reflet de la parfaite constitutionnalité d’un droit civil des personnes rajeuni et désormais respectueux des droits fondamentaux. Le pessimiste y lisait la marque de l’indifférence de nos députés et sénateurs pour les questions de droit civil des personnes : mais qui donc peut s’intéresser à l’état civil, cette matière réputée aride et vieillotte, suffisamment pour être largement oubliée de nos enseignements universitaires, quand elle n’est pas massacrée en quelques heures en première année de droit ? En toutes hypothèses, on pouvait partager le regret des spécialistes de la matière⁶, qui faisaient valoir combien ce droit suscitait beaucoup de questions délicates qui auraient mérité plus d’attention.

5. – Mais les temps ont changé, sous l’influence de deux facteurs, intimement liés, la prégnance des droits fondamentaux d’abord, l’introduction d’une question prioritaire de constitutionnalité ensuite. En 2012, un auteur recensait une vingtaine de décisions QPC rendues en droit de la famille, soulignant que la Cour de cassation jouait le jeu de la transmission au Conseil des questions pertinentes, mais que la jurisprudence constitutionnelle restait moins importante dans ce domaine que dans d’autres, tels le droit pénal, le droit fiscal, etc.⁷. L’analyse conserve sa pertinence aujourd’hui même si l’on ajoute à cette recension, d’une part, toutes les décisions déjà rendues sur des questions non familiales mais en lien avec le droit civil des personnes (personnalité juridique, capacité, corps humain, vie privée, etc.) et, d’autre part, toutes les décisions postérieures, dont certaines étaient très attendues et ont été très commentées. On songe naturellement à la décision intervenue le 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de

⁵ Certes, les règles se trouvent dans le Code de la santé publique. Mais au fond, les textes encadrent la liberté qu’a la femme en son corps, et le statut qu’a l’embryon, deux questions qui relèvent certainement du droit civil défini dans le texte.

⁶ J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, *Le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit*, juin 2004 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-16/le-conseil-constitutionnel-et-le-droit-de-la-famille.51973.html>].

⁷ J.-F. DE MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *L’actualité juridique. Famille*, 2012, p. 578.

même sexe⁸, ou encore à celle rendue sur QPC le 18 octobre 2013 et déniait aux officiers d'état civil toute clause de conscience en la matière⁹.

6. – De cette matière jurisprudentielle, le droit civil des personnes ressort-il indemne ou bouleversé, défiguré ou amélioré ? Certains trouvent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel de nombreux signes d'un non-interventionnisme¹⁰ respectueux de la démocratie et qui signerait le retour à la philosophie originelle des droits de l'homme¹¹, quand d'autres dénoncent une « autocratie juridique », à mille lieues de la « démocratie constitutionnelle » escomptée. Certains concluent à l'existence d'une jurisprudence « plutôt conservatrice », mais craignent la naissance de conflits avec la multiplication des procédures juridictionnelles de protection des droits fondamentaux¹². D'autres applaudissent « l'ère d'un véritable contrôle juridictionnel, solidement argumenté sur la base des droits et libertés fondamentaux¹³ », ou soulignent la réalité d'un dialogue des juges et la « cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille¹⁴ ».

7. – Une analyse précise nous porte à une conclusion en demi-teinte, car elle livre une sorte de tableau impressionniste. Le civiliste constate d'abord que certains principes et prérogatives constitutionnalisés existent d'ores et déjà dans sa matière, et dans sa bible, le Code civil : la vie privée¹⁵, la dignité, etc. Il relève aussi que de

⁸ Déc. n° 2013-669 DC, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁹ Déc. n° 2013-353 QPC, M. Franck M. et autres (Célébration du mariage, Absence de « clause de conscience » de l'officier d'état civil).

¹⁰ F. MONÉGER, « Le Conseil constitutionnel et l'état des personnes », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-39/le-conseil-constitutionnel-et-l-Etat-des-personnes.136898.html>].

¹¹ F. CHÉNEDÉ et P. DEUMIER, « L'œuvre du législateur, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-39/l-oeuvre-du-parlement-la-part-du-conseil-constitutionnel-en-droit-des-personnes-et-de-la-famille.136895.html>].

¹² V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques ? », in *Mélanges J. Hauser*, Paris, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 273 *sqq.*

¹³ P. MURAT, « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-39/la-constitution-et-le-mariage-regard-d-un-privatiste.136896.html>].

¹⁴ A. GOUTTENOIRE, « La cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-39/coherence-des-contrôles-de-conventionnalite-et-de-constitutionnalite-en-matiere-de-droit-des-personnes-et-de-la-famille.136899.html>].

¹⁵ V. MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 48, *Vie privée*, juin 2015, p. 7 *sqq.* ; S. CANAS, « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du Code civil », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 48, *Vie privée*, juin 2015, p. 47-58.

nombreuses questions sont absentes, ou peu présentes, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, alors pourtant qu'elles sont essentielles pour les droits fondamentaux : ainsi de l'attribution de la personnalité juridique, ainsi du statut civil spécifique des majeurs protégés et des mineurs, ainsi des questions relatives à l'état civil individuel (hormis la question de la nationalité). Il lui semble également que les questions abordées le sont dans des termes qui lui paraissent parfois un peu étranges : ainsi donc, la liberté de conscience serait une liberté publique, quand la liberté qu'a une femme de recourir à une interruption de grossesse serait une liberté personnelle ? Mais il se rassure en constatant que cela ne conduit pas à des bouleversements de sa matière. En somme, le droit civil des personnes n'aurait pas grand-chose à attendre de cette jurisprudence constitutionnelle, ni en bien, ni en mal.

8. – Une recherche un peu méthodique confirmera cette impression mitigée. La jurisprudence constitutionnelle nous semble conduire à un enrichissement limité du droit civil (I) en assurant sa promotion hiérarchique, ce qui permet à l'esprit civil de se propager hors le droit civil, sans vraiment modifier les solutions qu'il retient. Mais elle procède aussi à une déformation du droit civil des personnes. La doctrine l'a très tôt souligné en matière familiale : la jurisprudence constitutionnelle se développe en marge du cadre civil de pensée qui préside notamment au droit de la famille (II)¹⁶. Et au-delà de cette question institutionnelle, n'est-ce pas à une reconfiguration formelle du droit civil des personnes que l'on assiste (III) ? Chacun connaît l'article 4 de la Constitution de 1958 : comment se peut-il que cette matière, que notre Texte constitutionnel attribue en propre au législateur, soit aujourd'hui à ce point entre les mains du pouvoir réglementaire et, surtout, du juge ?

I. UN ENRICHISSEMENT LIMITÉ DU DROIT CIVIL DES PERSONNES

9. – La jurisprudence constitutionnelle enrichit les normes du droit civil des personnes (A) mais elle ne modifie guère les solutions pratiques que ce droit consacre (B), ce qui semble assez paradoxal.

A. Un double enrichissement normatif

10. – Il est quantitatif (1) et surtout qualitatif (2).

1. Un enrichissement quantitatif

11. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel enrichit le droit civil des personnes en comblant ses éventuelles lacunes, soit que le Conseil explicite des principes, droits et libertés sous-jacents, soit qu'il crée purement et simplement de nouveaux principes et nouvelles prérogatives.

a) L'explicitation

12. – Au titre des principes explicités, on évoquera d'abord le principe d'égalité, que le Code civil exprimait, dès 1804, sous une formule elliptique : « tout français

¹⁶ J. BOULOUIS, « Famille et droit constitutionnel », in *Mélanges P. Kayser*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 147 *sqq.* ; E. MILLARD, « Le droit constitutionnel de la famille », M. VERPEAUX (dir.), *Code civil et Constitution(s)*, Paris, Economica, 2005, p. 65 *sqq.*

jouira des droits civils » (art. 11), et auquel le Conseil constitutionnel¹⁷ confère une tout autre portée¹⁸, symboliquement en se référant au texte constitutionnel, qui prohibe explicitement certaines discriminations (l'origine, la race, la religion¹⁹, les croyances et le sexe²⁰) et, pratiquement, en étendant le champ de l'égalité, qu'il s'agisse de ses destinataires (puisque le principe d'égalité bénéficie à tous les Français, mais déploie aussi potentiellement ses effets, au-delà, au profit des étrangers, et s'impose à l'État, qui doit non seulement assurer une égale jouissance des droits civils, mais aussi veiller au respect de l'égalité dans l'exercice des droits dans les relations privées, par exemple en droit de la famille, du travail), ou de son objet (au-delà du statut civil, l'égalité des personnes s'exprime en matière commerciale, pénale, sociale, etc.).

13. – Au titre des prérogatives explicitées, on pourra citer de multiples exemples, tant il est vrai que le Code civil de 1804 restait peu disert sur les droits extra-patrimoniaux et libertés civiles. Sans doute les réformes successives ont-elles intégré divers droits dans le Livre I^{er} du Code civil : droit à la vie privée en 1970 (art. 9), droit à la présomption d'innocence en 1993 (art. 9-1), droit au respect de son corps en 1994 (art. 16-1). La Constitution civile de la France n'en reste pas moins silencieuse sur le versant « libertés civiles ». Rien sur les libertés de l'esprit, qu'il s'agisse de la liberté d'opinion²¹, de la liberté d'expression, de la liberté de communication des pensées et opinions²², de la liberté de conscience²³ ; rien sur la liberté

¹⁷ Déc. n° 73-51 DC, 27 décembre 1973.

¹⁸ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle*, préf. G. Vedel, Paris, Economica, 1996 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, octobre 2010 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/le-principe-d-egalite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-quelles-perspectives-pour-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite.52731.html>].

¹⁹ Const. 1958, Art. 1^{er} : « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

²⁰ Préambule de la Constitution de 1946, al. 1er (« le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ») et al. 3 (« La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme. »).

²¹ Déc. n° 77-87 DC, 23 novembre 1977, cons. 5 et 6.

²² Affirmation de sa valeur constitutionnelle sur le fondement de l'article 11 DDHC, dès 1984 (Déc. n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, cons. 36 et 37), solution constante depuis (ex. récemment au sujet du délit d'entrave à l'interruption de grossesse : Déc. n° 2017-747 DC du 16 mars 2017).

²³ Après y avoir vu un PFRLR en 1977 (Déc. n° 1977-87 DC, préc., cons. 5), le Conseil constitutionnel la rattache directement à ces textes, sans passer par la qualification de PFRLR : Déc. n° 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, M. Franck M. et autres, cons. 7.

d'aller et venir²⁴ ou sur la liberté d'association²⁵ ; rien non plus sur la liberté de la vie personnelle²⁶, qu'il s'agisse de la liberté sexuelle, de la liberté de se marier (ou pas)²⁷, de la liberté de divorcer²⁸, de la liberté de refuser des soins²⁹, de la liberté d'interrompre une grossesse, etc. Ce silence est regrettable, car ces libertés n'engagent pas seulement le rapport de l'État au citoyen mais s'ancrent aussi dans les relations civiles, qu'il s'agisse des relations familiales, de travail, contractuelles, électroniques, etc. Cela ne signifie pas que le droit civil ne les protège pas, ce qu'il illustre parfaitement la matière familiale, loi et jurisprudence conciliant tant bien que mal les libertés antagonistes éventuelles des uns et des autres : liberté d'aller et venir de l'enfant et liberté éducative des parents, libertés de conscience réciproques de l'enfant et de ses parents, liberté sexuelle de chaque conjoint. Mais le Code civil lui-même ne dit rien, explicitement, de ces libertés. D'où la possibilité de voir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel un enrichissement du droit civil des personnes.

b) La création

14. – De surcroît, le juge constitutionnel n'hésite pas à créer de nouveaux principes, droits et libertés, et cet enrichissement régulier de la liste des droits fondamentaux ne reste généralement pas sans écho en droit civil, notamment des personnes.

15. – Quelques exemples l'illustreront : le droit à la vie familiale créé par la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, au sujet de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, dans les pas de la Cour de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales ; le droit à la présomption d'innocence, apparu dès 1981 dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel³⁰, explicitement rattaché à l'article 9 de la Déclaration

²⁴ Affirmation de sa valeur constitutionnelle sur le fondement des articles 2 et 4 DDHC : Déc. n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, cons. 3. Rattachement à la liberté individuelle en 1992 et 1993 : Déc. n° 92-307 DC, 25 février 1992, cons. 13 ; Déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, cons. 3 ; rattachement explicite aux articles 2 et 4 DDHC : Déc. n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, cons. 8.

²⁵ Érigée en PFRLR par la célèbre décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, cons. 2.

²⁶ Créée par le Conseil pour protéger la vie privée en échappant à la liberté individuelle (Déc. n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, Loi portant amnistie), sur le fondement des art. 2 et 4 DDHC. G. ARMAND, « Que reste-t-il de la liberté individuelle ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/1, n° 65, p. 37-72 ; H. ROUSSILLON et X. BIOY (dir.), *La liberté personnelle, Une autre conception de la liberté*, préf. de B. Genevois, Toulouse, PUSS, 2006.

²⁷ Rattachée à la liberté individuelle en 1993 (Déc. n° 93-325 DC, préc., cons. 107), la liberté du mariage procède désormais de la liberté personnelle qui découle des articles 2 et 4 DDHC (Déc. n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration..., cons. 94).

²⁸ Déc. n° 2016-557 QPC, 29 juillet 2016, M. Bruno B., cons. 5 : « Il résulte (des articles 2 et 4 DDHC) une liberté pour chacun de se marier ainsi qu'une liberté de mettre fin aux liens du mariage, composantes de la liberté personnelle ».

²⁹ Déc. n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, Melle Danielle S., cons. 32.

³⁰ Déc. n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, cons. 33.

de 1789 en 1989³¹, et introduit dans le Code civil par la loi du 4 janvier 1993 ; le droit à bénéficier d'un logement décent, érigé en objectif constitutionnel en 1995 sur le fondement associé du principe de dignité et des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946³² ; le droit à la protection des données personnelles, consacré à titre autonome sur le fondement de l'article 2 de la DDHC depuis 2012³³ ; le droit à un environnement sain explicité à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, et dont le Conseil constitutionnel a jugé qu'il s'imposait à tous³⁴ ; ou encore la liberté d'accéder à internet fondée sur la liberté de communication des pensées et opinions³⁵.

16. – On soulignera que cet enrichissement reste limité, à deux titres. D'une part, demeurent, en droit civil, des droits et libertés qui n'ont pas encore d'équivalent constitutionnel : ainsi du droit à l'honneur, ainsi du droit au nom, etc. D'autre part, l'enrichissement constitutionnel reste en retrait au regard du droit européen, comme l'illustre notamment le droit reconnu à chacun de décider du moment et des modalités de sa mort que la Cour européenne a tiré progressivement du droit à la vie privée³⁶, retrait qui puise sans doute à de multiples raisons, parmi lesquelles notamment les différences de modalités de saisine des deux juridictions, l'âge des textes constitutionnels et la modernité des textes européens, la proximité du Conseil constitutionnel et du législateur français et la plus grande distance de la Cour européenne, etc.

2. Un enrichissement qualitatif

17. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel conduit ensuite à l'enrichissement qualitatif du droit des personnes car la constitutionnalisation renforce les principes et prérogatives du droit civil (a) et leur permet ensuite de rayonner et de surplomber les autres droits (b).

³¹ Rattachement jamais démenti depuis : Déc. n° 89-258 DC, 8 juillet 1989, cons. 10.

³² Déc. n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, loi relative à la diversité de l'habitat ; Déc. n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions ; Déc. n° 2015-517 QPC, 22 janvier 2016, Fédération des promoteurs immobiliers. En associant la dignité aux alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 pour fonder cet objectif de valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel manie habilement les textes pour faire œuvre créatrice. Sur le lien avec la dignité, voir O. DUPÉRÉ, *Dignité de la personne humaine et logement décent*, commentaire de la décision n° 2015-517.

³³ Déc. n° 2012-652 DC, 22 mars 2012, Loi relative à la protection de l'identité, cons. 8. Adde Déc. n° 2014-690 DC, 13 mars 2014.

³⁴ Voir ainsi affirmant que les droits et obligations consacrés aux articles 1^{er} et 2 de la Charte s'imposent non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives mais également à l'ensemble des personnes : Déc. n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, Michel Z. et Catherine J., cons. 5.

³⁵ Déc. n° 2009-580 DC, du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, cons. 12.

³⁶ Voir, dans une longue série qui illustre la politique européenne des petits pas, CEDH, *Pretty c/ RU*, 29 avril 2002, n° 2346/02 ; CEDH, *Haas c/ Suisse*, 20 janvier 2011, n° 31322/07 ; CEDH, *Koch c/ Allemagne*, 19 juillet 2012, n° 497/09 ; CEDH, *Gross c/ Suisse*, 30 septembre 2014, n° 67810/10 ; CEDH, *Lambert et autres c/ France*, 5 juin 2015, n° 46043/14.

a) Le renforcement normatif de principes et prérogatives civils

18. – Le Conseil a constitutionnalisé des principes de droit civil des personnes. On songe aussitôt au principe de dignité, auquel il a conféré valeur constitutionnelle sur le fondement de l’alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution de 1946, dans la célèbre décision du 27 juillet 1994³⁷. Dans la même lignée, on rappellera le renforcement des principes du respect de l’être humain dès le commencement de sa vie³⁸, de l’intégrité du patrimoine génétique, de la non patrimonialité du corps et de l’inviolabilité du corps³⁹, que cette même décision de 1994 a réalisé en considérant qu’ils concouraient au principe de dignité, qui a lui-même valeur constitutionnelle⁴⁰. Mais on pourra aussi citer l’intérêt de l’enfant, dont le droit civil fait explicitement grand cas en matière d’autorité parentale, de gestion des biens du mineur ou d’adoption, et que le Conseil a érigé en « exigence à valeur constitutionnelle » s’agissant du prononcé de l’adoption, dans la célèbre décision rendue le 17 mai 2013 au sujet de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, sur le fondement de l’alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946⁴¹.

19. – Cette constitutionnalisation a également trouvé à s’appliquer à des droits et libertés explicitement consacrés par le droit civil : ainsi du droit à la vie privée⁴², introduit en 1970 dans le Code civil avant d’être constitutionnalisé par le Conseil constitutionnel, sur le fondement de la « liberté individuelle » d’abord⁴³, de la liberté personnelle ensuite⁴⁴ ; ainsi du droit à l’inviolabilité du domicile, protégé dans un premier temps sur le fondement de la liberté individuelle avant de l’être sur le fondement des articles 2 et 4 DDHC⁴⁵, etc.

20. – Une telle constitutionnalisation peut apparaître comme un enrichissement qualitatif, à un double titre. À titre symbolique, d’abord, en ce sens que la constitutionnalisation en plaçant tel droit ou liberté dans le corpus constitutionnel, lui donne une importance renforcée dans le monde idéal des juristes, mais aussi dans

³⁷ Déc. n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, cons. 2 : « Le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. La sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d’asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle ».

³⁸ Sur les limites duquel voir *infra*, n°s 26 et 29.

³⁹ Déc. n° 2003-467 DC, préc.

⁴⁰ Voir cons. 18. Adde Déc. n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique ; Déc. n° 2013-674 DC, 1^{er} août 2013, Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l’embryon et les cellules souches embryonnaires.

⁴¹ Déc. 2013-669 DC, 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, cons. 53 et 54.

⁴² V. MAZEAUD, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », art. cité.

⁴³ Déc. n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 3.

⁴⁴ Déc. n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, Loi portant création d’une couverture maladie universelle, cons. 45. Fondement constant depuis lors.

⁴⁵ Déc. n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, cons. 4 ; Déc. n° 2013-679 DC, 4 décembre 2013, cons. 38.

les représentations collectives. À titre pratique ensuite, dans la mesure où en conférant à tel principe et telle prérogative civils une valeur constitutionnelle, le Conseil lui confère une prééminence hiérarchique par rapport aux principes et prérogatives dépourvus de cette valeur constitutionnelle, le résultat étant, concrètement, que ces principes et prérogatives s'imposent ensuite à la loi « simple », au règlement et, de façon générale, aux sources infra-législatives.

b) La jurisprudence constitutionnelle, source d'un « super droit » des personnes

21. – Ce renforcement normatif conduit à une métamorphose du droit civil des personnes : alors qu'il était, hier, le socle sur lequel étaient bâtis les autres droits, il tend à se transformer pour partie aujourd'hui en un « super droit », qui surplombe toutes les matières et leur dicte sa loi.

22. – Ainsi, la dignité domine-t-elle désormais le droit de la santé publique (les textes relatifs à l'interruption de grossesse⁴⁶ et aux recherches sur l'embryon⁴⁷ lui ont été confrontés), le droit pénal et pénitentiaire (conditions de vie carcérales⁴⁸, conditions et modalités des enquêtes et informations judiciaires⁴⁹), le droit des étrangers (conditions d'entrée et de séjour des étrangers⁵⁰), les dispositions relatives au logement (qu'il s'agisse des relations bailleurs/locataires⁵¹, entreprises donneuses d'ordre/sous-traitants/travailleurs⁵², etc.⁵³), etc. Plus frappant encore peut-être, le principe d'égalité entre sujets de droit dirige désormais les réformes normatives et s'exprime partout, en droit civil patrimonial (par exemple en droit de la responsabilité ou en droit des régimes matrimoniaux), mais aussi ailleurs, en droit de la consommation, en droit des affaires, en droit pénal, en droit fiscal, en droit social, etc. Et le même rayonnement caractérise les prérogatives civiles du sujet. Ainsi, la liberté du mariage et le droit à la vie privée et familiale (associés le

⁴⁶ Déc. n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, cons. 5 ; Déc. n° 2014-700 DC, 31 juillet 2014, Loi pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, cons. 4 ; Déc. n° 2015-727 DC, 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé.

⁴⁷ Déc. n° 2013-674 DC, préc., cons. 16 et 17 ; Déc. n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, préc., cons. 85.

⁴⁸ Déc. n° 2009-593 DC, 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, « il appartient au législateur de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne » ; Déc. n° 2013-320/321 QPC, 14 juin 2013, M. Yacine T. et autres ; Déc. n° 2014-393 QPC, 25 avril 2014, M. Angelo R ; Déc. n° 2015-485 QPC, 25 septembre 1985, M. Johnny M.

⁴⁹ Déc. n° 2010-25 QPC, 15 septembre 2010, M. Jean-Victor C. ; Déc. n° 2013-320/321 QPC, préc. ; Déc. n° 2014-393 QPC, 25 avril 2014, M. Angelo R.

⁵⁰ Voir par ex. Déc. n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme.

⁵¹ Ex. Déc. n° 2012-660 DC, 17 janvier 2013, Loi relative à la mobilisation du foncier public... ; Déc. n° 2014-691 DC, 20 mars 2014, Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

⁵² Déc. n° 2015-517 QPC, préc.

⁵³ Déc. n° 94-359 DC, préc. ; Déc. n° 98-903 DC, du 29 juillet 1998, Loi relative à la lutte contre les exclusions ; Déc. n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains ; Déc. n° 2015-470 QPC, du 29 mai 2015, Société SAUR SAS.

cas échéant au principe d'égalité) s'imposent-ils au droit des étrangers : regroupement familial⁵⁴, attribution et renouvellement de carte de séjour⁵⁵, conditions d'octroi et de retrait de la nationalité française⁵⁶.

23. – De même, la protection due au mineur à raison de sa faiblesse supposée trouve-t-elle à s'exprimer en matière pénale, le droit pénal des mineurs étant passé au crible du principe fondamental des lois de la République de « l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge » et de « la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées⁵⁷ ».

24. – De même, le principe d'égalité est-il très fréquemment invoqué⁵⁸, et de plus en plus⁵⁹, et dans tous les domaines : droit des étrangers, droit fiscal, droit de la famille, droit pénal, droit social, droit des affaires, etc.

25. – Encore faut-il observer que cet enrichissement normatif ne s'est guère traduit sur le terrain pratique.

B. Une relative neutralité pratique

26. – Le principe de dignité illustre remarquablement cette distance entre l'enrichissement normatif, réel, auquel conduit la jurisprudence constitutionnelle, et son impact pratique, souvent limité, sur les solutions positives. On ne peut manquer en effet d'être frappé du contraste existant entre, d'une part, le nombre assez considérable de décisions ayant eu à traiter de l'impact potentiel du principe de dignité depuis la célèbre décision du 27 juillet 1994⁶⁰ (une cinquantaine) et la grande diversité des dispositions attaquées sur son fondement (voir *supra*, n° 22 : textes relatifs à l'interruption de grossesse, à l'assistance médicale à la procréation, aux recherches sur l'embryon, au logement, aux conditions de vie carcérales, aux conditions et modalités des enquêtes et informations judiciaires, aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers, etc.) et, d'autre part, l'incidence pratique quasi

⁵⁴ Ex. Déc. n° 93-325 DC, préc.

⁵⁵ Ex. Déc. n° 2013-358 QPC, 29 novembre 2013, M. Azdine A. ; Déc. n° 2013-312 QPC, 22 mai 2013, M. Jory Orlando T.

⁵⁶ Ex. Déc. n° 2003-484 DC, préc.

⁵⁷ Ex. Déc. n° 2002-461 DC, 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice.

⁵⁸ Près de six cents décisions sont recensées sur le site internet du Conseil sous cet item, ce qui inclut aussi bien les décisions dans lesquelles le grief était formulé par le requérant que celles où il a été examiné par le Conseil constitutionnel.

⁵⁹ Le principe, qui était invoqué dans une moyenne variant entre une et dix décisions par an entre 1975 et 1997, l'a été entre six et quatorze décisions par an entre 1998 et 2009, mais entre trente-cinq et cinquante-huit décisions par an depuis cette date...

⁶⁰ Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 2 : « Le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. La sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle ».

nulle de ce principe, puisqu'aucun texte ne semble avoir été censuré sur ce fondement⁶¹, la prudence du Conseil constitutionnel s'expliquant peut-être pour partie par les mises en garde de ceux qui dénoncent le risque d'un ordre moral, à rebours de la fonction du Conseil, qui consisterait à protéger les libertés individuelles.

27. – Le bilan est, il est vrai, un peu plus conséquent s'agissant du principe d'égalité, qui conduit à des censures un peu plus fréquentes⁶². Il n'en demeure pas moins que les censures n'ont rien de systématique, comme le droit de la famille l'illustre parfaitement, le principe d'égalité étant souvent invoqué, mais ne conduisant guère à des déclarations d'inconstitutionnalité, et ce qu'il s'agisse du droit civil⁶³ ou des droits non civils de la famille⁶⁴. La raison étant, soit que le Conseil ne voit pas dans la disposition considérée une atteinte à l'égalité, soit qu'il estime qu'une telle atteinte existe, mais qu'elle est justifiée : pour reprendre la célèbre formule, il se borne à faire ici application de sa jurisprudence, selon laquelle le principe d'égalité

ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit⁶⁵.

28. – Par où apparaît la nécessité d'essayer de vérifier, un peu plus méthodiquement⁶⁶, l'impact pratique de la jurisprudence constitutionnelle en droit civil des

⁶¹ « Commentaire de la décision 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, M. Jean-Victor C. », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30 [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201025QPCccc_25qpc.pdf]

⁶² Ex. Déc. n° 2013-360 QPC, 9 janvier 2014, Mme Jalila K., Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère, égalité entre les sexes.

⁶³ Il n'est pas contraire à l'égalité de fixer deux dates différentes au changement de régime matrimonial, selon qu'il procède de la seule volonté des époux ou d'une convention homologuée en justice : Déc. n° 2016-560 QPC, M. Pierre D., Date d'effet du changement de régime matrimonial en cas d'homologation judiciaire.

⁶⁴ Il n'est pas contraire à l'égalité d'admettre des distinctions entre les enfants, par exemple selon qu'ils sont majeurs ou mineurs pour faire produire un effet de nationalité à l'établissement de la maternité naturelle par le seul acte de naissance (Déc. no 2011-186/187/188/189 QPC, Mlle Fazio C. et autres, Effets sur la nationalité de la réforme de la filiation), ou selon qu'ils sont issus de tels ou tels lits pour répartir la pension de réversion (Déc. no 2013-348 QPC, 11 octobre 2003, Mme Henriette B., Répartition de la pension de réversion entre ayants cause de lits différentes), ou selon qu'ils ont bénéficié d'une adoption simple ou plénière pour fixer les droits de mutation (Déc. no 2013-361 QPC, 28 janvier 2014, Consorts P. de B., Droits de mutation pour les transmissions à titre gratuit entre adoptants et adoptés), d'attacher des conséquences différentes au lien de couple, selon qu'il s'agit d'un concubinage, d'un pacs, d'un mariage, tant en droit social, que fiscal (Déc. no 99-419 DC, 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, cons. 43, 45), des étrangers, etc., (refus de la pension de réversion au couple non marié (Déc. no 2011-155 QPC, Mme Laurence L., Pension de réversion et couples non mariés), ou de distinguer entre couple marié et couple divorcé (refus de la pension militaire d'invalidité au conjoint divorcé : Déc. no 2013-324 QPC, Mme Micheline L., Droits du conjoint survivant pour l'attribution de la pension militaire d'invalidité), ou d'admettre des décharges fiscales différentes selon les causes de dissolution du mariage (Déc. no 2013-330 QPC, Mme Nicole B., Décharge de plein droit de l'obligation de paiement solidaire de certains impôts).

⁶⁵ Déc. n° 98-497 DC, 6 mars 1998, Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux.

⁶⁶ Une analyse méthodique rigoureuse requiert un temps qui dépasse le cadre de cette contribution.

personnes. L'analyse confirmera l'hypothèse : cet impact est quasi nul s'agissant de la personnalité juridique et de l'état civil individuel (1) et reste limité en matière de capacité et d'état familial (2).

1. Personnalité juridique et état civil individuel

29. – La jurisprudence constitutionnelle relative à l'embryon donne à voir, d'un côté, le renforcement par le Conseil des principes fondamentaux de dignité et de respect de l'être humain dès le commencement de sa vie et, de l'autre, l'absence de conséquences pratiques de ce renforcement, le Conseil ayant systématiquement admis les dispositions qui ont conduit à une dégradation progressive de ce statut. Dès 1975, il lui refusait la personnalité juridique en jugeant que les dispositions autorisant sous conditions l'interruption de grossesse ne méconnaissaient pas le principe du Préambule de la Constitution de 1946 en vertu duquel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé (cons. 10) ; et s'il soulignait que l'article 1^{er} de la loi Veil rappelait le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, il rejetait le grief d'inconstitutionnalité au motif que l'article 61 ne lui conférait pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement (cons. 1) et que la loi n'admettait qu'il soit porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définissait (cons. 9)⁶⁷. On pouvait attendre du renforcement du principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie opéré par la célèbre décision du 27 juillet 1994⁶⁸, qui a conféré à la dignité la force d'un principe à valeur constitutionnelle en se fondant sur le Préambule de la Constitution de 1946 (cons. 2) en même temps qu'elle faisait du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie un principe tendant à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (cons. 18), une amélioration du statut de l'embryon. Mais rien de tel n'est survenu : le Conseil a validé, en 1994, la destruction de l'embryon congelé⁶⁹ ; en 2001, l'extension du délai pendant lequel une interruption volontaire de grossesse est autorisée de 10 à 12 semaines⁷⁰ ; en 2013, l'admission sous conditions de la recherche sur l'embryon⁷¹ ; en 2014, la suppression de la condition de détresse⁷² ; en 2016, la suppression du délai d'une semaine entre la demande de la femme et la confirmation de cette demande⁷³.

30. – Au-delà de cette question particulière du statut de l'embryon⁷⁴, on constate ce faible impact pratique de la constitutionnalisation du droit civil des personnes de façon générale. Ni la dignité, ni la primauté de la personne humaine, ni le respect

⁶⁷ Déc. n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse.

⁶⁸ Déc. n° 94-343/344 DC, préc.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Déc. 2001-446 DC, préc., cons. 5.

⁷¹ Déc. n° 2013-674 DC, préc., cons. 16 et 17.

⁷² Déc. n° 2014-700 DC, préc., cons. 4.

⁷³ Déc. 2015-727 DC, préc., cons. 43.

⁷⁴ Il est vrai que le droit civil est embarrassé lui aussi sur ce statut. Voir X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003 ; A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La personne humaine. Étude visant à clarifier la situation en droit de l'enfant à naître*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015.

de l'être humain dès le commencement de sa vie, ni l'égalité, n'ont conduit à remettre en cause une disposition législative civile s'agissant de la personnalité juridique ou de l'état civil : statut de la fin de vie⁷⁵, changement de sexe⁷⁶, acte d'enfant sans vie⁷⁷, pacte civil de solidarité⁷⁸, statut civil de droit local⁷⁹, nationalité⁸⁰, etc.

40. – Comment expliquer cette relative indigence pratique de la jurisprudence constitutionnelle ?

Elle s'explique sans doute pour partie par la teneur du droit civil des personnes, soucieux de droits et libertés fondamentaux. Mais l'explication n'est que partielle, car certaines dispositions à la constitutionnalité incertaine ont réussi à échapper à toute sanction, comme l'illustre la question du nom, qui posait de nombreux problèmes en termes d'égalité (des sexes, des couples, des parents, des enfants), de liberté (des majeurs, des mineurs⁸¹), etc.

Elle s'explique sans doute surtout par les conditions étroites de la saisine du Conseil constitutionnel avant l'instauration de la QPC, puisque le grief d'inconstitutionnalité était réservé aux députés et sénateurs, et que ceux-ci avaient malheureusement tendance à instrumentaliser cette saisine à des fins politiciennes et manifestaient une grande indifférence aux pures questions de droit civil⁸².

On impute parfois aussi la faiblesse de l'apport pratique de la jurisprudence du Conseil en droit des personnes à la prudence avec laquelle il bornerait son pouvoir, en rappelant qu'il ne bénéficie pas d'un pouvoir équivalent à celui du législateur, manifestant ainsi son souci de la démocratie. L'analyse de la jurisprudence ne confirme pas nécessairement cette interprétation (voir *infra*, n° 61).

⁷⁵ Déc. 2017-632 QPC, 2 juin 2017, Union nationale des associations des familles de traumatisés crâniens.

⁷⁶ Refus d'exiger une attestation médicale pour autoriser le changement de sexe : Déc. n° 2016-739 DC, 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁷⁷ Hier destiné à permettre l'identification du sujet grâce à des caractéristiques stables et objectives, l'état civil tend désormais aussi à permettre à chacun d'affirmer sa propre personnalité. D'où diverses revendications, certaines d'ores et déjà satisfaites, d'autres non : pouvoir de mentionner dans les registres l'existence d'un enfant né sans vie (Art. 79-1) ; pouvoir de modifier la mention du sexe qui y figure, en démontrant par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue (Art. 61-5) ; pouvoir d'y mentionner la religion, aujourd'hui exclue d'un état précisément qualifié de « civil » ; etc.

⁷⁸ Déc. n° 99-419 DC, préc. ; Déc. n° 2015-9 LOM, 21 octobre 2015 ; Déc. n° 2016-739 DC, 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la Justice du XXI^e siècle. Adde Déc. n° 2013-358 QPC, préc. ; Déc. n° 2015-503 QPC, 4 décembre 2015, M. Gabor C.

⁷⁹ Déc. no 2003-474, 17 juillet 2003, Loi de programme pour l'Outre-Mer ; Déc. no 2013-669 DC, préc., cons. 89.

⁸⁰ La doctrine a souligné les limites de la jurisprudence constitutionnelle en matière de nationalité : en ce sens, voir R. SCHWARTZ, « Constitution et nationalité », art. cité.

⁸¹ Sur cet exemple, voir J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », art. cité. La loi du 4 mars 2002 a instauré un choix des parents, procédant du lien de filiation, sans lien avec l'exercice de l'autorité parentale, ce qui révèle que le choix du nom est destiné à satisfaire l'intérêt des adultes, solution discutable à l'heure des droits de l'enfant et alors que le Conseil a dit en 2013 que son intérêt était un PFRLR ! Quant à la loi du 23 décembre 1985, c'est aux parents exerçant l'autorité qu'elle a conféré le droit de choisir un nom d'usage pour l'enfant.

⁸² En ce sens, voir J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », art. cité.

2. Capacité et état familial

41. – La jurisprudence constitutionnelle n'est pas dépourvue de toute conséquence en matière de capacité. Le Conseil a ainsi déclaré contraire à l'égalité le droit de prélèvement que la loi du 14 juillet 1819 ouvrait à l'héritier français en cas de partage d'une même succession avec un cohéritier étranger, pour compenser la loi étrangère qui le priverait de droits sur les biens situés à l'étranger⁸³. Il a en outre émis quelques réserves d'interprétation, s'agissant de la capacité de recevoir à titre gratuit d'une association⁸⁴ ou de la capacité nuptiale du majeur sous curatelle⁸⁵.

42. – Mais, hormis ces décisions, l'analyse révèle que le droit civil des incapables n'a guère été modifié, dans son contenu pratique, par la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁸⁶.

Cela tient sans doute d'abord, là encore, à la relative rareté de saisines sur les dispositions purement civiles⁸⁷, rareté qui contraste avec le caractère quasi systématique des recours formés contre les textes du droit de la santé publique, du moins s'ils ont trait à l'hospitalisation sans consentement⁸⁸. On peut s'étonner, d'ailleurs,

⁸³ Déc. n° 2011-159 QPC, 5 août 2011, Mme Elke B. et autres (droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français).

⁸⁴ Déc. n° 2014-424 QPC, 7 novembre 2014, Association Mouvement raélien international, dans le droit fil de CEDH, 15 janv. 2009, Ligue du monde islamique et Organisation mondiale du secours islamique c/ France, req. n° 36497/05.

⁸⁵ Déc. n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012, M. Roger D. (mariage d'une personne en curatelle) : les dispositions civiles qui subordonnent le mariage du majeur sous curatelle à l'autorisation du curateur et permettent au majeur de saisir le juge en cas de refus, constituent des limites à la liberté du mariage, mais ces atteintes sont justifiées au motif « qu'eu égard aux obligations personnelles et patrimoniales qui en résultent », le mariage est « un acte important de la vie civile » : « en subordonnant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur ou à défaut à celle du juge, le législateur n'a pas privé la liberté du mariage de garanties légales ; que les restrictions dont il a accompagné son exercice, afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée ».

⁸⁶ Sur le rejet du grief d'atteinte au principe d'égalité, voir Déc. n° 2011-136 QPC, Financement des diligences exceptionnelles accomplies par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs. Sur le rejet de l'atteinte au droit à la santé au motif que les mineurs et majeurs protégés sont exclus du jeu en ligne, et que les interdits n'y ont pas accès non plus, voir Déc. n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, cons. 34.

⁸⁷ Le seul grief d'inconstitutionnalité formulé à l'encontre de la loi du 5 mars 2007 avant promulgation avait trait à la procédure suivie (cavalier législatif) : Déc. n° 2007-552 DC, 1^{er} mars 2007, Loi portant réforme de la protection juridique des majeurs. Depuis sa promulgation, le droit civil des majeurs protégés a donné lieu à deux QPC, une qui reprochait l'encadrement étroit de l'action en nullité pour trouble mental après décès du contractant (art. 414-2), à laquelle le Conseil a répondu en jugeant que cette disposition limitait le droit à un recours effectif des héritiers pour une raison d'intérêt général (assurer la sécurité des actes et des transactions conclus par le défunt et éviter la difficulté de la preuve de son état mental), que cette limite était précisément fixée et ne faisait pas obstacle à l'exercice des actions en nullité de droit commun, si bien qu'elle était justifiée par l'intérêt général et proportionnée (Déc. n° 2012-288 QPC, 17 janvier 2013), l'autre qui reprochait au système de financement retenu de méconnaître l'égalité en laissant le cas échéant à la charge du majeur une partie de la somme due au mandataire judiciaire (Déc. n° 2011-136 QPC, préc.).

⁸⁸ Déc. n° 2008-562 DC, 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ; Déc. n° 2010-71, préc. ; Déc. n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, M. Abdellatif B. et autre (hospitalisation d'office) ; Déc. n° 2011-174

qu'aucun recours n'ait été formé contre la loi du 4 juillet 2001 qui a légalisé la stérilisation des handicapés mentaux (art. L. 2123-2 CSP). Cela tient peut-être aussi à la relative jeunesse du droit civil des personnes protégées et à la considération dont les droits fondamentaux ont joui à l'occasion des réformes entreprises en la matière. Sous cet angle, on comprend que le Conseil ait jugé le plus souvent les dispositions civiles conformes à la Constitution⁸⁹.

43. – La jurisprudence relative à l'état civil familial conduit à une conclusion un peu différente.

Les décisions y sont plus nombreuses. S'agissant du couple, l'essentiel du contentieux est relatif au mariage (une petite cinquantaine de décisions, en incluant le divorce⁹⁰) ; une petite dizaine de décisions a trait au concubinage⁹¹ ; trois décisions portent sur le pacs⁹². Bien souvent, sont en cause des dispositions non civiles, de droit social ou fiscal, de droit des étrangers ou de droit pénitentiaire, etc. Sur la petite dizaine de décisions relatives à la parenté, et plus exactement à la filiation car l'autorité parentale est assez peu concernée⁹³, cinq seulement portaient plus ou moins directement sur des questions de droit civil (impact de l'assistance médicale à la procréation⁹⁴, recours à l'identification génétique sur une personne décédée en matière de filiation⁹⁵, adoption réservée aux couples mariés⁹⁶, neutralité du pacte

QPC, 6 octobre 2011, Mme Oriette P. (hospitalisation d'office en cas de péril imminent) ; Déc. n° 2011-185 QPC, 21 octobre 2011, M. Jean-Louis C. (levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables) ; Déc. n° 2011-202 QPC, 2 décembre 2011, Mme Lucienne Q. (hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990) ; Déc. n° 2012-235 QPC, 8 février 2012, Association Cercle de réflexion et de propositions d'actions sur la psychiatrie (dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement) ; Déc. n° 2013-367 QPC, 14 février 2014, Consorts L. (prise en charge en unité pour malades difficiles des personnes hospitalisées sans leur consentement).

⁸⁹ Voir ainsi Déc. n° 2012-260 QPC, préc., cons. 8, affirmant que « les restrictions dont [le législateur] a accompagné [l']exercice [de la liberté matrimoniale], afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée ».

⁹⁰ Voir notamment Déc. n° 2011-151 QPC, 13 juillet 2011, M. Jean-Jacques C. ; Déc. n° 2014-398 QPC, 2 juin 2014, M. Alain D. ; Déc. n° 2015-488 QPC, 7 octobre 2015, M. Jean-Pierre E. ; Déc. n° 2016-557 QPC, préc. ; Déc. n° 2016-739 DC, 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice au XXI^e siècle.

⁹¹ Voir notamment Déc. n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, Corinne C. et autres, cons. 8 ; Déc. 99-419 DC, préc. ; Déc. n° 2013-358 QPC, préc. ; Déc. n° 81-133 DC, 30 décembre 1981, Loi de finances pour 1982, cons. 4 à 9 ; Déc. n° 2010-44 QPC, 29 septembre 2010, Époux M ; Déc. n° 2011-155 QPC, 29 juillet 2011, Mme Laurence L.

⁹² Déc. n° 99-419 DC, préc. ; Déc. n° 2015-9 LOM du 21 octobre 2015, Pacte civil de solidarité en Polynésie française ; Déc. n° 2016-739 DC, préc.

⁹³ Nombre de questions ne semblent pas avoir été soumises au Conseil : ainsi de la question de savoir si le droit à une vie familiale normale et la liberté personnelle ne fondent pas le libre exercice de l'autorité parentale, l'appréhension de l'obligation de vaccination n'ayant ainsi été envisagée que sous l'angle du droit à la santé de l'enfant (Déc. n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, Époux L., Obligation des vaccinations, cons. 8).

⁹⁴ Déc. 94-343/344 DC, préc., cons. 17 : « aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle ne prohibe les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don ».

⁹⁵ Déc. n° 2011-173 QPC, 30 septembre 2011, Lois C. et autres.

⁹⁶ Déc. 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B.

civil de solidarité en termes de filiation⁹⁷, ouverture de l'adoption aux couples de même sexe⁹⁸), la plupart ayant trait à nouveau à des dispositions non civiles, de droit de la nationalité et des étrangers⁹⁹, de droit social¹⁰⁰, de droit fiscal¹⁰¹, de droit de l'action publique¹⁰² ou encore de statut civil¹⁰³.

Pour autant, le bilan reste modeste¹⁰⁴, car le Conseil constitutionnel a bien souvent validé les limites apportées à telle liberté ou tel droit fondamentaux, ou à l'égalité : ainsi des limites à la liberté du mariage résultant des dispositifs de lutte contre la fraude au droit des étrangers¹⁰⁵ ou des textes relatifs aux majeurs protégés ; ainsi des limites à l'égalité entre les couples mariés et les couples pacsés ou vivant en concubinage¹⁰⁶ ; ainsi des limites à la liberté de divorcer résultant de la condition de fourniture d'une garantie¹⁰⁷ ou des formes de la prestation compensatoire¹⁰⁸ ; ainsi des limites au droit à une vie familiale, qui, selon le Conseil constitutionnel, « n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple

⁹⁷ Déc. 99-419 DC, préc.

⁹⁸ Déc. 2013-669 DC, préc.

⁹⁹ Déc. n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile ; Déc. 2011-186/187/188/189 QPC, préc.

¹⁰⁰ Déc. n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, Mme Marie-Christine D. (pension de réversion des enfants).

¹⁰¹ Déc. n° 2013-361 QPC, préc. (droits de mutation pour les transmissions à titre gratuit entre adoptants et adoptés).

¹⁰² Impact de l'accouchement sur l'accès aux origines personnelles (Déc. n° 2012-248 QPC, 16 mai 2012, M. Mathieu E) ; recours contre la décision d'immatriculation comme pupille de l'État (Déc. n° 2012-268 QPC, 27 juillet 2012, Mme Annie M.).

¹⁰³ Déc. 99-410 DC, 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie.

¹⁰⁴ La doctrine souligne que diverses dispositions posent problème : le pouvoir discrétionnaire du président de la République d'autoriser un mariage posthume, le droit discrétionnaire d'opposition à mariage des père et mère, etc. Sur quoi voir P. MURAT, « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », art. cité.

¹⁰⁵ Quelques censures célèbres : voir par ex. Déc. n° 93-325 DC, préc., ou encore Déc. n° 2003-484 DC, préc.

¹⁰⁶ Déc. n° 2011-155 QPC, préc., cons. 8. Comp. CE (CE, 6 avril 1979, n° 06182, confirmé dans CE 20 décembre 1991, n° 100997, CE, 6 décembre 2006, n° 262096) et la CJUE (CJCE, 1^{er} avril 2008, Maruko aff. C-276/06 ; CJUE, 10 mai 2011, aff. C-147/08, Römer).

¹⁰⁷ Déc. n° 2016-557 QPC, préc.

¹⁰⁸ Déc. n° 2011-152 QPC, 13 juillet 2011, M. Jean-Jacques C. Le rejet de la requête n'a été opéré qu'avec une réserve d'interprétation. Le Conseil a admis que l'attribution forcée de propriété visait des motifs légitimes : « faciliter la constitution d'un capital, afin de régler les effets pécuniaires du divorce au moment de son prononcé », et « assurer le versement de la prestation compensatoire » (cons. 6). Mais il a également jugé que l'atteinte au droit de propriété en résultant ne pourrait « être regardée comme une mesure proportionnée au but d'intérêt général poursuivi que si elle constitu[ait] une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital », d'où il a déduit qu'« elle ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les modalités prévues au 1^o n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation ; que, sous cette réserve, l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire ne méconnaît pas l'article 2 de la Déclaration de 1789 » (cons. 8).

avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive¹⁰⁹ » ni que soit ouvert « le droit de se marier pour les couples de même sexe¹¹⁰ », ne porte en outre que sur une vie familiale « normale », et doit enfin être concilié avec divers objectifs à valeur constitutionnelle, tels la sauvegarde de l'ordre public¹¹¹, la protection de la santé, etc.

44. – Il est vrai que, dans l'absolu, les censures¹¹² et réserves d'interprétation y sont un peu plus nombreuses. Mais cela tient sans doute en partie à une plus fréquente saisine du Conseil, à raison de divers éléments : le caractère idéologique des questions familiales, qui suscitent donc un plus grand intérêt des politiques et bénéficient d'un écho important dans la société civile ; les conséquences concrètes des solutions familiales, qui appellent donc plus facilement des questions prioritaires de constitutionnalité ; peut-être aussi la persistance, en droit civil de la famille, de normes procédant de considérations d'intérêt général, d'où résulte une confrontation plus directe avec la protection des droits fondamentaux et libertés individuelles.

La question du divorce illustre assez bien ce dernier point : le droit civil encadre la dissolution du mariage par des conditions et des effets étroitement dépendants de l'appréhension familiale de l'institution matrimoniale (il s'agit d'assurer la stabilité du mariage, de protéger le conjoint, de concentrer les effets du divorce pour pacifier les rapports post-divorce, etc.). Au contraire, le droit constitutionnel rogne ces conditions et effets pour les rendre compatibles avec les droits fondamentaux : liberté de divorcer, droit au respect des biens, etc. C'est la raison pour laquelle sa jurisprudence est favorable à l'ex-époux débiteur de prestation financière, qu'il s'agisse de la révision de l'indemnité exceptionnelle attribuée autrefois sur le fondement de l'article 280-1¹¹³, du choix d'un abandon de bien en propriété à titre de prestation compensatoire, qui doit être subsidiaire et « ne saurait être ordonné par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les (autres) modalités [...] n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation¹¹⁴ », ou encore de la possibilité pour le juge de subordonner le prononcé du divorce à la constitution de garanties de paiement de la prestation compensatoire, qui ne peut « avoir d'autre effet que de retarder le prononcé du divorce¹¹⁵ ».

45. – L'enrichissement du droit civil des personnes que réalise la jurisprudence constitutionnelle s'avère ainsi limité. Cela mérite d'autant plus d'être souligné que cette jurisprudence semble en revanche éprouver assez directement l'ordonnance théorique et formel du droit civil des personnes.

¹⁰⁹ Déc. n° 2010-39 QPC, préc., cons. 8.

¹¹⁰ Déc. n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre, cons. 8.

¹¹¹ Déc. n° 93-325 DC, préc., cons. 3, 19, 70 ; Déc. n° 2003-484 DC, préc., cons. 38.

¹¹² Voir par ex. Déc. n° 93-325 DC, préc., cons. 3, 107.

¹¹³ Déc. n° 2015-488 QPC, 7 octobre 2015, M. Jean-Pierre E., à propos de l'impossible révision de l'indemnité exceptionnelle que la loi de 1975 permettait d'attribuer au conjoint exclusivement fautif à titre exceptionnel.

¹¹⁴ Déc. n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, cons. 8. *Contra* Civ 1, 31 mars 2010, 09-13811, Bull., n° 78, jugeant que cette disposition n'est pas contraire au droit au respect des biens.

¹¹⁵ Déc. n° 2016-557 QPC, préc., cons. 7.

II. UNE DÉFORMATION DOGMATIQUE DU DROIT CIVIL DES PERSONNES

46. – Il n'est pas exclu que l'impact le plus important de la jurisprudence constitutionnelle porte sur l'épreuve qu'elle inflige à l'ordonnement dogmatique du droit civil des personnes dont elle perturbe les catégories (A) et les fonctions (B).

A. Les catégories du droit civil des personnes

1. *Le brouillage des outils conceptuels*

47. – La jurisprudence constitutionnelle du Conseil constitutionnel conduit en premier lieu à un brouillage des outils conceptuels.

48. – Le Conseil entretient d'abord la confusion entre principe objectif et droit subjectif. La meilleure illustration du phénomène réside dans la dignité, que le droit civil appréhende comme un principe (art. 16 C. civ.) et que le Conseil constitutionnel conçoit désormais à la fois comme un principe et comme un droit¹¹⁶. Or, la qualification est lourde de sens, car le droit subjectif renvoie naturellement au libre exercice du sujet de droit quand le principe objectif peut fort bien s'imposer même au sujet de droit s'il est analysé comme étant d'intérêt général. Ramasser les deux logiques dans une même formule permet au Conseil constitutionnel de ne pas prendre parti sur une question délicate, mais conduit à une conciliation illusoire, tant les deux qualifications sont antinomiques s'agissant de déterminer la liberté reconnue au sujet.

49. – Sa jurisprudence participe également du brouillage des catégories de « liberté civile », « liberté publique », « droit fondamental », ou encore « droit de la personnalité ».

Brouillage entre liberté civile et liberté publique d'abord : le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que « la possibilité pour la femme enceinte que son état place en situation de détresse de demander l'interruption de sa grossesse » se rattachait « au droit des personnes et donc au droit civil », mais que « la liberté, pour le médecin, de refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse » relevait des « garanties des libertés publiques¹¹⁷ ». On objecte parfois à cela que la différence de qualification n'emporte guère de conséquence pratique¹¹⁸.

Brouillage entre droit fondamental et droit de personnalité ensuite : l'exemple du droit à la vie privée illustre remarquablement un tel cumul de qualifications, puisque là où le droit civil voit un droit de la personnalité, le droit constitutionnel consacre une liberté fondamentale. Cela ne semble pas dépourvu de conséquence

¹¹⁶ Exprimée sous la forme d'un principe à valeur constitutionnelle par la décision du Conseil constitutionnel du 29 juillet 1994, elle l'est désormais aussi au titre des « droits inaliénables et sacrés de l'être humain » (Déc. n° 2009-593 DC, préc., cons. 3 ; Déc. n° 2017-632 QPC, préc., cons. 6). V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel de principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et tribunal constitutionnel espagnol*, Paris, LGDJ, 2005.

¹¹⁷ Déc. n° 2001-446 DC, préc., cons. 20.

¹¹⁸ La différence de qualificatif procéderait seulement de la nature des rapports en cause (la même liberté serait civile quand elle s'exerce entre particuliers, publique lorsque la relation engage l'État), mais ne fonderait aucune différence de régime : N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., n° 309.

pratique, puisque le droit de la personnalité est traditionnellement présenté comme étant extra-patrimonial¹¹⁹, intransmissible, imprescriptible et indisponible, quand les libertés fondamentales rencontrent diverses limites, permettant notamment de protéger les droits et libertés d'autrui, ce qui pourra conduire à valider des limites conventionnelles.

2. Le brouillage des notions civiles

50. – Le Conseil constitutionnel ne semble guère, en second lieu, se soucier des notions civiles.

51. – Outre la notion de personnalité morale, avec laquelle le Conseil n'hésite pas à prendre des libertés comme on le verra plus loin (voir *infra*, n° 56), trois exemples illustrent bien cette indifférence, voire ce contresens notionnel.

Celui du domicile, d'abord : loin de s'en tenir au lieu dans lequel la personne a fixé son « principal établissement », à l'instar du droit civil (C. civ. Art. 102), le Conseil constitutionnel appréhende largement le domicile, comme le juge pénal¹²⁰, en le définissant comme le lieu où la personne mène sa vie privée, ce qui inclut toute habitation qu'elle occupe, que ce soit de manière temporaire ou permanente, habituelle ou occasionnelle, dès lors qu'elle s'y sent chez elle¹²¹.

Celui de la vie privée, ensuite : le Conseil constitutionnel définit la vie privée comme renvoyant seulement à l'intimité du sujet, alors que le droit civil lui rattache désormais, dans le sillage de la jurisprudence européenne¹²², deux prérogatives, un droit à l'intimité d'une part, et un droit à la liberté d'autre part¹²³.

Celui du mariage frauduleux ensuite, qu'il eût sans doute mieux valu sanctionner pour fausse cause ou détournement de l'institution matrimoniale, que pour défaut de consentement¹²⁴.

52. – La gravité de ce genre de décalage ne doit pas être exagérée.

On soulignera d'abord qu'il n'en résulte pas nécessairement de différence s'agissant des solutions de fond : ainsi, le Conseil constitutionnel protège lui aussi la

¹¹⁹ Encore soulignera-t-on que l'indisponibilité recule en droit civil, si l'on en juge la validité de conventions permettant, moyennant rémunération, des atteintes à la vie privée du sujet.

¹²⁰ Crim., 22 janvier 1997, Bull., n° 31.

¹²¹ Déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration. Cf. Déc. n° 2015-713 DC, 23 juillet 2015, Loi relative au renseignement.

¹²² Voir par ex. CEDH, Rotaru c/ Roumanie, 4 mai 2000, n° 28341/95, rattachant à la vie privée le « droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables » (& 43). Adde la question du droit de choisir le moment et les modalités de sa mort, envisagé *supra*, n° 16.

¹²³ Par exemple en sanctionnant la rupture contractuelle fondée sur tel ou tel comportement relevant de la vie privée, qu'il s'agisse de l'orientation sexuelle (Soc., 24 avril 2013, n° 11-15204), des croyances religieuses (sur le port du voile, Soc., 22 novembre 2017, n° 13-19855), etc. Le lien avec la vie privée n'est pas apparent, car la sanction du licenciement procède désormais de textes spécifiques du droit du travail. Mais tel était, hier, le fondement de la jurisprudence. Voir par ex. pour la sanction d'un licenciement fondé sur les liaisons féminines du salarié : Soc., 20 octobre 1976, n° 74-13139.

¹²⁴ Déc. n° 2003-484 DC, préc. Sur cette critique, voir J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », art. cité, qui faisait observer que le Conseil ne faisait ici que reproduire l'erreur autrefois commise par la Cour dans sa célèbre décision Appietto, 20 novembre 1963.

liberté de la vie privée, même s'il le fait sur un autre fondement, à savoir la liberté personnelle.

On remarquera ensuite que les divergences notionnelles ne sont parfois que temporaires, une unification progressive s'opérant entre les diverses branches du droit. L'exemple de la protection des informations patrimoniales par le droit à la vie privée est assez remarquable à cet égard. Admise d'abord par la Cour de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales¹²⁵, elle a ensuite été consacrée par la Cour de cassation¹²⁶, puis par le Conseil constitutionnel¹²⁷. Mais l'unification n'est pas systématique, comme l'illustre remarquablement le chassé-croisé constaté s'agissant des rapports entre vie privée, inviolabilité du domicile, secret des correspondances et liberté personnelle. Le Conseil constitutionnel rattachait initialement l'inviolabilité du domicile à l'article 66 de la Constitution de 1958¹²⁸ et la vie privée à l'article 2 DDHC¹²⁹, alors que la Cour de cassation rattachait traditionnellement l'inviolabilité du domicile à la vie privée¹³⁰. La Cour de cassation a ensuite distingué ces prérogatives, en affirmant que les personnes morales avaient droit à la protection de l'inviolabilité du domicile et au secret des correspondances mais ne bénéficiaient pas du droit à la vie privée¹³¹. Ironie du sort, le Conseil constitutionnel a dans le même temps choisi d'appréhender la liberté personnelle, qu'il

¹²⁵ CEDH, 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, req. n° 29183/95, l'exclut en jugeant qu'il s'agit d'un sujet d'intérêt général pour une personne menant une vie publique.

¹²⁶ Ainsi de la révélation du domicile, Civ. 3, 5 juin 2003, Bull., n° 175, ou des dettes, Civ. 1, 29 mai 1984, Bull., n° 176. En revanche, les informations exclusivement patrimoniales ne relèvent pas de la vie privée : Civ. 1, 4 oct. 1989, n° 87-19658, Bull., n° 307 ; Civ. 1, 20 nov. 1989, n° 89-13049, Bull., n° 257 ; Civ. 1, 20 oct. 1993, n° 91-20580, Bull., n° 295. En revanche, « constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel » : Civ. 1, 6 oct. 2011, n° 10-23607, 10-23606, n° 10-21823, Bull., n° 162, cassant les décisions d'appel ayant écarté le grief d'atteinte à la vie privée au motif que « les entretiens publiés concernent la gestion du patrimoine de Liliane Y... et sont de nature professionnelle pour M. Z... et patrimoniale pour Mme Y... et que les informations ainsi révélées mettant en cause la principale actionnaire de l'un des premiers groupes industriels français, et dont l'activité et les libéralités font l'objet de très nombreux commentaires publics, relèvent de la légitime information du public » ; Civ. 1, 2 juill. 2014, n° 13-21929, Bull., n° 122. Cf. Com., 15 déc. 2015, n° 14-11500, Bull., n° 841.

¹²⁷ Refus : Déc. n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984. Admission dès 2013, confirmée à diverses reprises depuis : Déc. n° 2013-684 DC, 29 décembre 2013, Loi de finances rectificative pour 2013 ; Déc. n° 2014-690 DC, 13 mars 2014, Loi relative à la consommation ; Déc. n° 2015-727 DC, préc. ; Déc. n° 2016-591 QPC, 21 octobre 2016, Theresa B, Deuxième alinéa de l'article 1649 AB du code général des impôts, Registre public des trusts.

¹²⁸ Déc. n° 83-164 DC, 29 déc. 1983, Loi de finances pour 1984, cons. 28.

¹²⁹ Déc. n° 99-416 DC, préc., cons. 45.

¹³⁰ Civ. 1, 6 fév. 1979, n° 77-13463, Bull., n° 47, p. 41. Adde Civ. 1, 18 nov. 1992, n° 90-19368, Bull., n° 285, p. 186, rejetant l'existence d'une atteinte à la vie privée à propos des constats d'adultère, quand le pourvoi reprochait une violation de la vie privée et du domicile. Adde Crim., le 21 juin 2016, n° 16-82176, au sujet d'une QPC, qui invoque « le droit au respect de la vie privée et, en particulier, l'inviolabilité du domicile ». Cf. Com., 9 juin 2015, n° 14-17039, invoquant « l'atteinte au droit au respect de la vie privée et du domicile qui en résulte ».

¹³¹ Civ. 1, 17 mars 2016, n° 15-14072. Adde Civ. 3, 7 avril 2016, n° 15-15011, admettant implicitement qu'une SCI a droit au respect du domicile, quand le titrage invoque l'art. 8 CEDH.

fonde sur l'article 2 de la DDHC, comme une sorte de droit souche, auquel il rattache, d'une part, la protection de la vie privée versus intimité du sujet, en y incluant le secret des correspondances¹³² ainsi que l'inviolabilité du domicile¹³³ et, d'autre part, l'autonomie du sujet dans ses choix de vie personnelle¹³⁴.

On avancera encore que les différences notionnelles s'expliquent parfois – souvent ? – par les différences de régime juridique que les deux ordres – civil et constitutionnel – attachent aux notions considérées : on comprend aisément, ainsi, que la définition constitutionnelle d'un domicile appréhendé sous l'angle de l'inviolabilité versus intimité du sujet, soit différente de celle du droit civil, qui vise à identifier le rattachement territorial du sujet. D'autres raisons, plus contingentes, et moins avouables, peuvent aussi expliquer certaines divergences : contingence historique (genèse des solutions jurisprudentielles), raisons sociologiques (notamment rapports de pouvoirs entre juridictions, qu'il s'agisse pour le Conseil constitutionnel de marquer sa différence avec l'ordre judiciaire, ou avec la CEDH), opportunisme pratique (sur la question de la personnalité morale, voir *infra*, n° 56), etc.

53. – En tout état de cause, on observera que de telles divergences compliquent la connaissance et la compréhension du droit, ce qui est particulièrement étrange venant d'une juridiction qui a fait – à juste titre – de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit un objectif constitutionnel... Partant, mieux vaudrait autant que possible assurer l'homogénéité des notions, et user le cas échéant de nouvelles terminologies pour accueillir un concept différent de celui qui prévaut dans une autre branche du droit.

B. Les fonctions du droit civil des personnes

54. – Le droit civil des personnes poursuit deux finalités d'importance : d'une part il institue le sujet, d'autre part il définit son statut personnel. La jurisprudence du Conseil constitutionnel se révèle peu soucieuse de l'institution du sujet (1), entièrement tournée qu'elle l'est vers la protection des droits et libertés (2). D'où un risque de déformation des institutions du droit civil des personnes.

1. L'institution du sujet

55. – L'institution du sujet s'opère en droit civil par l'attribution à la personne d'une personnalité juridique et d'un état civil (nationalité, âge, lieu de naissance, sexe, domicile, intégration familiale). Le Conseil constitutionnel est peu soucieux de cette double institution dans l'ordre théorique, et semble surtout obéir à des arguments d'opportunité dont il est seul juge : éviter de régler l'embarrassante question de la nature de l'embryon, ne pas s'immiscer dans les délicates questions de fin de vie, poursuivre efficacement les atteintes à la concurrence, étendre aux personnes morales les droits et libertés fondamentaux lorsque cette voie semble utile, etc.

¹³² Le droit au secret des correspondances est fondé sur les articles 2 et 4 DDHC : Déc. n° 2004-492 DC, préc., cons. 4.

¹³³ L'art. 2 DDHC implique le droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile : Déc. n° 2013-679 DC, préc., cons. 38.

¹³⁴ La liberté personnelle est alors invoquée directement sur le fondement de l'art. 2 DDHC : Déc. n° 2003-484 DC, préc., cons. 94. Voir déjà Déc. n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, cons. 8.

56. – Tel semble être le cas, en premier lieu, de la notion de personnalité juridique, dont le Conseil constitutionnel ne s’embarrasse guère¹³⁵, soit qu’il s’abstienne volontairement de la définir, soit qu’il procède volontairement à la déformation du concept civil.

La question de la personnalité juridique des personnes physiques, d’abord, a été très largement désertée par le Conseil constitutionnel : saisi à diverses reprises de questions renvoyant au point de savoir si l’embryon est sujet de droit ou être humain méritant le respect, le Conseil constitutionnel s’est toujours abstenu de censurer le pouvoir législatif : assistance médicale à la procréation, interruption de grossesse, recherches (sur ces questions, voir *supra*, n° 29). Non sans rapport, il a laissé le pouvoir réglementaire occuper le terrain de la fin de vie en lui abandonnant la détermination de la procédure collégiale encadrant la décision d’arrêt des soins¹³⁶.

Quant à la personnalité morale, ensuite, le Conseil constitutionnel n’hésite pas à adopter une approche pragmatique – opportuniste ? Le plus souvent, il appréhende la personne morale comme un groupement de personnes physiques¹³⁷, et accepte de lui étendre divers droits et principes constitutionnels protecteurs de la personne physique, tels l’égalité de traitement¹³⁸, le secret de la correspondance, l’inviolabilité du domicile¹³⁹, la liberté contractuelle, le droit de propriété, la liberté d’entreprendre, le droit à un environnement sain, etc.¹⁴⁰. On comprend aisément, dans cette logique, que ni l’animal¹⁴¹, ni l’humanité (ni les générations futures)¹⁴²

¹³⁵ À sa décharge, on invoquera le flou que le droit civil entretient lui aussi sur la notion de personnalité juridique, aucun texte ne précisant explicitement les conditions de l’octroi de la personnalité à la personne humaine, et la personnalité morale restant incertaine, la doctrine rappelant, d’une part, que la jurisprudence a consacré la théorie de la réalité et, d’autre part, que la loi civile se rallie souvent la théorie de la fiction, en attribuant la personnalité juridique à des ensembles de biens, etc.

¹³⁶ Déc. n° 2017-632 QPC, préc., cons.

¹³⁷ Déc. n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, Loi de nationalisation.

¹³⁸ Déc. n° 80-117 DC, 22 juillet 1980, Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, cons. 8.

¹³⁹ Voir par ex. Déc. n° 98-403 DC, préc., *Idd. CEDH, Société Colas Est c/ France, req. 37971/97*.

¹⁴⁰ Adde Déc. n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l’alcoolisme, cons. 16, qui semble ne considérer que le nom des personnes physiques, alors que le nom commercial fait l’objet d’une propriété commerciale qui pourrait sans doute être préservée au titre du droit au respect des biens ou de la liberté d’entreprendre.

¹⁴¹ L’animal ne bénéficie ainsi d’aucune protection constitutionnelle : Déc. n° 2012-271 QPC, 21 septembre 2012, Association Comité radicalement anti-corrída Europe et autre (Immunité pénale en matière de courses de taureaux), cons. 6 (« la première phrase du septième alinéa de l’article 521-1 du code pénal, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclarée conforme à la Constitution ») ; Adde Déc. n° 2015-477 QPC, 31 juillet 2015, M. Jismy R. (Incrimination de la création de nouveaux gallodromes), cons. 5 (« les dispositions contestées ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ; qu’elles doivent être déclarées conformes à la Constitution »).

¹⁴² Voir Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 11, répondant aux requérants, qui jugeaient inconstitutionnelle la sélection génétique des embryons qu’« il n’existe, contrairement à ce que soutiennent les saisissants, aucune disposition ni aucun principe à valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l’humanité ». Cf. Déc. n° 2014-394 QPC, 7 mai 2014, Société Casuca (Plantations en limite de propriétés privées), jugeant que les sept alinéas précédant les dix articles de la charte de l’environnement ont valeur constitutionnelle,

ne puissent *a priori* bénéficier des droits et libertés constitutionnels. Mais, à d'autres occasions, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à s'échapper de la logique civiliste, selon laquelle la personne juridique est le support nécessaire des droits, libertés, obligations, sanctions : ainsi, lorsqu'il étend le bénéfice des droits et libertés à l'entreprise, et plus généralement à des entités dépourvues de la personnalité juridique¹⁴³, ou lorsqu'il accepte qu'une sanction prononcée contre une personne morale dissoute puisse être appliquée à une personne morale nouvellement créée en cas de fusion, alors même que la personnalité juridique de la première a disparu et que la personnalité de la seconde est autonome¹⁴⁴.

57. – Tel semble également être le cas de l'état civil, auquel le juge constitutionnel paraît assez indifférent si l'on en juge d'après les décisions rendues en matière de pacte civil de solidarité, de divorce, ou encore de changement de sexe.

Les décisions relatives au pacte civil de solidarité révèlent ainsi que le Conseil, après avoir hésité entre un critère formel (établissement d'un acte d'état civil) et un critère matériel de l'état civil (effets produits dans l'ordre civil)¹⁴⁵, s'en tient désormais au second¹⁴⁶, et que ce critère est mis à mal par sa propre jurisprudence,

même si aucun d'eux n'institue un droit ou une liberté que la Constitution garantit, et qu'ils ne peuvent donc être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution.

¹⁴³ Cf. CE, 1^{er} juin 2011, Groupement de fait Brigade Sud de Nice, n° 340849.

¹⁴⁴ Déc. n° 2016-542 QPC, 18 mai 2016, Société ITM Alimentaire International SAS, cons. 6. La solution, admise par la CJUE (CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, Modelo Continente Hypermercados SA, au sujet de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant la fusion), la Cour de cassation (Com., 21 janv. 2014, selon lequel les dispositions « s'appliquent à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite ; que le principe de la personnalité des peines, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise », l'idée étant celle de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise en cas de fusion-absorption) et le Conseil d'État (CE, 4 déc. 2009, n° 329173, Sté Rueil Sports), l'est par le Conseil s'agissant des pratiques commerciales abusives visées à l'article L 442-6 du Code de commerce.

¹⁴⁵ Déc. n° 99-419 DC, préc., cons. 29 : critère matériel lorsqu'il souligne son « objet limité », car il est « sans incidence sur les autres titres du Livre I^{er} du Code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive, et à l'autorité parentale » ; critère formel lorsqu'il souligne « qu'en particulier, la conclusion d'un pacte civil de solidarité ne donne lieu à l'établissement d'aucun acte d'état civil, l'état civil des personnes qui le concluent ne subissant aucune modification ».

¹⁴⁶ Déc. n° 2015-9, préc., cons. 8 : « il ressort des travaux préparatoires qu'en adoptant ces dispositions le législateur a seulement entendu assurer la publicité du pacte civil de solidarité à l'égard des tiers ; que, par suite, ces dispositions n'ont eu ni pour objet ni pour effet de faire perdre au pacte civil de solidarité sa nature contractuelle » ; en conséquence, le Conseil a constaté à la demande du président de la Polynésie française que, par les dispositions de la loi du 23 juin 2006 qui ont modifié les règles de publicité du pacs en rendant les textes applicables en Polynésie française, « le législateur est intervenu dans une matière ressortissant à la compétence de la Polynésie française ». Cf. Déc. n° 2013-669 DC, préc., cons. 89. Dans cette logique matérielle « aveugle » (d'autant avec le phénomène de matrimonialisation du pacs !), le transfert à l'officier d'état civil de la réception des pacs par la loi du 17 novembre 2016 ne devrait pas avoir d'incidence ; la question n'a d'ailleurs été soumise au Conseil constitutionnalité que sous l'angle de la libre administration des collectivités territoriales : Déc. n° 2016-739 DC, préc., cons. 27.

puisque, tout en analysant le pacte civil de solidarité comme un contrat spécifique¹⁴⁷ et non comme un élément de l'état civil, il a comblé les lacunes légales par référence plus ou moins explicite au droit du mariage¹⁴⁸, mariage dont il constate lui-même qu'il constitue un élément de l'état civil¹⁴⁹...

Dans une perspective comparable, on rappellera qu'il a accueilli sans réserve le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire en jugeant que la protection d'ordre public de la famille ne lui fait pas obstacle et qu'il a également admis que la mention du sexe puisse être modifiée à la demande de la personne qui démontre que cette mention ne correspond pas au sexe dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue, ce sans exiger ni qu'une expertise médicale atteste du transsexualisme, ni que ce changement soit définitif¹⁵⁰, ce qui révèle une conception très floue des fonctions de l'état civil, entre identification du sujet et épanouissement de la personnalité¹⁵¹, et, par voie de conséquence, une relative indifférence à ses

¹⁴⁷ Déc. n° 99-419 DC, préc., cons. 28 et 29.

¹⁴⁸ En ce sens, voir not. cons. 26 et 27, sur la notion de vie commune, sur la sanction des empêchements à mariage ; adde cons. 31 sur le caractère impératif du devoir d'aide mutuelle et matérielle, sur ses modalités.

¹⁴⁹ Déc. n° 2013-667 DC, 16 mai 2013, préc., n° 20.

¹⁵⁰ Déc. n° 2016-739 DC, préc.

¹⁵¹ Hier destiné à permettre l'identification du sujet grâce à des caractéristiques stables et objectives, l'état civil tend désormais aussi à permettre à chacun d'affirmer sa propre personnalité. Sur quoi, voir A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, Mouvements et Continuité du droit, Mélanges M. Gobert*, Paris, Economica, p. 247. D'où diverses revendications, certaines d'ores et déjà satisfaites, d'autres non : pouvoir de mentionner dans les registres l'existence d'un enfant né sans vie (C. civ., art. 79-1) ; pouvoir de modifier la mention du sexe qui y figure, en démontrant par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue (C. civ., Art. 61-5 *sqq.*) ; pouvoir de mentionner la religion, aujourd'hui exclue d'un état précisément qualifié de « civil » ; etc.

composantes¹⁵², à leurs caractéristiques¹⁵³, et aux autorités compétentes en la matière¹⁵⁴.

La mollesse de ces solutions étonne d'autant plus, comparée à la fermeté avec laquelle le Conseil a écarté toute clause de conscience au profit des officiers d'état civil, aux motifs que « en ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil ; qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience¹⁵⁵ ».

2. La subjectivisation des institutions

58. – Que le Conseil soit chargé de la protection des droits et libertés fondamentaux n'implique pas nécessairement qu'il reformule toutes les institutions civiles en droits et libertés fondamentaux. Tel semble pourtant être le plus souvent le cas. Souligné hier en matière familiale¹⁵⁶, le phénomène touche désormais toutes les

¹⁵² L'exclusion du pacte civil de solidarité le prouve. Cf. la censure du baptême républicain institué par l'article 42 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, mais seulement pour des griefs de procédure : Déc. n° 2016-745 DC, 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et la citoyenneté, cons. 190.

¹⁵³ Le Conseil semble indifférent à la question de l'indisponibilité et de l'immutabilité de l'état. Il a refusé de s'appuyer sur la dignité pour limiter le pouvoir, octroyé par la loi aux volontés individuelles, de procéder à un changement d'un élément relatif à l'état civil (refus d'exiger une attestation médicale pour autoriser le changement de sexe : Déc. n° 2016-739 DC, préc.), ou de constitutionnaliser le « caractère d'ordre public du droit de la famille » en se fondant sur l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 pour rejeter le divorce par consentement mutuel privé (même décision, cons. 46, 49, 52). - Rapp. Déc. n° 99-419 DC, préc., refusant de rattacher à la dignité une interdiction de la répudiation ; mais il faut souligner que le Conseil refuse d'analyser le pacs comme un élément de l'état civil. - Adde Déc. n° 2012-152 PDR, où le Conseil refuse de sanctionner l'usage d'un prénom autre que le prénom fixé par l'état civil dans le cadre d'élections nationales, ce qui a été justement critiqué : X. LABBEE, « Prénom et identité du Français », *Aj famille*, 2012, p. 467. Encore faut-il souligner que la notion d'indisponibilité de l'état civil est discutée, que le droit positif fait une place grandissante aux volontés individuelles, et qu'il n'existe aucun texte constitutionnel susceptible de fonder directement cette indisponibilité, le principe de dignité pouvant éventuellement être avancé pour l'état civil individuel (voir *supra*), quand l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 semble plus adapté pour l'état civil familial (voir *supra*), enfin que le grief est rarement invoqué tel quel par les requérants. Voir ainsi Déc. relative à la loi du 18 novembre 2016, le seul grief opposé au changement de prénom par simple déclaration individuelle, étant que le transfert de compétence à l'officier d'état civil portait atteinte à la libre administration des collectivités locales vu la charge financière en résultant. Cf. l'absence d'un quelconque recours contre l'instauration du mandat de protection future par la loi du 5 mars 2007.

¹⁵⁴ Le Conseil constitutionnel ne se formalise guère des transferts de compétences de l'autorité judiciaire à l'officier d'état civil, alors même que le pouvoir judiciaire ne présente pas les mêmes garanties que le pouvoir exécutif municipal.

¹⁵⁵ Déc. n° 2013-353 QPC, préc., cons. 10.

¹⁵⁶ J. BOULOUIS, « Famille et droit constitutionnel », art. cité.

règles et institutions du droit civil des personnes¹⁵⁷. Certes le droit civil des personnes se donne aussi pour objet de protéger les droits et libertés, ce qui se traduit notamment par le statut civil qu'il reconnaît au sujet : droits de la personnalité, principe de capacité, etc. Mais le Conseil constitutionnel va très au-delà, en ce sens qu'il appréhende toutes les questions de droit des personnes par le prisme du principe d'égalité ou des droits et libertés fondamentaux¹⁵⁸. La démonstration peut être faite à de multiples points de vue : la personnalité juridique, que le Conseil protège s'agissant de la personnalité morale par le biais des droits et libertés collectifs, tels la liberté syndicale ou la liberté d'association¹⁵⁹ ; la capacité, que le Conseil analyse sous l'angle de l'inégalité qu'elle institue entre les personnes¹⁶⁰, ou sous l'angle de la liberté ou du droit dont elle restreint l'existence ou l'exercice, liberté matrimoniale¹⁶¹, liberté contractuelle¹⁶² ; l'état civil individuel (le nom¹⁶³, la nationalité¹⁶⁴, le domicile, le sexe¹⁶⁵), qu'il appréhende sous l'angle de l'égalité, de l'inviolabilité

¹⁵⁷ Sur ce thème, voir J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 2008, 276 p.

¹⁵⁸ Ou sous l'angle de la finalité justifiant la restriction de capacité. Voir ainsi Déc. n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, cons. 34, appréciant les limites au jeu en ligne au regard du droit à la santé des majeurs et des mineurs.

¹⁵⁹ Déc. n° 71-44 DC, préc., sur laquelle voir les actes du colloque *La liberté d'association et le droit*, 29 et 30 juin 2001, Conseil constitutionnelle [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/dossiers-thematiques/2001-anniv.-loi-de-1901-relative-au-contrat-d-association/centenaire-de-la-loi-de-1901.16456.html>] ; Déc. n° 2014-424 QPC, préc., cons. 6 : « aucune exigence constitutionnelle ne fait obstacle à ce que la reconnaissance en France de la personnalité morale des associations ayant leur siège social à l'étranger et disposant d'un établissement en France soit subordonnée, comme pour les associations ayant leur siège social en France, à une déclaration préalable de leur part à la préfecture du département où est situé le siège de leur principal établissement ».

¹⁶⁰ Déc. n° 2011-159 QPC, préc., cons. 6. Adde *infra*, Déc. n° 2014-444 QPC, 29 janvier 2015, Association pour la recherche sur le diabète (acceptation des libéralités par les associations déclarées), cons. 8 et 9.

¹⁶¹ Déc. n° 2012-260 QPC, préc.

¹⁶² Déc. n° 2015-493 QPC, 16 octobre 2015, Peine complémentaire obligatoire de fermeture de débit de boissons, cons. n°s 11 à 13. Adde Déc. n° 2014-444 QPC, préc., cons. 5 et 9, vérifiant la constitutionnalité de l'incapacité de recevoir à titre gratuit frappant les associations simplement déclarées au regard de la liberté contractuelle et du principe d'égalité : « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ».

¹⁶³ Déc. n° 2013-669 DC, préc. La requête reprochait aux articles 357 et 363 du Code civil d'être contraires à l'égalité : alors qu'en l'absence de déclaration conjointe mentionnant le nom de l'enfant, celui-ci prendra le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun des deux adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, présentés dans l'ordre alphabétique, l'article 311-21 du Code civil ne prévoit une règle similaire pour les enfants dont la filiation est établie selon les modalités prévues par le titre VII du livre I^{er} de ce code qu'en cas de désaccord entre les parents signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil au plus tard au jour de la déclaration de naissance.

¹⁶⁴ Voir R. SCHWARZ, « Constitution et nationalité », art. cité, qui dit qu'il existe une dizaine de décisions, surtout sur le fondement de l'art. 34 et de l'égalité. Ex : Déc. n° 2011-186/187/188/189 QPC, préc.

¹⁶⁵ Principe de l'égalité des sexes : Déc. n° 2013-360 QPC, 9 janvier 2014, préc.

du domicile, de la vie privée, etc. Et la même logique préside à l'analyse des institutions familiales, que le prisme de l'égalité¹⁶⁶, ou du droit à une vie familiale normale, ou de la liberté du mariage, ou de la liberté personnelle, etc. conduit à redéfinir dans une perspective très individuelle, assez éloignée de l'approche civile classique. On en donnera un exemple récent, puisé dans une décision rendue par le Conseil constitutionnel le 29 juillet 2016, décision qui consacre, sur le fondement des articles 2 et 4 de la DDHC, « une liberté pour chacun de se marier ainsi qu'une liberté de mettre fin aux liens du mariage, composantes de la liberté personnelle¹⁶⁷ ».

59. – Or il faut bien mesurer que cette perspective est susceptible de peser sur les institutions civiles. On en prendra deux exemples.

Celui de la capacité d'abord. La doctrine civiliste souligne depuis longtemps le lien étroit qu'entretiennent capacité et liberté individuelle¹⁶⁸, et l'article 11 du Code civil donne clairement à voir la relation qu'entretiennent capacité et égalité en affirmant le principe selon lequel « tout français jouit des droits civils ». Mais le prisme de la liberté et de l'égalité ne saurait escamoter les règles de base du droit civil, et notamment les diverses distinctions et catégories civiles : principe de capacité/incapacité d'exception, capacité de jouissance/capacité d'exercice, incapacité de protection/incapacité de défiance, mineur/majeur protégé, acte strictement personnel/acte personnel, acte patrimonial/acte personnel. Or, il n'est pas sûr que le Conseil maîtrise bien ces qualifications. On en trouve une illustration en matière de mariage du majeur sous curatelle : le Conseil constitutionnel a jugé que le dispositif légal prévu à l'article 460 du Code civil différait à juste titre du statut des actes strictement personnels (qui échappent à toute assistance ou représentation), au motif que le mariage produisait des effets importants personnels mais aussi patrimoniaux¹⁶⁹. Pourtant, le mariage ne fait-il pas partie de ces actes qui engagent la personne au plus profond d'elle-même ?

Celui du divorce ensuite. Appréhendé par le droit de la famille comme un mode de dissolution du mariage, le divorce peut assez naturellement être encadré pour assurer la stabilité de l'union matrimoniale, son « sérieux » ; d'où l'existence de cas limitatifs de divorce. Appréhendé sous l'angle de la liberté personnelle, en revanche, le divorce tend à se transformer en un droit, ce qui est susceptible de remettre en question tout l'encadrement civil du divorce, et de transformer en principe ce qui n'est actuellement qu'une exception.

¹⁶⁶ Voir Déc. n° 2007-557 DC, préc., cons. 7 et 9, considérant que l'égalité interdit de rejeter une demande de visa au motif que la filiation est établie par un mode de preuve qui n'est pas la possession d'état si la loi nationale admet cette preuve et inversement d'accéder à la demande de visa en se fondant sur la filiation établie par possession d'état si la loi nationale n'admet pas ce mode de preuve.

¹⁶⁷ Déc. n° 2016-557 QPC, préc., cons. 5 : « Il résulte de ces dispositions une liberté pour chacun de se marier ainsi qu'une liberté de mettre fin aux liens du mariage, composantes de la liberté personnelle ».

¹⁶⁸ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979 ; J. MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs*, 3^e éd., préf. de J. Carbonnier, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1977, p. 55 *sqq.*, en part. p. 61 : « Restreindre la capacité, c'est toujours diminuer la personnalité, dont la plénitude est en soi une liberté civile ».

¹⁶⁹ Déc. n° 2012-260, préc.

60. – Là encore, il convient de ne pas exagérer la portée de cette lecture déformante des institutions civiles. Il importe notamment de souligner que des considérations d'intérêt général sont susceptibles de légitimer des atteintes aux prérogatives individuelles, et que ni l'égalité ni la liberté du sujet ne règnent sans limites. Les deux exemples cités ci-dessus, de l'encadrement à la liberté du mariage du majeur sous curatelle, ou de l'atteinte à la liberté de divorcer résultant de telle ou telle obligation, le montrent bien. Et la position adoptée en matière de fraude aux institutions familiales l'illustre sans doute plus remarquablement encore. En affirmant solennellement que « la protection constitutionnelle de la liberté du mariage ne confère pas le droit de contracter mariage à des fins étrangères à l'union matrimoniale¹⁷⁰ », le Conseil se fait le relais implicite de l'approche institutionnelle du droit civil. Et cette position a été réaffirmée, notamment à l'occasion de la décision relative à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, décision dans laquelle le Conseil a rappelé qu'il appartiendrait aux autorités compétentes de sanctionner les éventuelles fraudes à la loi dont des couples de personnes de même sexe se rendraient le cas échéant coupables en cherchant à contourner le cadre de l'assistance médicale à la procréation. Il est vrai que les conditions dans lesquelles ce rappel a été opéré ont permis aux juridictions civiles et administratives de décliner l'invitation (voir *infra*, n° 93)¹⁷¹... Mais ce sont alors des sources du droit civil des personnes dont il est question.

III. LA RECONFIGURATION FORMELLE DU DROIT CIVIL DES PERSONNES

61. – Chacun connaît les pouvoirs théoriquement importants du Conseil constitutionnel : dans la détermination des principes ou prérogatives constitutionnelles, d'abord, qu'il s'agisse de leur admission ou de la définition de leur contenu¹⁷² ; dans la détermination de leurs limites, ensuite, qu'il s'agisse de leur définition, de l'appréciation de leur légitimité ou de la vérification de leur proportionnalité¹⁷³ ; dans les sanctions de l'inconstitutionnalité enfin, et ce dans l'ordre matériel, *via* les réserves d'interprétation¹⁷⁴, ou temporel, grâce au pouvoir qui lui est éventuellement reconnu de déterminer la date d'abrogation de la norme inconstitutionnelle. Quel usage le Conseil constitutionnel en fait-il, en pratique, en matière personnelle ?

¹⁷⁰ Déc. n° 2012-261 QPC, 22 juin 2012, M. Thierry B, cons. 7. Voir déjà, plus ou moins explicite, Déc. n° 2006-542 DC, 9 novembre 2006, Loi relative au contrôle de la validité des mariages, cons. 4 ; Déc. 2012-227 QPC, 30 mars 2012, M. Omar S ; Adde Civ. 1, 1er juin 2017, n° 16-13441.

¹⁷¹ Rien de tel dans le dispositif de la décision, et il ne s'agissait pas d'un motif venant au soutien du dispositif.

¹⁷² À raison d'abord de la teneur des textes fondateurs, très peu soucieux des questions civiles, ensuite de l'existence d'antinomies entre les droits et libertés d'un même texte, enfin des logiques différentes à l'œuvre entre les droits de génération différente. Ce qui pourrait être motif à abstention et prudence confère en réalité au Conseil une liberté de mouvement qu'il n'hésite pas à utiliser.

¹⁷³ Puisque ces limites reposent sur des standards, conférant par essence un large pouvoir d'appréciation au juge (admission de finalité légitime) et supposent la mise en œuvre de méthodes techniques conférant un pouvoir d'appréciation considérable au Conseil (et notamment le contrôle de proportionnalité).

¹⁷⁴ Qui permettent de « réparer » une inconstitutionnalité potentielle en fixant la teneur du texte.

62. – Certains auteurs considèrent que le Conseil constitutionnel évite de glisser vers un gouvernement des juges, invoquant divers indices en ce sens : l'existence fréquente, en droit civil des personnes, d'un « non droit constitutionnel¹⁷⁵ » ; la modestie souvent affichée par le Conseil, qui souligne qu'il n'a pas un pouvoir d'appréciation comparable à celui du législateur ; la relative facilité avec laquelle il admet que des limites soient apportées aux principes et prérogatives constitutionnelles lorsqu'un intérêt général est en jeu.

63. – Applaudissant une « leçon de démocratie¹⁷⁶ », ils soulignent que le Conseil refuserait, non pas tant de prendre position sur les « questions de société » (ce que sont souvent les questions de droit civil des personnes), comme on le dit souvent¹⁷⁷, mais bien d'assumer une fonction créatrice, qu'il s'agisse de la création d'une nouvelle liberté ou d'un nouveau droit, ou de l'assignation de limites à une nouvelle disposition¹⁷⁸ : le Conseil s'abstiendrait de créer des normes constitutionnelles (que ce soit pour répondre favorablement à une revendication progressiste ou constitutionnaliser une interdiction conservatrice), limitant sa mission à la protection du citoyen contre l'arbitraire.

64. – Cette présentation optimiste rend-elle compte du droit positif ? Pour le vérifier, on recherchera comment le Conseil exerce effectivement ses pouvoirs (A), avant de replacer la question dans le contexte général du déclin du pouvoir législatif en droit de la famille (B).

A. L'exercice effectif de son pouvoir par le Conseil

65. – L'analyse de la jurisprudence nous semble révéler un Conseil moins réservé qu'on le dit (1), et plus pragmatique qu'on le croit (2).

1. La réserve relative du Conseil

66. – Le Conseil n'est pas toujours aussi réservé qu'on le dit. À preuve l'effectivité de son pouvoir créateur (a), et sa pratique variable de l'autolimitation (b).

a) L'effectivité du pouvoir créateur

67. – Certes, le Conseil refuse souvent de créer telle norme nouvelle ou de tirer tel droit nouveau d'une norme ancienne¹⁷⁹. Quelques exemples célèbres en con-

¹⁷⁵ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*

¹⁷⁶ F. CHÉNEDÉ, « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », *Actualité juridique. Familles*, n° 6, juin 2013, p. 332-335.

¹⁷⁷ Sur la critique de ce critère, voir P. DELVOLVÉ, « Constitution et société », *RFDA*, 2013, qui souligne que toutes les questions soumises au Conseil concernent par essence la société. Mais ne pourrait-on adopter une analyse plus sociologique de la notion de « faits de société », renvoyant aux questions qui s'inscrivent dans une évolution sociale et engendrent dans la société des débats sans fin, à mille lieux de tout consensus ? ; adde F. CHÉNEDÉ et P. DEUMIER, « L'œuvre du législateur, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », art. cité.

¹⁷⁸ F. CHÉNEDÉ et P. DEUMIER, « L'œuvre du législateur, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », art. cité.

¹⁷⁹ Ainsi du droit à la vie privée et à la vie familiale : J.-F. DE MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », art. cité.

vaincraient : refus de fonder sur le principe de dignité l'interdiction de la répudiation¹⁸⁰ ou la nécessité d'une attestation médicale pour bénéficier d'un changement de sexe à l'état civil¹⁸¹ ; refus de créer « un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage serait l'union d'un homme et d'une femme », ou un « principe de valeur constitutionnelle de la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle », ou encore un « principe constitutionnel garantissant le droit de tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère¹⁸² » ; refus de juger que le droit à la vie privée fonde le droit à faire établir la filiation biologique¹⁸³ » ; refus de prohiber les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don et d'exercer une action en responsabilité à l'encontre de celui-ci¹⁸⁴ ; exclusion du principe constitutionnel de protection du patrimoine génétique de l'humanité¹⁸⁵ ; refus de consacrer « le principe suivant lequel tout acte chirurgical doit être précédé d'un délai de réflexion¹⁸⁶ » ; refus de juger que le droit à la vie privée impose de dissimuler le caractère adoptif de la filiation ou que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique¹⁸⁷ ; refus de considérer que le droit à la vie familiale interdit l'anonymat du donneur de gamètes¹⁸⁸ ou implique le droit de se marier pour les couples de même sexe¹⁸⁹ ou suppose que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive¹⁹⁰, ou condamne l'adoption par deux personnes de même sexe¹⁹¹ ; refus de réserver au pouvoir constituant la définition du mariage au motif de « son caractère fondamental » alors que les conditions et l'ouverture du mariage relèvent de l'état des personnes et donc de l'article 34 de la Constitution¹⁹² ; refus de censurer l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe au motif qu'elle serait contraire à un « enracinement naturel du droit civil » selon lequel l'altérité sexuelle est le fondement du mariage, alors que « en tout état de cause », il convient de rejeter toute idée selon laquelle le mariage serait « naturellement » l'union d'un homme et d'une femme¹⁹³ ; etc.

68. – Mais le Conseil est parfois plus audacieux, n'hésitant pas à rattacher à tel droit ou telle liberté une nouvelle prérogative, comme l'illustre bien l'exemple de

¹⁸⁰ Déc. n° 99-419 DC, préc.

¹⁸¹ Déc. n° 2016-739 DC, préc.

¹⁸² Déc. n° 2013-669 DC, préc., cons. 18 et 21, cons. 46 et 56. Voir déjà Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 16 et 17.

¹⁸³ Déc. n° 2011-173 QPC, préc., cons. 6.

¹⁸⁴ Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 17.

¹⁸⁵ Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 8 et 11.

¹⁸⁶ Déc. n° 2015-727 DC, préc., cons. 42 et 44.

¹⁸⁷ Déc. n° 2013-669 DC, préc., cons. 51.

¹⁸⁸ Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 11.

¹⁸⁹ Déc. n° 2010-92 QPC, préc., cons. 8.

¹⁹⁰ Déc. n° 2010-39 QPC, préc., cons. 8.

¹⁹¹ Déc. n° 2013-669 DC, préc., cons. 46 et cons. 56.

¹⁹² Sur le grief et la réponse, voir *ibid.*, cons. 19 et 20.

¹⁹³ *Ibid.*

la liberté personnelle, procédant aujourd’hui de l’article 2 de la DDHC, et qui fonde désormais, outre la liberté du mariage et l’intimité de la vie privée, la liberté d’avorter¹⁹⁴, ou la protection des données personnelles¹⁹⁵, ou encore la liberté du divorce¹⁹⁶. Le Conseil n’hésite pas non plus, le cas échéant, à modifier le rattachement textuel des principes et droits constitutionnels pour échapper à telle règle embarrassante, comme le montrent l’exemple de l’intimité de la vie privée et de la liberté du mariage, passées de la liberté individuelle à la liberté personnelle pour éviter le jeu de l’article 66 de la Constitution et échapper à la compétence judiciaire, ou encore celui de la liberté de conscience, hier analysée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁹⁷, et qu’il rattache désormais directement à l’article 10 de la DDHC et à l’alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 pour lui permettre de rayonner au-delà de la question religieuse¹⁹⁸.

69. – La doctrine souligne aussi que le Conseil choisit parfois la prudence, au fond, en refusant de sanctionner la disposition substantielle, tout en jugeant qu’il y a atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, comme l’illustrent là encore deux exemples puisés en droit civil des personnes. Le 30 mars 2012, après avoir refusé d’attacher au droit à la vie privée un droit d’acquérir la nationalité par mariage avec un français (cons. 8), le Conseil estimait que la loi, en présumant qu’il y avait eu fraude lorsque la communauté de vie conjugale cessait dans les 12 mois de la déclaration d’acquisition de nationalité faite par le conjoint étranger, imposait à l’étranger ayant acquis la nationalité française d’être en mesure de prouver, sa vie durant, qu’à la date de la déclaration aux fins d’acquisition de la nationalité, la communauté de vie entre les époux, tant matérielle qu’affective, n’avait pas cessé, ce qui portait une atteinte excessive aux droits de la défense, sauf à ne l’appliquer dans les instances engagées dans les deux années de la date de l’enregistrement de la déclaration¹⁹⁹. Le Conseil procédait de même le 27 juillet 2012 en jugeant que le législateur pouvait refuser de publier l’arrêté d’admission d’un enfant comme pupille de l’État et réserver la qualité pour agir contre lui aux personnes justifiant d’un lien avec l’enfant mais que le droit d’exercer un recours juridictionnel effectif imposait que soient définis les cas et conditions dans lesquelles ces personnes étaient effectivement mises à même d’exercer ce recours²⁰⁰.

70. – Enfin, l’analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel révèle qu’il n’hésite pas, le cas échéant, à moduler la sanction de l’inconstitutionnalité, qu’il s’agisse de fixer les effets temporels de l’abrogation²⁰¹ ou d’assurer la conformité à la Constitution par des réserves d’interprétation, le droit des personnes donnant

¹⁹⁴ Déc. n° 2001-446 DC, préc., cons. 10.

¹⁹⁵ Voir par ex. Déc. n° 2016-591 QPC, 21 octobre 2016, Registre public des trusts, cons. 3.

¹⁹⁶ Déc. n° 2016-557 QPC, préc., cons. 5.

¹⁹⁷ Déc. n° 77-87 DC, préc., cons. 5, invoquant l’art. 10 DDHC et le Préambule de la Constitution de 1946, qui rappelle que « Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Adde Déc. n° 2001-446 DC, préc., cons. 13.

¹⁹⁸ Déc. n° 2013-353 QPC, préc., cons. 7 : « la liberté de conscience, qui résulte de ces dispositions, est au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ».

¹⁹⁹ Déc. n° 2012-227 QPC, préc. ; Déc. n° 2012-264 QPC, 13 juillet 2012, M. Saïd K.

²⁰⁰ Déc. n° 2012-268 QPC, préc., cons. 8 et 9.

²⁰¹ Déc. n° 2012-268 QPC, préc., cons. 11.

des exemples de divers types de réserves identifiés en doctrine, à savoir les réserves constructives²⁰², neutralisantes²⁰³, ou aussi directives²⁰⁴.

b) Une pratique variable de l'autolimitation

71. – La doctrine souligne que le Conseil pratique souvent l'autolimitation, pour respecter le pouvoir législatif. À cet égard, elle se prévaut de divers éléments, de fond comme de forme, que l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle révèle souvent, mais pas toujours.

72. – Les auteurs invoquent d'abord la légèreté du contrôle de proportionnalité bien souvent opéré avant de conclure à la constitutionnalité d'une disposition. Ainsi lorsque le Conseil admet que le droit à la vie familiale ne saurait ouvrir un droit illimité au regroupement familial, et autorise le législateur par exemple à exiger que la vie familiale se déroule dans des conditions normales et à interdire à ce titre la polygamie²⁰⁵ ; ainsi lorsqu'il juge que la liberté individuelle ne fait pas obstacle à ce que la dissimulation du visage dans l'espace soit interdite à des fins d'ordre public²⁰⁶ ; ou encore que les dispositions transitoires de l'ordonnance du 4 juillet 2005 peuvent dénier aux enfants majeurs la possibilité de se prévaloir de l'effet acquisitif de nationalité française en principe attaché à la filiation maternelle²⁰⁷.

73. – La doctrine souligne aussi que le Conseil s'abstient souvent de vérifier réellement que la différence de situation invoquée au soutien d'un traitement juridique différencié est effectivement de nature à justifier la différence de traitement.

²⁰² Pour un exemple caractérisé, voir Déc. n° 99-419 DC, préc.

²⁰³ Pour un exemple de réserve d'interprétation qui retranche au texte, voir Déc. n° 2012-227 QPC, préc., le Conseil ayant décidé que la présomption prévue par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 ne pouvait s'appliquer que dans les instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration, et que, dans les instances engagées postérieurement, il appartenait au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqué (cons. 14).

²⁰⁴ Pour un exemple de réserves d'interprétation directive, dans laquelle le Conseil impose une grille de lecture aux autorités d'application, voir Déc. n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, préc., cons. 53 : « les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ». Adde Déc. n° 2012-260 QPC, préc., qui après avoir souligné que « l'article 460 du Code civil n'interdit pas le mariage de la personne en curatelle » mais « le permet avec l'autorisation du curateur », et « que le refus du curateur peut être suppléé par l'autorisation du juge des tutelles », juge que « la décision (judiciaire) prononcée après un débat contradictoire doit être motivée en fonction de l'aptitude de l'intéressé à consentir au mariage » et rappelle qu'elle « est susceptible de recours », d'où résulte que « la personne en curatelle jouit des garanties nécessaires à l'exercice effectif de ces recours » (cons. 7).

²⁰⁵ Voir ainsi Déc. n° 93-325 DC, préc., cons. 77 ; Déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, cons. 36 et 37.

²⁰⁶ Déc. n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010, Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, cons. 4 et 5.

²⁰⁷ Déc. n° 2011-186/187/188/189 QPC, préc., cons. 6.

Diverses décisions rendues en matière d'état civil²⁰⁸ ou familial²⁰⁹, l'attestent effectivement, qu'il s'agisse d'attacher des conséquences différentes au lien de couple, selon qu'il est question d'un concubinage, d'un pacs ou d'un mariage, tant en droit social²¹⁰ que fiscal²¹¹, ou d'admettre des décharges fiscales différentes selon les causes de dissolution du mariage²¹², ou de distinguer entre enfants pour appliquer une nouvelle loi admettant l'établissement de la maternité par l'acte de naissance²¹³, ou pour déterminer le nom de l'enfant²¹⁴, ou pour répartir la pension de réversion²¹⁵, ou pour fixer des droits de mutation²¹⁶, etc.²¹⁷.

À quoi l'on est tenté d'objecter, d'une part, que ce peu d'empressement du Conseil n'est pas propre à la matière du droit civil des personnes et, d'autre part, que le Conseil est parfois un peu plus sourcilieux, ce que montre très bien la décision rendue en matière de pension de réversion. Le Conseil a commencé par identifier l'objet de la pension de réversion : elle « a pour objet de compenser la perte de

²⁰⁸ Pour la capacité, voir Déc. n° 2011-136 QPC, préc., cons. 9 : « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ; que les dispositions contestées, qui laissent à la charge de la personne protégée, dans tous les cas, le coût de l'indemnité en complément susceptible d'être allouée au mandataire judiciaire à la protection des majeurs, ne méconnaissent pas le principe d'égalité ». Adde Déc. n° 2014-444 QPC, préc., cons. 5 et 9, vérifiant la constitutionnalité de l'incapacité de recevoir à titre gratuit frappant les associations simplement déclarées au regard du principe d'égalité : « en réservant la capacité d'accepter des libéralités aux seules associations déclarées "qui ont pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale", le législateur a entendu favoriser, par la loi du 23 juillet 1987, l'affectation de dons et legs à des associations déclarées en raison de l'intérêt général spécifique qu'il a reconnu à leur objet et à la nature de leur activité ; que les différences de traitement qui en résultent entre les associations déclarées sont en rapport direct avec l'objet de la loi ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté ».

²⁰⁹ J.-F. DE MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », art. cité.

²¹⁰ Ainsi du refus de la pension militaire d'invalidité au conjoint divorcé : Déc. n° 2013-324 QPC, préc.

²¹¹ Déc. n° 99-419 DC, préc., cons. 43, 45.

²¹² Déc. n° 2013-330 QPC, 28 juin 2013, Mme Nicole B.

²¹³ Il n'est pas contraire à l'égalité d'admettre des distinctions entre les enfants majeurs et les enfants mineurs pour faire produire un effet de nationalité à l'établissement de la maternité hors mariage par le seul acte de naissance : Déc. n° 2011-186/187/188/189 QPC, préc.

²¹⁴ Déc. n° 2013-669 DC, préc. La requête reprochait aux articles 357 et 363 du Code civil d'être contraires à l'égalité : alors qu'en l'absence de déclaration conjointe mentionnant le nom de l'enfant, celui-ci prendra le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun des deux adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, présentés dans l'ordre alphabétique, l'article 311-21 du Code civil ne prévoit une règle similaire pour les enfants dont la filiation est établie selon les modalités prévues par le titre VII du livre I^{er} de ce code qu'en cas de désaccord entre les parents signalé par l'un d'eux à l'officier d'état civil au plus tard au jour de la déclaration de naissance. Le Conseil constitutionnel a répondu sèchement que « cette différence de traitement ne méconnaît pas le principe d'égalité » (cons. 68).

²¹⁵ Déc. n° 2013-348 QPC, préc.

²¹⁶ Déc. n° 2013-361 QPC, préc.

²¹⁷ Adde pour l'action négatoire en nationalité française, Déc. n° 2013-354 QPC, 22 novembre 2013, Mme Chaly K., cons. 9. Adde pour le refus de prélèvement du sang de cordon ou placentaire, Déc. n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, Société Cryo-Save France, cons. 9.

revenus que le conjoint survivant subit du fait du décès de son époux fonctionnaire civil ». Puis il s'est attaché à la définition respective du concubinage, du pacs et du mariage, et à la détermination de leurs effets respectifs : « à la différence des époux, les concubins ne sont légalement tenus à aucune solidarité financière à l'égard des tiers ni à aucune obligation réciproque » ; « contrairement aux personnes vivant en concubinage, les partenaires sont assujettis à des obligations financières réciproques et à l'égard des tiers » ; mais

les dispositions du code civil ne confèrent aucune compensation pour perte de revenus en cas de cessation du pacte civil de solidarité au profit de l'un des partenaires, ni aucune vocation successorale au survivant en cas de décès d'un partenaire [;]

le régime du mariage a pour objet non seulement d'organiser les obligations personnelles, matérielles et patrimoniales des époux pendant la durée de leur union, mais également d'assurer la protection de la famille [;]

ce régime assure aussi une protection en cas de dissolution du mariage.

Il a ensuite souligné « que le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution, défini trois régimes de vie de couple qui soumettent les personnes à des droits et obligations différents ». Ce qui lui a permis de conclure que

la différence de traitement quant au bénéfice de la pension de réversion entre les couples mariés et ceux qui vivent en concubinage ou sont unis par un pacte civil de solidarité ne méconnaît pas le principe d'égalité²¹⁸.

74. – En ce sens enfin, et surtout, on souligne l'emploi, en droit civil des personnes, du joker bien connu : « je ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le législateur ».

La célèbre formule apparaît effectivement dans plus de la moitié des décisions QPC rendues en matière de droit civil des personnes²¹⁹ : ainsi lorsqu'il a écarté le grief d'atteinte au respect de l'être humain dès le commencement de sa vie pour censurer les lois relatives à l'IVG, ou à l'assistance médicale à la procréation, ou aux recherches sur l'embryon ; lorsqu'il a jugé constitutionnelle la loi limitant l'accès aux origines personnelles²²⁰, ou celle interdisant, telle qu'interprétée en jurisprudence, l'adoption simple par un partenaire pacsé de l'enfant biologique de l'autre partenaire en l'absence de mariage²²¹, ou encore, tout à la fois, celle refusant le mariage aux couples de personnes de même sexe²²² et celle leur ouvrant le mariage²²³, etc.

Mais là encore, il faut mesurer que cette modestie n'est pas systématique, comme le révèle très bien la jurisprudence relative au statut de l'embryon. La formule rituelle apparaît bien en 1975, lorsqu'il a validé la loi relative à l'interruption

²¹⁸ Déc. n° 2011-155 QPC, préc., cons. 4, 5, 6, 7, 8.

²¹⁹ J.-F. DE MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », art. cité.

²²⁰ Déc. n° 2012-848 QPC, 16 mai 2012, Mathieu E., accès aux origines personnelles, cons. 8. Adde Déc. n° 2012-268 QPC, préc., cons. 8.

²²¹ Déc. n° 2010-39 QPC, préc., cons. 9.

²²² Déc. n° 2010-92 QPC, préc., cons. 5 et 9.

²²³ Déc. n° 2013-669 DC, préc., cons. 14, 22, 49.

de grossesse²²⁴, en 1994, lorsqu'il a rejeté le grief d'inconstitutionnalité élevé à l'encontre de la disposition qui prévoyait la destruction de l'embryon congelé²²⁵, et à nouveau en 2001, lorsqu'il a jugé que le législateur n'avait pas rompu l'équilibre entre la liberté personnelle de la femme et le respect de la sauvegarde de la dignité de la personne en étendant de 10 à 12 semaines le délai pendant lequel une interruption volontaire de grossesse est autorisée²²⁶. Mais les décisions plus récentes sont moins prudentes et le Conseil constitutionnel affirme désormais la constitutionnalité des dispositions qui lui sont soumises sans s'abriter derrière les limites inhérentes à son pouvoir d'appréciation, comme l'attestent la décision rendue le 1^{er} août 2013, à propos de la loi admettant sous conditions la recherche sur l'embryon, dont il a affirmé sans s'en expliquer vraiment qu'elle ne méconnaissait pas le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine²²⁷, ou encore les décisions relatives aux lois ayant successivement assoupli l'encadrement de l'interruption volontaire de grossesse, qu'il s'agisse de la suppression de la condition de détresse, dont il a sèchement estimé en 2014 qu'elle ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle après avoir seulement rappelé que la loi réservait autrefois à la femme le soin d'apprécier seule si elle se trouvait dans cette situation²²⁸, ou de la suppression du délai d'une semaine entre la demande de la femme et la confirmation de cette demande, dont il a jugé qu'elle ne rompait pas l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la DDHC, « dès lors que l'article L. 2212-5 du code de la santé publique... fait obstacle à ce que la demande d'interruption de grossesse et sa confirmation écrite interviennent au cours d'une seule et même consultation²²⁹ ».

75. – Cela donne à penser que la jurisprudence constitutionnelle mériterait d'être analysée sous un angle sociologique : la composition du Conseil, la moindre résistance de l'opinion publique à telle ou telle nouveauté, l'attrait de telle découverte scientifique, l'essor de l'idée d'égalité et de disposition de son corps par la femme, etc., ne seraient-ils pas mieux à même d'expliquer les solutions que le respect par le Conseil du principe démocratique ?

2. Le pragmatisme du Conseil

76. – L'analyse donne également à voir le pragmatisme du Conseil²³⁰, qui semble bien souvent fixer d'abord le cap à atteindre (censurer ou non le texte déféré), puis chercher les moyens d'y parvenir.

²²⁴ Déc. n° 75-54 DC, 15 janvier 1975, cons. 1.

²²⁵ Déc. n° 94-343/344 DC, préc., cons. 9 et 10.

²²⁶ Déc. 2001-446 DC, préc., cons. 5.

²²⁷ Déc. n° 2013-674 DC, préc.

²²⁸ Déc n° 2014-700 DC, préc., cons. 4.

²²⁹ Déc. n° 2015-727 DC, préc.

²³⁰ Sur la place des considérations extrajuridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, voir par ex. P. MAZEAUD, « La place des considérations extrajuridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Erevan, 2005.

77. – L'absence de justification, la légèreté des contrôles opérés, ou le caractère peu convaincant des motifs avancés²³¹ dissimulent parfois assez mal un parti pris politique, favorable au texte²³². Quatre exemples célèbres l'illustreront²³³.

78. – Le premier exemple sera tiré de la décision rendue le 9 novembre 1999 à l'occasion de la loi relative au pacte civil de solidarité²³⁴ : on y observe que le Conseil a écarté sans aucune justification le grief de violation du principe d'égalité tenant au fait que la loi empêchait le mineur et le majeur sous tutelle de contracter un pacs et celui de la violation de la liberté individuelle résultant des empêchements institués par la loi (cons. 55) ; surtout, on y découvre un interventionnisme considérable, le Conseil ayant purement et simplement « réécrit » la loi²³⁵, pour échapper au grief d'incompétence négative, en multipliant les réserves d'interprétation (voir *infra*, n° 86).

79. – Le deuxième exemple sera tiré de la décision rendue le 17 mai 2013 au sujet de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe²³⁶, tant les motifs de la décision sont malvenus.

Refuser de créer un principe fondamental reconnu par les lois de la République (cons. 18) au motif

que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle[...] n'intéresse [pas] les droits et libertés fondamentaux²³⁷

est tout simplement absurde, et d'autant plus malvenu qu'il suffisait²³⁸ de relever que l'existence de cette règle constante concernait bien les droits fondamentaux en

²³¹ Un autre exemple peut être trouvé dans la qualification incertaine du pacte civil de solidarité (voir *supra*, n° 57). Ou être puisé dans l'affirmation par le Conseil de ce qu'il ne lui appartenait pas de remettre en cause la décision prise par le législateur de soustraire les embryons *in vitro* au principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie (Déc. n° 94-343/3444, préc., cons. 9 et 10). Vingt ans plus tard, abandon de cette soustraction, implicitement, en contrôlant la constitutionnalité de la loi encadrant la recherche par référence au principe de dignité : Déc. n° 2013-674 DC, préc. Pour quelle raison ? Mystère. Pour quel effet ? Aucun.

²³² Cf. N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., n° 312.

²³³ Adde Déc. n° 2013-361 QPC, préc. La question prioritaire faisait valoir que le refus de prise en compte de l'adoption simple, exception faite de l'adopté ayant reçu de l'adoptant des secours et des soins ininterrompus lors de sa minorité, porterait atteinte au droit de mener une vie familiale normale. Le Conseil s'est contenté de répondre que les dispositions fiscales considérées sont « sans incidence sur les règles relatives à l'établissement de la filiation adoptive prévues par le titre VIII du livre I^{er} du Code civil » et « qu'elles ne font pas obstacle aux relations entre l'enfant et l'adoptant en la forme simple » (cons. 13), alors que le droit à la vie familiale ne se résume pas au droit de faire établir un lien juridique et que l'absence d'« obstacle » à l'exercice d'un droit ne signifie pas que ce droit n'est pas atteint.

²³⁴ Décision n° 99-419 DC, préc. : le législateur « a pu, par ailleurs, sans porter non plus atteinte au principe d'égalité, ne pas autoriser la conclusion d'un pacte par une personne mineure émancipée et par une personne majeure placée sous tutelle ».

²³⁵ N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel », *JCP* 2000, I, 2010.

²³⁶ Déc. n° 2013-669 DC, préc.

²³⁷ Nous soulignons.

²³⁸ Ou encore, comme le suggérait P. Murat, de relever que l'existence d'une structure juridique pour la vie à deux constituait bien un PFRLR mais que tous les principes organisationnels n'en

ce qu'elle ouvrait la liberté de se marier aux couples de personnes de sexe différent, mais qu'elle ne s'opposait pas à une ouverture plus grande de la liberté matrimoniale.

De même refuser de faire de la dimension hétérosexuée de la filiation un principe constitutionnel (cons. 56) au motif

que la législation républicaine antérieure à la Constitution de 1946 relative aux conditions de l'adoption et aux conditions d'établissement de la maternité et de la paternité a toujours compris des règles limitant ou encadrant les conditions dans lesquelles un enfant peut voir établir les liens de filiation à l'égard du père ou de la mère dont il est issu...

et qu'il n'existe donc aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de « caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle », revient à confondre l'établissement d'une double filiation et la dimension hétérosexuée de la filiation²³⁹.

Enfin, affirmer qu'

aucune exigence constitutionnelle n'impose [...] que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique

revient à nier l'existence du modèle procréatif charnel, qui irrigue pourtant le droit positif (alors que constitutionnaliser ce modèle, qui prend appui sur l'intérêt de l'enfant²⁴⁰, n'interdisait évidemment pas d'admettre qu'il reçoive des limites), existence que le Conseil admet ensuite lui-même implicitement, lorsqu'il écarte le grief d'inconstitutionnalité en matière d'assistance médicale à la procréation. Comment expliquer une telle affirmation, inexacte et contradictoire, autrement que par la volonté du Conseil d'ouvrir la voie à une reconfiguration du droit de la filiation²⁴¹ ?

80. – Le troisième exemple tient à la décision rendue le 18 octobre 2013, sur QPC, et relative à l'absence de clause de conscience des officiers d'état civil en matière de célébration d'un mariage entre personnes de même sexe. Le Conseil écarte le grief d'inconstitutionnalité au motif, très discutable, « qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage », la loi ne portait pas « atteinte à la liberté de conscience²⁴² ». Il eût été plus convaincant de considérer que l'absence de clause de conscience portait atteinte à la liberté de conscience de l'officier d'état civil²⁴³, mais que cette atteinte était justifiée par la volonté « d'as-

étaient pas (interdit de l'inceste, de la monogamie, laïcité) (P. MURAT, « La Constitution et le mariage : Regards d'un privatiste », art. cité).

²³⁹ L. BRUNET, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *RDSS*, n° 5, septembre-octobre 2013, p. 908-918.

²⁴⁰ Sur l'analyse en droit européen, voir *infra*, n° 89.

²⁴¹ Sur quoi, voir L. BRUNET, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », art. cité.

²⁴² Déc. n° 2013-353 QPC, préc., cons. 10. Cf. la clause de conscience que le Conseil reconnaît au personnel médical en matière d'interruption de grossesse, et qu'il rattache à la liberté de conscience : Déc. n° 1974-54 DC, 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption de grossesse, cons. 8 ; Déc. n° 2001-446 DC, préc., cons. 14 et 15.

²⁴³ Cf. CEDH, *Eweida et autres c/RU*, 15 janvier 2013, req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10.

surer l'application de la loi relative au mariage » et « de garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil », finalités que le Conseil soulignait explicitement dans cette même décision. Il est tentant d'expliquer la motivation catégorique, d'une part par le refus du Conseil d'ouvrir un quelconque débat général sur la liberté de conscience des officiers d'état civil, d'autre part par un parti pris favorable à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

81. – Le quatrième et dernier exemple sera puisé dans la décision rendue le 17 novembre 2016 au sujet de la loi dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle, loi dont on sait qu'elle a accueilli dans l'ordre juridique un divorce par consentement mutuel déjudiciarisé²⁴⁴.

Les auteurs de la saisine faisaient valoir que la loi instaurant le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire rompait l'égalité entre les enfants²⁴⁵ et ne respectait pas leur intérêt, puisqu'elle se bornait à imposer une homologation judiciaire lorsque le mineur demande son audition par le juge, ce qui laissait sans protection les enfants trop jeunes pour former une telle demande. À quoi le Conseil constitutionnel a répondu que la différence de traitement existant entre les enfants (selon qu'ils étaient ou non en état de demander à être auditionné par un juge) reposait sur une différence de fait (l'existence ou l'absence de discernement²⁴⁶), et que les intérêts de leurs enfants étaient en toute hypothèse garantis par les parents investis de l'autorité parentale (« les mineurs [...] bénéficient en tout état de cause de la protection qui découle des exigences de l'autorité parentale²⁴⁷ »), argument cocasse dans une société qui traque le conflit d'intérêts, et dont il faut espérer que le Conseil n'y a pas cru lui-même !

82. – Mis bout à bout, ces divers éléments fragilisent la thèse de l'autolimitation constitutionnelle en droit civil des personnes et donnent à voir que le Conseil n'hésite pas, en droit civil des personnes, à user de la liberté de manœuvre que le contrôle de constitutionnalité instauré lui confère. On peut le regretter, au regard du principe démocratique. Encore faut-il replacer le phénomène dans le contexte contemporain général de déclin de la loi en droit civil des personnes.

B. Le contexte général du déclin de la loi en droit civil des personnes

83. – Ce déclin nous semble tenir à deux éléments : l'importance du pouvoir réglementaire d'abord (1), l'importance du pouvoir juridictionnel ensuite (2).

1. L'importance du pouvoir réglementaire en droit des personnes

84. – Chacun sait que l'article 34 de la Constitution de 1958 consacre la compétence exclusive du législateur en matière de nationalité, d'état et de capacité, et octroie à la loi le pouvoir de fixer les règles concernant les garanties fondamentales

²⁴⁴ Déc n° 2016-739 DC, préc.

²⁴⁵ Cons. 37.

²⁴⁶ Cons. 43.

²⁴⁷ *Ibid.*

accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques²⁴⁸. À quelle réalité pratique le texte conduit-il ?

85. – Il convient d'abord de souligner que le premier chef de compétence exclusive de la loi – l'état et la capacité des personnes – est notablement limité par les textes, qui attribuent la procédure civile au pouvoir réglementaire²⁴⁹, et ne permettent de soulever le grief d'incompétence négative au soutien d'une QPC « que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit²⁵⁰ ». Il faut aussi relever que de nombreuses questions n'ont pas été soumises au Conseil, pour des raisons diverses, de compétence notamment²⁵¹, alors pourtant qu'elles sont de première importance. Comment se peut-il que la définition de la mort, résulte, aujourd'hui encore, d'un décret²⁵² ? Ou que le livret de famille soit prévu et encadré par décret ? Ou que l'état civil soit largement appréhendé par des circulaires ? Surtout, il faut souligner combien cette compétence exclusive de la loi est mollement défendue par le Conseil constitutionnel. Certes, il lui arrive parfois de rappeler la compétence législative²⁵³, voire de censurer une loi abandonnant trop au règlement. Mais il lui arrive aussi d'autoriser le législateur à abandonner au pouvoir

²⁴⁸ D'où résulte que le pouvoir réglementaire ne s'y déploie que pour édicter les mesures d'application qui sont nécessaires à la mise en œuvre de ces règles. Pour une illustration de la distinction, voir Déc. n° 64-30, Loi du 17 septembre 1964.

²⁴⁹ Pour une illustration, voir par ex. au sujet des conditions de l'appel en matière d'assistance éducative, Déc. n° 66-40, Loi 8 juillet 1966, ou à propos des conditions d'identification par empreintes génétiques d'un demandeur de visa, Déc. n° 2007-557, préc., cons. 21.

²⁵⁰ Voir par ex. Déc. n° 2011-134 QPC, 17 juin 2011, Union générale des confédérations de fonctionnaires CGT et autres (réorientation professionnelle des fonctionnaires), cons. 10 et 12.

²⁵¹ Les juridictions judiciaires et administratives remédieront heureusement bien souvent à cette intrusion d'un pouvoir non habilité dans un domaine législatif. Voir par exemple en matière de nom, CE, 4 décembre 2009, n° 315818, qui a censuré la circulaire du 6 décembre 2004 qui imposait un double tiret en matière de nom et ajoutait ainsi à la loi. Adde sur la question de la délivrance d'une copie intégrale d'acte de naissance faisant apparaître le caractère adoptif de la filiation, interdite par circulaire, alors qu'aucune loi ne contenait une telle interdiction : Civ. 1, 31 mars 2016, n° 15-13147, Bulletin. Voir, aussi, au sujet de l'acte d'enfant sans vie, Civ. 1, 6 février 2008, nos 06-16499, 16-498 et 16-500.

²⁵² C'est un texte du Code de la santé publique qui définit la mort, dans le contexte du prélèvement d'organes : article R 1232-1, issu d'un décret du 2 août 2005.

²⁵³ Voir ainsi Déc. n° 2011-173 QPC, préc., cons. 3 : « il appartient au législateur de déterminer les règles de preuve applicables en matière d'établissement et de contestation des liens de filiation, notamment lors de l'exercice d'actions en justice ».

réglementaire des questions dont l'importance est pourtant considérable²⁵⁴. À l'exception d'une censure en matière d'identité et d'incapacité²⁵⁵, le grief d'incompétence négative semble avoir été souvent rejeté²⁵⁶, alors même qu'il était parfois pertinent de reprocher au législateur de ne pas avoir exercé sa compétence.

86. – Trois exemples en convaincront.

Le 2 juin 2017, le Conseil écartait le grief d'incompétence négative formulé, sur QPC, contre les textes du Code de la santé publique qui encadrent la décision d'arrêt des soins, en renvoyant à un décret l'organisation de la procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté, et en ne prévoyant aucune voie de recours contre la décision²⁵⁷. Certes la procédure relève du pouvoir réglementaire ! Mais comment ne pas voir que les questions de procédure sont ici d'une telle importance qu'elles atteignent en réalité la substance même des libertés individuelles et droits fondamentaux²⁵⁸ ?

Le 17 novembre 2016, il écartait ce même grief formulé à l'encontre de la loi dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle²⁵⁹ qui accueillait un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire sans prendre le soin de protéger le mineur dépourvu de discernement (cons. 47), la haute juridiction ayant répondu qu'il existait des garanties suffisantes (cons. 51 et 52) pour assurer la protection de l'enfant²⁶⁰.

²⁵⁴ L'article 34 de la Constitution de 1958 prévoit par ailleurs que la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, ce qui inclut en réalité, vu le sens de cette qualification, diverses libertés et prérogatives civiles (droit à la vie privée, droit à la présomption d'innocence, droit à l'intégrité du corps, liberté de conscience, etc.). Mais ce chef de compétence exclusive ne semble pas davantage conduire à de nombreuses censures : voir ainsi la question de l'encadrement de la recherche sur l'embryon, jugé suffisant pour que soit respectée le principe de dignité de la personne : Déc. n° 2013-674 DC, préc., cons. 6, 8, 12, 13 et 17 ; adde Déc. n° 2015-727 DC, préc., cons. 85. À titre d'exemple de censure, pour incompétence négative et atteinte au droit à la vie privée, V. Déc. n° 2012-652 DC, préc. La loi votée permettait d'intégrer à la carte d'identité des données, conservées séparément, permettant à son titulaire de s'identifier sur les réseaux de communications électroniques et de mettre en œuvre sa signature électronique. La censure est intervenue notamment parce que le texte ne précisait ni la nature des « données » au moyen desquelles ces fonctions pouvaient être mises en œuvre ni les garanties assurant l'intégrité et la confidentialité de ces données, ni les conditions dans lesquelles s'opérait l'authentification des personnes mettant en œuvre ces fonctions, notamment lorsqu'elles étaient mineures ou bénéficiaient d'une mesure de protection juridique (cons. 14).

²⁵⁵ Déc. n° 2012-652 DC, préc.

²⁵⁶ Pour des illustrations d'un tel rejet en droit des étrangers, voir Déc. n° 2007-557 DC, préc., cons. 20 et 21 ; Déc. n° 2006-542 DC, préc., cons. 17 ; Déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, cons. 6 ; Déc. n° 2003-484 DC, préc., cons. 11.

²⁵⁷ Déc. n° 2017-632 QPC, préc.

²⁵⁸ Pour la critique de la décision, voir X. BIOY, « Le Conseil constitutionnel et l'arrêt des traitements médicaux – Les sophistes face à la mort de Socrate », *AJDA*, n° 33, 9 octobre 2017, p. 1908-1911.

²⁵⁹ Adde Déc. n° 2016-745 DC, préc., cons. 85, et le rejet du grief tenant à l'insuffisante précision de la notion d'identité de genre au regard du principe de légalité des peines et la réponse faite, le Conseil jugeant que l'intention législative et le droit européen éclairaient suffisamment cette notion.

²⁶⁰ Ce qui est inexact s'agissant de l'enfant dépourvu de discernement, les seules garanties résidant, d'une part, dans la protection de cet intérêt dévolue aux parents eux-mêmes (dévolution

Mais sans doute le cas le plus célèbre est-il la décision rendue le 9 novembre 1999 au sujet de la loi relative au pacte civil de solidarité, le Conseil constitutionnel ayant validé un texte auquel manquaient pourtant de nombreuses précisions (notion de vie commune, notion et modalités de l'aide mutuelle et matérielle, nature de la nullité encourue en cas de violation des empêchements à pacs, portée de l'indivision, étendue de la solidarité, formes à respecter, etc.), le quitus constitutionnel ayant été obtenu au moyen de réserves d'interprétation nombreuses et conséquentes (sur lesquelles voir *supra*, n° 78)²⁶¹, ou en renvoyant au pouvoir réglementaire des questions pourtant essentielles pour la vie privée des intéressés²⁶².

87. – Ce peu de considération pour la compétence législative étonne, alors que les questions d'état et de capacité sont trop importantes pour être abandonnées au pouvoir réglementaire : c'est l'institution du sujet, dans sa personnalité, son état, sa capacité, ses libertés, qui détermine son statut civil.

2. L'importance du pouvoir juridictionnel en droit des personnes

88. – Il est tentant de relativiser la portée de la jurisprudence constitutionnelle, tant il est vrai que le contexte contemporain de la fondamentalisation du droit donne à voir un phénomène général de juridictionnalisation du droit et révèle aussi les limites du rôle du Conseil, au regard d'autres jurisprudences.

a). Jurisprudence constitutionnelle et jurisprudence européenne

89. – C'est naturellement du côté de la jurisprudence de la Cour européenne que le regard se porte en premier lieu. Divers exemples attestent l'existence effective d'un dialogue des juges²⁶³ et montrent que le Conseil et la Cour adoptent bien souvent des solutions comparables : accouchement sous X²⁶⁴, mariage entre couple de personnes de même sexe²⁶⁵, adoption au sein d'un couple de personnes de même

aberrante au regard du conflit d'intérêts dans lequel ils se trouvent) et, d'autre part, dans le pouvoir judiciaire de modification des dispositions conventionnelles relatives à l'enfant.

²⁶¹ Déc. n° 99-419 DC, préc., cons. 22.

²⁶² Ainsi s'agissant du comblement des lacunes de la loi sur la publicité du pacte civil de solidarité, voir cons. 34 à 36.

²⁶³ Sur « le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel », *i. e.* le fait pour le Conseil de s'inspirer de la jurisprudence de la Cour EDH pour créer des droits nouveaux, voir O. DUTHELLET DE LAMOTHE, « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel », VI^e Congrès mondial de droit constitutionnel, Santiago du Chili, 16 janvier 2004, consultable sur le site du Conseil constitutionnel [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/comparatif.pdf] Cf. A. GOUTTENNOIRE, « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, *La Constitution et le droit des personnes et de la famille*, avril 2013, p. 63-77 [<https://www.cairn.info/revue-nouveaux-cahiers-conseil-constitutionnel-2013-2-page-63.html>] On observera en ce sens que les décisions de la Cour EDH sont le plus souvent citées dans le dossier de la décision du Conseil, et inversement.

²⁶⁴ Cf. CEDH, affaire Odièvre c/ France, req. n° 42326/98, 13 février 2003 ; CEDH, Kearns c/ France, 10 janvier 2008, 35991/04 ; Déc. n° 2012-248 QPC, préc.

²⁶⁵ CEDH, Schalk et Kopf c/ Autriche, 24 juin 2010, n° 30141/04.

sexe²⁶⁶, etc. Mais sur de nombreuses questions, les jurisprudences diffèrent, la jurisprudence du Conseil semblant dans l'ensemble²⁶⁷ en retrait par rapport à celle de la Cour, par exemple en matière de filiation, où la Cour favorise la réalité biologique²⁶⁸, quand le Conseil refuse d'y voir un quelconque modèle²⁶⁹, ou encore en matière de droit à la vie familiale, la Cour n'hésitant pas à protéger à ce titre une simple réalité familiale factuelle, quand le Conseil s'en tient au droit à une « vie familiale normale », ou encore par exemple en matière d'égalité, le Conseil constitutionnel s'en tenant à une approche assez formelle (en ce sens que l'égalité n'impose pas de traitement différent des situations différentes²⁷⁰), quand la Cour semble plus favorable à une approche différentialiste.

90. – De surcroît, et au-delà des divergences éventuelles de solutions, la richesse de la jurisprudence européenne en droit des personnes et de la famille dépasse – et de loin ! – celle du Conseil : est-il besoin de rappeler tout ce que le droit civil contemporain des personnes doit, directement ou indirectement, à la Cour européenne en matière de transsexualisme, d'égalité successorale entre les enfants²⁷¹, de statut de la personne en fin de vie, de filiation, et notamment de filiation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation, etc. Les évolutions récentes les plus importantes du droit civil des personnes sont venues de Strasbourg et non de la rue de Montpensier.

²⁶⁶ CEDH, Gas et Dubois, 31 août 2010, n° 25951/07.

²⁶⁷ Contra, le refus d'un droit au divorce par la CEDH : Johnston et autres c/ Irlande, 18 décembre 1986, n° 9697/82, § 52-54.

²⁶⁸ Sur quoi, voir CEDH, Mikulic c/ Croatie, 7 février 2002, n° 53176/99 ; CEDH, Odièvre c/ France, 13 février 2003, n° 42326/98 ; CEDH, Pascaud c/ France, 16 juin 2011, n° 19535/08. Adde par ex. *infra*, n° 93, la jurisprudence citée en matière de gestation pour autrui.

²⁶⁹ D'où une vraisemblable divergence à l'égard de l'encadrement de l'expertise génétique aux fins d'identification par l'art. 16-11, encadrement jugé conforme à la Constitution par le Conseil aux motifs « qu'en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts » (cons. 6) et « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain », d'où résultait que « les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale doivent être écartés » (Déc. n° 2011-173 QPC, préc.), quand la Cour européenne estime pour sa part que « la protection des intérêts du père présumé ne saurait constituer à elle seule un argument suffisant pour priver le requérant de ses droits au regard de l'article 8 de la Convention » (CEDH, Pascaud c/ France, 16 juin 2011, req. n° 19535/08, et 61 *sqq.*).

²⁷⁰ Illustration en droit civil des personnes : Déc. n° 2011-136 QPC, préc., cons. 9 : « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ; que les dispositions contestées, qui laissent à la charge de la personne protégée, dans tous les cas, le coût de l'indemnité en complément susceptible d'être allouée au mandataire judiciaire à la protection des majeurs, ne méconnaissent pas le principe d'égalité ».

²⁷¹ CEDH, Mazurek c/ France, 1^{er} février 2000, n° 34406/97 ; adde Civ. 1, 22 mars 2017, n° 16-13946.

91. – Les raisons sont multiples, tenant aux conditions différentes de la saisine des juridictions (filtre politique ou juridictionnel ou accès direct du citoyen ; limitation temporelle de la saisine avant promulgation ; etc.)²⁷², à leur composition (proximité avec le pouvoir politique, compétence juridique ou non), à leur nature (plus ou moins juridictionnelle), au contenu et à l'origine des textes de référence (le bloc de constitutionnalité arme naturellement moins solidement le Conseil que les textes de la CEDH et de la CIDE)²⁷³, au pouvoir effectif de sanction (le Conseil peut abroger la loi, ou imposer une réserve d'interprétation, quand la Cour peut seulement ordonner une satisfaction équitable), etc.

92. – Il est possible que la portée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel grandisse avec la QPC et qu'une jurisprudence plus audacieuse apparaisse, à terme, rapprochant davantage le Conseil de la Cour. Encore faudra-t-il lever certains freins, et notamment celui tenant au filtre juridictionnel des QPC. Ce qui porte à mettre la jurisprudence du Conseil constitutionnel en regard de celle des juges ordinaires.

b) Jurisprudence constitutionnelle et jurisprudences « ordinaires »

93. – La jurisprudence des juges ordinaires ne porte-t-elle pas, elle aussi, à relativiser l'impact de celle du Conseil constitutionnel ?

L'exemple de la dignité est sans doute assez révélateur de la distance qui peut séparer les juges ordinaires du juge constitutionnel, tant il est vrai que la timidité du Conseil constitutionnel n'a pas empêché le Conseil d'État, en cas de besoin, d'interdire tel ou tel spectacle en faisant de la dignité l'une des composantes de l'ordre public²⁷⁴, ou d'admettre la responsabilité de l'État pour conditions d'incarcération contraires à la dignité humaine²⁷⁵.

De façon plus générale, on soulignera que la jurisprudence européenne semble jouer auprès des juridictions ordinaires d'une plus grande considération que la jurisprudence constitutionnelle. À preuve la fréquente invocation des textes européens, voire de la jurisprudence européenne, au soutien de telle décision interne, et l'absence quasi systématique de référence aux textes constitutionnels et à leur interprétation par le Conseil, comme l'illustre excellemment l'exemple de la liberté d'information²⁷⁶. À preuve l'alignement fréquent de la jurisprudence civile sur les

²⁷² Le Conseil n'a ainsi jamais été saisi de la question de l'égalité dans l'attribution du nom. Cf. CEDH, *De Ram c/ France*, 27 août 2013, n° 38275/10, validant les dispositions transitoires de la loi du 4 mars 2002 ; Civ. 1, 24 février 2011, n° 10-40067, refusant de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel. Pour l'heure, le Conseil n'a été saisi que de la question de la différence de traitement de l'adoption et de la filiation du titre 7 : Déc. n° 2013-669 DC, préc.

²⁷³ Le nom de l'enfant, son droit à être élevé par ses parents, la vie privée du sujet, sont ainsi visés par les textes internationaux et sans équivalent dans l'ordre constitutionnel.

²⁷⁴ Voir ainsi CE, Assemblée, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang sur Orge*, req. 136727 ; CE, ord. 5 janvier 2007, *Ministre de l'intérieur c/ Association Solidarité des Français*, req. 300311 ; Adde dans la longue série des décisions rendues au sujet des spectacles Dieudonné, CE, ord. 9, 10 et 11 janvier 2014, req. 35-4708, 35-4728, 37-4552 ; cf. CE, ord. 6 février 2015, req. 38-7726, ord. 13 novembre 2017, req. 41-5400.

²⁷⁵ Voir ainsi CE, 13 janv. 2017, req. 38-9711. Cf. CEDH, *Kudla c/ Pologne*, 26 octobre 2000, n° 30/21096.

²⁷⁶ La Cour préfère se fonder sur l'article 10 de la Conv. EDH (ex. Civ. 1, 29 mars 2017, n° 15-28813 ; Civ. 1, 2 juillet 2014, n° 13-21929), voire sur la jurisprudence de la Cour EDH (Civ. 1,

interprétations de la Cour européenne, comme l'illustre remarquablement la notion de vie privée²⁷⁷. À preuve, également, la relative liberté que la Cour de cassation manifeste à l'égard des motifs qui ne viennent pas au soutien du dispositif d'une décision du Conseil : si elle respecte scrupuleusement les décisions qui déclarent telle ou telle disposition inconstitutionnelle²⁷⁸, elle semble en revanche peu soucieuse des motifs qui n'en sont pas le soutien nécessaire. L'exemple de l'enfant issu d'une assistance à la procréation interdite (GPA, couple de personnes de même sexe, personne célibataire, etc.) l'illustre bien : alors que le Conseil avait suggéré de sanctionner une éventuelle fraude à la loi sur l'assistance médicale à la procréation²⁷⁹, la jurisprudence civile se dirige à petits pas vers une pleine reconnaissance des deux liens de filiation à l'égard des parents commanditaires, qu'ils soient ou non auteurs biologiques de l'enfant²⁸⁰, sous l'inspiration plus ou moins directe de la CEDH²⁸¹.

94. – La situation s'expliquait sans doute, hier, par l'ouverture étroite du contrôle de constitutionnalité : le Conseil d'État et la Cour de cassation étaient naturellement peu soucieux d'une jurisprudence constitutionnelle dont les effets se faisaient sentir avant la promulgation d'une loi, alors qu'ils avaient le pouvoir, et le devoir, d'assurer la supériorité des conventions internationales sur les textes internes. Mais le phénomène semble perdurer aujourd'hui, l'ouverture de la question prioritaire de constitutionnalité n'ayant semble-t-il rien enlevé de l'attrait que le contrôle de conventionnalité revêtait, hier, pour les juges « ordinaires ». À cela, plusieurs raisons peuvent sans doute être avancées : le poids des habitudes ; les limites de la formation universitaire, et le temps nécessaire pour maîtriser la technique du contrôle de constitutionnalité ; la composition critiquée du Conseil constitutionnel, et le moindre crédit qui s'attache, en conséquence, à ses décisions ; etc. Mais il est vraisemblable aussi que la diversité des pouvoirs conférés au juge par les deux contrôles, de conventionnalité d'une part, de constitutionnalité d'autre part, n'incite guère les juges ordinaires à aider à la montée en puissance du Conseil. Parce que la question prioritaire de constitutionnalité investit seulement les juges

1 mars 2017, n° 15-22946), plutôt que sur les textes constitutionnels, et ce alors même qu'elle adopte des solutions très proches de celles du Conseil, qui protège cette liberté à raison de sa conformité à l'intérêt général, et l'appréhende à la fois du côté de l'informateur et du côté de l'informé (N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 34 *sqq.*).

²⁷⁷ S. CANAS, « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du Code civil », art. cité.

²⁷⁸ Voir par ex. Déc. n° 2012-261 QPC, préc., cons. 7, et Civ. 1, 1 juin 2017, n° 16-13441. Déc. n° 2011-159, préc., et Civ. 1, 27 sept. 2017, n° 16-17198.

²⁷⁹ Voir Déc. n° 2013-669 DC, préc. : aux requérants, qui invoquaient le fait que les dispositions législatives incitaient à la fraude au mariage (cons. 28) et à l'assistance médicale à la procréation et à la gestation pour autrui (cons. 48), ce qui méconnaissait selon eux le principe de sécurité juridique, le Conseil a répondu « qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques » (cons. 30 et 58).

²⁸⁰ Cour de cassation, avis du 22 septembre 2014, n°s 14-70006 et 14-70007 ; Ass. plén., 3 juillet 2015, n°s 14-13205 et 14-21323 ; Ass. plén., 5 juillet 2017, n°s 16-20052, 16-16901, 16-50025, 15-28597, 16-16455, et 16-16495 ; Civ. 1, 29 nov. 2017, n° 16-50061.

²⁸¹ CEDH, *Mennesson et Labassee c/ France*, 26 juin 2014, n°s 65192/11 et 65941/11 ; *Foulon et Bouvet c/ France*, 21 juillet 2016, n°s 9063/14 et 10410/14 ; *Laborie c/ France*, 19 janvier 2017, n° 44024/13. Mais cf. CEDH, Grande chambre, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, 24 janvier 2017, n° 25358/12.

ordinaires du pouvoir de filtrer les QPC et de ne transmettre que les questions nouvelles et sérieuses, elle les habilite à opérer un premier tri mais leur interdit de censurer eux-mêmes la disposition ; tout au contraire, le contrôle de conventionnalité les autorise à écarter telle disposition jugée contraire aux droits fondamentaux. En outre, le contrôle de conventionnalité s'exerçant au cas par cas donne aux juges « ordinaires » le pouvoir de faire du « sur mesure », *i. e.* d'écarter l'application de telle disposition dans telle affaire, sans pour autant la faire définitivement et abstraitement disparaître de l'ordre juridique, alors que le renvoi de telle question au Conseil constitutionnel risque de conduire au tout ou rien, *i. e.* au maintien ou à la censure (et donc à l'abrogation) de la disposition. On mesure alors combien il peut être tentant pour les juges ordinaires de ne pas transmettre de QPC au Conseil, et de se réserver le pouvoir d'écarter, dans une affaire donnée, sur le fondement des textes européens, la disposition au sujet de laquelle la QPC avait été présentée.

95. – Divers exemples donnent à voir cette supériorité du contrôle de conventionnalité en droit civil des personnes.

Ainsi de l'interdit de l'inceste dans le droit du couple²⁸² : jugée d'intérêt général par le Conseil constitutionnel en matière de pacs²⁸³, l'interdiction a été remise en question dans le mariage par la Cour européenne (qui a condamné la législation anglaise, très proche de son homologue française s'agissant de l'interdit du mariage entre alliés en ligne directe)²⁸⁴ et la Cour de cassation a suivi le pas, de façon sélective, en rendant deux décisions, l'une écartant la nullité d'un mariage incestueux par égard pour le droit à la vie privée et familiale, au motif « que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans²⁸⁵ », l'autre annulant l'union matrimoniale²⁸⁶, dans deux situations de fait qui n'étaient finalement pas si différentes, ce qui donne bien à voir la grande marge d'appréciation qu'un contrôle de proportionnalité appliqué *in casu* offre au juge « ordinaire ».

En droit de la filiation, on soulignera dans la même perspective que la Cour de cassation, d'une part procède sur le terrain conventionnel à la mise en balance du droit à la vie privée, qui fonde le droit à faire établir juridiquement une filiation fondée sur la parenté biologique, et des intérêts protégés par les limites que le droit français assigne au fondement biologique en matière de filiation juridique²⁸⁷, mais, d'autre part s'abstient souvent de transmettre les QPC au Conseil, au motif que le grief n'est pas sérieux, ou qu'il n'est pas nouveau. La conformité de l'article 333 du Code civil aux droits fondamentaux est un excellent exemple de cette « duplicité »

²⁸² Cf. s'agissant de l'interdit de la bigamie, Civ. 1, 4 mai 2017, n° 17-40026.

²⁸³ Déc. n° 99-419 DC, préc., cons. 55, 74.

²⁸⁴ CEDH, B. et L. c/ RU, 13 sept. 2015, n° 36536/02, Dr. fam. 2005, n° 234.

²⁸⁵ Civ. 1, 4 décembre 2013, n° 12-26066.

²⁸⁶ Civ. 1, 8 décembre 2016, n° 15-27201.

²⁸⁷ Voir ainsi le contrôle de conventionnalité de l'article 320 (Civ. 1, 5 octobre 2016, n° 15-25507) ou de l'article 321 (Civ. 1, 9 novembre 2016, n° 15-25068).

de la Cour de cassation, refusant de transmettre²⁸⁸ mais contrôlant elle-même la conventionnalité concrète²⁸⁹.

Et bien d'autres exemples pourraient être donnés de cette suprématie de la jurisprudence européenne sur la jurisprudence constitutionnelle devant les juridictions « ordinaires »²⁹⁰ : admission de l'exportation en Espagne de gamètes recueillies en France au sein d'un couple pour prévenir l'éventuelle stérilité risquant d'affecter le mari atteint d'une grave maladie, au profit d'une femme souhaitant recourir après le décès de son époux à une assistance médicale à la procréation, au motif de l'atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale résultant de l'interdit légal d'une assistance *post-mortem*²⁹¹ ; création d'une action en reconnaissance d'une ascendance génétique sur le fondement de l'article 8 de la CEDH²⁹².

96. – Qu'on y voit un moyen déloyal de garder la main ou le moyen efficace d'éviter une solution radicale (inconstitutionnalité abstraite de la disposition aboutissant à son abrogation), la question est la même : la jurisprudence constitutionnelle ne risque-t-elle pas de rester seconde en droit des personnes, et même doublement seconde : seconde par rapport à la jurisprudence européenne d'abord, seconde par rapport à la jurisprudence « ordinaire » ensuite ?

97. – En somme, il est permis de penser que, si la jurisprudence constitutionnelle participe de la modification de l'ordonnancement formel du droit civil des personnes, c'est d'une part directement parce qu'elle confère au juge constitutionnel le pouvoir de dire la norme et d'autre part indirectement parce qu'elle participe de la déconstruction du mythe de la loi toute puissante et de la construction du mythe du juge tout puissant. Mais, en pratique, c'est bien, pour l'heure, à Strasbourg, que se fait et se défait le droit civil des personnes, avec le soutien appuyé des juges « ordinaires ».

98. – Parvenu au terme de cette étude, que conclure ? Que la jurisprudence constitutionnelle enrichisse le droit civil des personnes, en ajoutant aux normes et en les rehaussant, est acquis. Mais cet enrichissement va de pair avec une déformation du droit civil des personnes, car la jurisprudence constitutionnelle s'inscrit en marge de l'ordonnancement théorique de ce droit, et participe du bouleversement de ses sources, en donnant à voir un juge aux pouvoirs considérables. Sans doute ce double phénomène de promotion-déformation est-il pour l'heure dépourvu de conséquences pratiques importantes, les solutions de fond du droit civil des personnes demeurant pour l'essentiel inchangées. Mais si le Conseil constitutionnel

²⁸⁸ Civ. 1, 24 février 2011, n° 10-40068 : « l'article 333 du Code civil, qui régit les conditions et les délais de l'action en contestation de la filiation, répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les personnes bénéficiant d'une possession d'état, en distinguant selon la durée de celle-ci, afin de stabiliser leur état, dans un but d'intérêt général et en rapport avec l'objet de la loi qui a recherché un équilibre entre les composantes biologique et affective de la filiation, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés ».

²⁸⁹ Civ. 1, 6 juillet 2016, n° 15-19853 ; cf. Civ. 1, 1er février 2017, n° 15-27245 ; Civ. 1, 10 juin 2015, n° 14-20790.

²⁹⁰ Adde Déc. n° 2013-361 QPC, préc., et Com., 6 mai 2014, 13-13301 et 13-13302 ; Déc. n° 2012-268 QPC, préc. et Civ. 1, 9 avril 2013, 11-27071.

²⁹¹ CE, Assemblée, 31 mai 2016, Mme Gonzales-Gomez, n° 396848.

²⁹² Civ. 1, 13 novembre 2014, n° 13-21018. Mais cf. Civ. 1, 14 mars 2018, n° 17-12060.

suit l'exemple de la Cour européenne²⁹³, il risque fort, demain, de ne plus être, pour le droit civil des personnes, qu'un tigre de papier.

Dominique Fenouillet

Professeur de droit privé, Directrice du Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon-Assas.

²⁹³ La doctrine soulignait l'influence limitée qui était la sienne en droit civil il y a une quinzaine d'années : A. DEBET, *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.

Quelle « constitutionnalisation » pour le droit civil des contrats* ?

1. Qu'il nous soit tout d'abord permis de remercier très chaleureusement les organisateurs de ce colloque, non seulement de nous avoir convié à participer à ces deux journées de réflexion sur l'impact de la jurisprudence constitutionnelle sur les différentes branches du droit, mais également, et surtout, d'avoir souhaité donner à ces journées une tonalité *critique*, qui devait permettre de discuter, non seulement la pertinence, mais également la réalité même de cette fameuse « constitutionnalisation » des branches du droit prophétisée par les pères du droit constitutionnel moderne.

Pour permettre la discussion, les organisateurs nous ont demandé d'être, non seulement « critique », mais également « bref ». Nous ne pourrions que satisfaire ces deux exigences, la première par goût, la seconde par nécessité, le thème de notre intervention ne pouvant excuser aucune longueur. En effet, il nous a été demandé « d'évaluer l'importance des changements provoqués par la jurisprudence du Conseil, que soient affectées les notions elles-mêmes ou seulement les solutions qui prévalaient auparavant ». Or, disons-le d'emblée, pour le droit civil des contrats, ces changements sont insignifiants, pour ne pas dire inexistantes. Avant d'en rendre compte, il faut s'arrêter un instant sur la réalité du phénomène dit de « constitutionnalisation du droit », tant elle permet d'expliquer, pour une large part, le résultat de notre petite enquête empirique.

2. La « constitutionnalisation » du droit, c'est essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, cela a déjà été rappelé lors des interventions précédentes, sa « fondamentalisation ». Ce n'est pas la Constitution *stricto sensu*, mais bien les droits, libertés ou principes fondamentaux, inscrits ou découverts dans le « bloc de constitutionnalité », qui sont susceptibles d'influencer les différentes branches du droit. Or, mais cela a également été rappelé, la « constitutionnalisation » n'est qu'une des deux voies, sans doute pas la principale d'ailleurs, de la « fondamentalisation » du droit.

On songe bien sûr à la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'influence sur le droit français n'est plus à démontrer. Il faut dire que cette dernière dispose d'avantages concurrentiels non négligeables par rapport à la Constitution. Premier atout : la Convention, à la différence de la Constitution, est placée entre les mains de tous les juges, de tous les ordres, de tous les degrés, du système juridique français. Second avantage, qui nous ramène à notre sujet : à la différence de

* La forme orale et abrégée de l'intervention a été conservée.

la Constitution, la Convention permet le contrôle, non seulement vertical, de la loi du contrat, mais également horizontal, de la loi des parties, c'est-à-dire du contrat lui-même. Ce sont donc, non seulement les articles du Code, mais également les clauses du contrat qui peuvent être écartées au nom de la Conv. EDH.

Certes, l'instauration de la QPC a offert un second souffle à la « constitutionnalisation du droit ». D'abord, en organisant un contrôle, sinon décentralisé, du moins déconcentré, à travers le filtrage et le pré-contrôle de constitutionnalité qu'il impose aux cours et tribunaux. Ensuite, et surtout, en permettant l'examen, non seulement des lois antérieures à 1971, mais également de la jurisprudence qui les avait complétées, ce qui n'est évidemment pas sans conséquence pour notre sujet. En effet, rappelons-le, jusqu'à la récente réforme de février 2016, le droit civil des contrats avait encore son siège légal dans les textes du Code civil de 1804. C'est dire que le droit vivant des contrats, l'interprétation prétorienne des articles 1101 et suivants, demeurait *a priori* à l'abri de toute « constitutionnalisation ». Cette affirmation doit toutefois être nuancée, car, si le Conseil n'a pu connaître des *règles* du droit des contrats, il a tout de même eu l'occasion de se prononcer sur certains de ses *principes*. Toutefois, loin de renouveler ou de perturber la matière, il s'est alors contenté de « constitutionnaliser » l'existant. En permettant l'examen des règles contractuelles, la QPC a-t-elle changé cet état de fait ou de droit ? A-t-on assisté, depuis 2009, à un début de « constitutionnalisation » du droit des contrats ? Il s'en faut de beaucoup. Seules quelques dispositions ont été soumises à la question. Toutes en sont sortie indemnes.

Consécration des principes (I). Imperméabilité des règles (II). Tel est donc le modeste bilan de la « constitutionnalisation » du droit civil des contrats. Nous nous contenterons de l'illustrer brièvement, avant de nous interroger, en guise de conclusion, sur la ou les raisons de cette apparente immunité constitutionnelle.

I. LA CONSÉCRATION DES PRINCIPES

3. Pour illustrer le premier mouvement, la consécration des principes, il n'est sans doute pas de meilleur exemple que celui de la *liberté contractuelle*. D'abord, car il s'agit du principe cardinal du droit des contrats, comme l'a récemment confirmé l'ordonnance du 10 février 2016, en le plaçant en tête du nouveau *corpus* contractuel (C. civ., art. 1102). Ensuite, car cette « constitutionnalisation » s'est opérée par étapes, laissant transparaître les premières hésitations du Conseil. Le premier temps fut celui de la *négation* : « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit la liberté contractuelle » commença par affirmer le Conseil¹. Le deuxième temps fut celui de la *protection* indirecte : tout en affirmant que « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle », le Conseil a considéré que sa méconnaissance pouvait être invoquée lorsqu'elle portait « atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis² ». Le troisième temps fut celui de la *consécration* : depuis le début des années 2000, le Conseil rappelle en effet régulièrement que le principe de liberté contractuelle découle de l'article 4 de

¹ CC, 3 août 1994, n° 94-348 DC.

² CC, 20 mars 1997, n° 97-388 DC.

la DDHC³. Le quatrième temps pourrait être celui de l'*affinement*, le Conseil ayant plus récemment pris le soin de détailler le contenu de ce principe, en consacrant deux de ces facettes : la liberté de choisir son cocontractant et la liberté de déterminer le contenu du contrat⁴. Mais, comme le nouvel article 1102 du Code civil le rappelle, ce principe n'est naturellement pas un principe absolu : il peut connaître des limitations légales. Telle est d'ailleurs la seule et véritable mission du Conseil : s'assurer que ces limitations sont, non seulement justifiées par l'intérêt général, mais également proportionnées à l'objectif poursuivi. Encore doit-on observer, à la suite d'un auteur, que l'étude de sa jurisprudence laisse apparaître que la protection constitutionnelle de la liberté contractuelle « est marginale et peu contraignante pour le législateur⁵ ». Le même constat peut d'ailleurs être opéré pour l'autre principe directeur du droit des contrats : la *force obligatoire des conventions*, c'est-à-dire le respect des prévisions contractuelles, que le Conseil rattache également au principe de liberté contractuelle⁶.

4. Dans quelques décisions rares, mais remarquées, le Conseil constitutionnel a toutefois eu l'occasion de consacrer des « principes fondamentaux du droit des contrats », qui s'éloignaient des principes directeurs (la liberté et la sécurité), pour se rapprocher des règles applicables aux conventions. Dans sa décision du 9 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité, le Conseil a ainsi affirmé que la liberté garantie par l'article 4 de la DDHC justifiait « qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties », et que, « à cet égard, il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis⁷ ». Ce considérant constitutionnel est un mini-cours de droit civil : il consacre, non seulement le principe de libre résiliation des contrats à durée indéterminée (C. civ., art. 1211), mais également ses conditions, et notamment le

³ CC, 19 déc. 2000, n° 2000-437, DC ; CC, 11 déc. 2003, n° 20006-486, DC ; CC, 1^{er} juillet 2004, n° 2004-497 DC ; CC, 27 janv. 2012, n° 2011-213 DC.

⁴ CC, 13 juin 2013, n° 2013-672 DC.

⁵ N. MOLFESSIS, « Le contrat », *Rev. Lamy Droit des affaires*, , supplément, 55, *L'entreprise et le droit constitutionnel*, 2010, p. 45 sq. ; sur ce constat, voir aussi G. CANIVET, « Le Conseil constitutionnel et le contrat. Variations sur la "discrétion" », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010, p. 75 sq. Pour un exemple récent, voir CC, 12 janv. 2008, n° 2017-685 QPC, *Fédération bancaire française*, qui valide l'ouverture d'un droit de résiliation annuelle des contrats d'assurance-emprunteur déclaré applicable aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi.

⁶ Sur ce point, voir P.-Y. GADHOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2011, p. 51 sq. Pour une décision de censure, voir CC, 7 janv. 2016, n° 2015-511 QPC, *Société Carcassonne Presse Diffusion SAS*, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 52, p. 109 sq., obs. T. Piazzon.

⁷ CC, 9 nov. 1999, n° 99-419 DC.

respect d'un préavis⁸, ainsi que sa limite, à travers le rappel de la sanction de la rupture abusive⁹.

En définitive, s'il est exact d'affirmer que le Conseil constitutionnel a développé une *jurisprudence en matière contractuelle*¹⁰, on doit immédiatement ajouter que cette œuvre prétorienne est restée *sans conséquence sur le droit civil des contrats*, le Conseil s'étant contenté de « constitutionnaliser » certains des principes les mieux acquis de la matière. En restant ainsi à la surface des choses, aussi « fondamentale » soit-elle, la jurisprudence constitutionnelle n'a exercé *aucune influence* sur le contenu et l'application quotidienne des multiples règles qui gouvernent la vie des contrats civils. Tel est le premier bilan, pour le moins modeste, de la « constitutionnalisation » du droit des contrats.

Mais il est vrai que son âge canonique l'a longtemps mis à l'abri de tout contrôle (direct) du Conseil. En permettant l'examen des articles 1101 et suivants du code civil, la QPC n'allait-elle pas offrir un second souffle ou une seconde chance à la constitutionnalisation du droit des contrats ? Comme certains auteurs avaient pu le pressentir¹¹, il n'en fut rien : les dix années de mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ont au contraire confirmé l'imperméabilité des règles contractuelles aux exigences constitutionnelles.

II. L'IMPERMÉABILITÉ DES RÈGLES

5. Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, les juges du quai de l'Horloge ont eu à connaître d'une dizaine de questions touchant, de près ou de plus loin, le droit civil des contrats. À notre connaissance, une seule d'entre elles est parvenue à franchir la Seine. La disposition en cause était l'article 414-2 du Code civil, qui fixe les conditions dans lesquelles un héritier peut agir en nullité d'un acte à titre onéreux conclu par son auteur insane. La première chambre civile a estimé que la question présentait un caractère sérieux « en ce que les restrictions apportées à l'action en nullité d'un acte à titre onéreux, engagée par des héritiers pour cause d'insanité d'esprit de leur auteur, lorsque celui-ci n'a pas été placé sous sauvegarde de justice ou que n'a pas été demandée une mesure de protection, pourraient être considérées comme portant une atteinte disproportionnée au droit d'agir en justice¹² ». Ce grief d'inconstitutionnalité a toutefois été rejeté par le Conseil constitutionnel. Il a tout d'abord rappelé la raison d'être de cette règle : « assurer un équilibre entre, d'une

⁸ Voir par exemple Com., 8 avr. 1986, *Bull. civ.* IV, n° 58.

⁹ Voir par exemple Civ. 1, 21 févr. 2006, *Bull. civ.* I, n° 82 ; *D.* 2006. Pan. 2648, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *D.* 2007. Pan. 1456, obs. A. Penneau ; CCC 2006, n° 99, note L. Leveneur ; *RDC* 2006. 704, obs. D. Mazeaud ; *RTDciv.* 2006, 314, obs. J. Mestre.

¹⁰ Sur cette jurisprudence, voir notamment N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées Henri Capitant, Paris, LGDJ, 1997, p. 65 sq. ; *id.*, « Le contrat », art. cité ; G. CANIVET, « Le Conseil constitutionnel et le contrat. Variations sur la "discrétion" », art. cité ; P.-Y. GADHOUM, « Le Conseil et le contrat », art. cité.

¹¹ C. PÉRÈS, « La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », *RDC*, 539, 2010, en part. n° 5 sq.

¹² Civ. 1, 7 nov. 2012, n° 12-40068, *Bull. civ.* I, n° 235 ; *RTDciv.* 87, 2013, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2013, n° 12, obs. I. Maria

part, les intérêts des héritiers et, d'autre part, la sécurité des actes conclus par le défunt et en particulier des transactions », mais également « éviter les difficultés liées à l'administration de la preuve de l'état mental d'une personne décédée ». Le Conseil a ensuite constaté que l'article 414-2 du code civil ne privait pas les héritiers de toute voie de droit, ce texte ne faisant « pas obstacle à ce que des actes passés au moyen de violences, de fraudes ou d'abus de faiblesse puissent être annulés¹³ ». Si cette dernière affirmation est exacte, les termes employés, à la coloration plus pénaliste que civiliste, ne sont pas d'une parfaite rigueur. Dans cette hypothèse, le contrat pourrait être annulé pour vice du consentement, et plus précisément pour dol (art. 1137) ou, depuis la réforme de 2016, pour abus de dépendance (art. 1143).

6. Toutes les autres questions relatives à la matière contractuelle ont été déclarées irrecevables ou infondées par la Cour de cassation. Les motifs de non-renvoi au Conseil sont divers. Allons du plus insignifiant au plus intéressant.

Quant aux articles 1154, 1208 et 2224 du code civil, leur examen a tourné court. Le premier, qui détermine les règles de capitalisation des intérêts, n'était pas applicable au litige¹⁴. Le deuxième était critiqué pour une interprétation prétorienne qui n'était pas établie : l'interdiction pour une caution solidaire de contester une sentence arbitrale prononcée contre le débiteur principal à laquelle elle n'avait pas pu intervenir¹⁵. Le troisième, combiné avec l'article L. 137-2 du Code de la consommation, était contesté pour une règle prétorienne, relative au point de départ de la prescription en matière de crédit immobilier, qui n'était plus d'actualité - depuis six jours... - suite à un revirement opportun - et opportuniste ? - de la première chambre civile¹⁶ !

Trois autres règles ont échappé au renvoi, au motif, discutable, mais pourtant devenu classique dans la jurisprudence de la Cour, que la contestation ne portait pas sur une disposition légale telle qu'interprétée par la juridiction suprême, mais sur une « règle jurisprudentielle » insusceptible, à ce titre, de faire l'objet d'une QPC¹⁷. Il s'agit, d'abord, de l'annulation des clauses de non-concurrence minorant la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié¹⁸. Il s'agit, ensuite, de la validité de la vente conclue par un vendeur apparent lorsque l'acquéreur est de bonne foi et victime d'une erreur commune¹⁹. Il s'agit, enfin, de la réservation

¹³ CC, 17 janv. 2013, n° 2012-288 QPC ; D. 2014, 689, obs. M. Douchy-Oudot ; RTDciv. 2013, 348, obs. J. Hauser ; *Deffrénois* 2013, 1141, obs. J. Massip.

¹⁴ Cass. civ. 1, 4 juin 2013, n° 13-40.013.

¹⁵ Com., 27 nov. 2014, n° 14-16.644. Voir d'ailleurs, depuis, Com., 5 mai 2015, n° 14-16.444, qui a considéré que le droit effectif au juge, garanti par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, impliquait que la caution solidaire puisse former tierce opposition contre la « sentence » rendue à l'encontre du débiteur principal.

¹⁶ Com., 17 février 2016, n° 15-19.803. Pour le revirement : Civ. 1, 11 fév. 2016, 4 arrêts, n° 14-22.938, n° 14-28.383, n° 14-27.143 et n° 14-29.539.

¹⁷ Sur cette position et sa contestation, voir notamment N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra-constitutionnem* », *La Semaine Juridique – Édition Générale*, 2010, p. 1039.

¹⁸ Cass. soc., 28 novembre 2012, n° 11-17.941.

¹⁹ Cass. civ. 3, 30 mars 2017, n° 16-22.058.

de l'action en nullité d'une donation pour insanité d'esprit aux successeurs universels²⁰.

7. Quant aux autres questions, si elles n'ont pas été jugées suffisamment sérieuses pour être renvoyées à l'examen du Conseil, elles ont au moins été l'occasion pour la Cour de cassation de se livrer au (pré)contrôle de constitutionnalité que commande sa mission de filtrage.

Par deux décisions du 14 avril et du 7 juillet 2016, la Cour de cassation a ainsi validé le mécanisme du retrait litigieux, qui permet au débiteur d'une créance cédée de racheter sa créance au prix déboursé par le cessionnaire²¹. Selon la Cour, l'atteinte portée au droit de propriété du cessionnaire « est, à la fois, *justifiée* par des motifs d'intérêt général, en ce qu'elle permet d'éviter la spéculation sur les créances litigieuses et d'abrèger les instances engagées en vue de leur paiement, et *proportionnée* à ce double objectif, puisque le retrayé reçoit la somme à laquelle il a lui-même évalué la créance, après avoir mesuré les coûts associés à son recouvrement, la chance d'obtenir tout ou partie de son montant nominal et le risque d'exercice du retrait par le débiteur cédé ».

Plus récemment, la Cour de cassation a également jugé que l'interprétation jurisprudentielle constante de l'ancien article 1134 du Code civil (devenu l'article 1103), selon laquelle il n'appartient pas au juge de réduire le montant des honoraires dès lors qu'ils ont été acceptés par le client après le service rendu, ne méconnaissait pas le droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789, dès lors que le juge conserve le pouvoir d'invalider l'accord en présence d'un vice du consentement²².

Par une décision en date du 4 janvier 2011, la troisième chambre civile a enfin refusé le renvoi de l'article 1722 du Code civil, qui exclut tout dédommagement lorsque le bail est résilié de plein droit par suite de la disparition fortuite de la chose louée²³. Selon la Cour de cassation, ce texte « ne fait manifestement que tirer la conséquence nécessaire de la disparition de l'objet même de la convention que les parties avaient conclue et poursuit un objectif d'intérêt général en assurant, lors de l'anéantissement de leurs relations contractuelles dû à une cause qui leur est étrangère, un *équilibre objectif entre leurs intérêts respectifs* ».

Cette dernière considération, aussi banale qu'essentielle, nous amène à notre conclusion, et à la question annoncée en introduction : comment expliquer cette imperméabilité apparente du droit civil des contrats aux exigences constitutionnelles et, derrière elles, aux droits et libertés fondamentaux ?

*
**

8. En effet, au terme de ce rapide tour d'horizon, un constat s'impose : loin d'avoir entraîné un quelconque bouleversement de la matière, l'influence de la justice constitutionnelle sur le droit des contrats se révèle quasi nulle. Cette innocuité

²⁰ Civ. 1, 23 oct. 2013, n° 13-15.578.

²¹ Com., 14 avr. 2016, n° 15-24.131 ; Com., 7 juill. 2016, n° 16-11.389.

²² Civ. 2, 11 janv. 2018, n° 17-20.259.

²³ Civ. 3, 4 janv. 2011, n° 10-19.975.

ou immunité est d'ailleurs apparue au grand jour à l'occasion de la récente réforme d'ensemble du droit des contrats : aucune des modifications apportées au droit de 1804 n'a été justifiée par la nécessité de se conformer à telle ou telle exigence constitutionnelle. Face à ce constat, une question s'impose : *pourquoi* ? Comment expliquer que le droit des contrats ait échappé à la « constitutionnalisation », qui aurait dû, à en croire ses premiers prophètes, tout emporter sur son passage ? Deux considérations, complémentaires, peuvent être avancées : la première est la fonction originelle de la justice constitutionnelle ; la seconde est la nature profonde du droit civil, et du droit des contrats en particulier.

Quant à la justice constitutionnelle et, plus précisément, puisque c'est d'elle dont il s'agit, la justice rendue au nom des droits et libertés, il convient de garder à l'esprit la raison d'être son institution : prévenir les abus de l'autorité publique, et non pourvoir au règlement des différends privés. Version positive et préventive du droit de résistance à l'oppression, on comprend sans peine que la justice constitutionnelle s'épanouisse davantage en droit administratif, dans la relation administration-administrés, en droit fiscal, dans le rapport trésor-contribuable, ou encore en droit pénal, dans l'opposition police/justice-délinquant, qu'en droit civil en général, et en droit des contrats en particuliers.

Quant au droit civil précisément, et c'est la seconde considération, il apparaît peu évident qu'il est beaucoup à attendre – et à apprendre – de la justice rendue au nom des droits de l'homme. Disons-le simplement : le droit civil n'a guère attendu 1971 pour prendre en compte et en charge les droits et libertés déclarés en 1789. Il reste, comme le rappelle la Déclaration, que la proclamation des droits et libertés ne constitue que le point de départ de l'action politique et, par prolongement, de l'activité juridique : chaque droit est garanti, protégé, assuré, etc., mais dans les limites fixées par la loi pour assurer la préservation des droits d'autrui et/ou l'intérêt général. Lorsque les justiciables invoquent leur « droit à... » ou leur « liberté de... » à l'encontre de telle ou telle règle contractuelle, ils se contentent d'exprimer un intérêt, un regard, un point de vue sur le contrat. Or, la tâche multi-séculaire du droit *civil*, droit de la Cité – du citoyen, et non de l'individu – est d'assurer la conciliation des intérêts contradictoires en présence.

Derrière la technicité de leur contenu, chacune des règles qui composent le droit civil des contrats est l'expression d'un compromis, d'un « petit traité de paix », entre les deux intérêts privés qui se font face. De 1804 à nos jours, ces compromis n'ont cessé d'être renouvelés pour tenir compte des réalités nouvelles, et notamment, depuis la fin du XIX^e siècle, pour répondre au besoin de protection des contractants en situation d'infériorité sociale, économique ou psychologique. Législateur et jurisprudence se sont relayés pour forger et affiner les outils permettant de (ré)concilier les droits et libertés des contractants : dol par réticence, devoir d'information, obligation de sécurité, violence par abus de dépendance, police des clauses abusives, et tant d'autres institutions encore. Comment imaginer dépasser ou perfectionner ce patient labeur prétorien en se contentant d'invoquer les principes et valeurs qui n'en sont que les lointains et frustes prémisses²⁴ ? Prétendrait-on rendre service à un chirurgien en remplaçant sa panoplie de bistouris par un

²⁴ Cf. N. MOLFESSIS, « Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, avril 2011, en part. n° 14 : « Et l'on comprend que le Conseil constitutionnel, intervenant alors que nombre de règles et solutions préexistent, parfois depuis des siècles, ne puisse se considérer investi du droit d'en saper les fondements et d'en remettre en cause la validité ».

Quelle « constitutionnalisation » pour le droit civil des contrats ?

simple couteau suisse ? Telle est la réalité à laquelle se heurte le *credo* de la « constitutionnalisation du droit ».

François Chénéde

Professeur à l'Université Lyon III - Jean Moulin, François Chénéde est l'auteur de divers écrits en droit civil, et notamment en droit des contrats.