

Les premières QPC en droit civil : premiers bilans et perspectives

S'il est au moins une bonne raison de se féliciter de la réforme constitutionnelle introduisant en France des modalités de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, sous la forme de la *Question prioritaire de constitutionnalité*, c'est sans doute celle qui permettra d'obliger les juristes à dépasser les traditionnelles distinctions disciplinaires entre droit public et droit privé. Vingt ans après un débat un peu stérile entre la constitutionnalisation du droit civil ou la civilisation du droit constitutionnel, les juristes disposent d'un instrument pratique, et devront faire face à cet instrument pratique, qui oblige à penser la discussion juridictionnelle comme incluant l'ensemble des normes en vigueur, et mobilisant une pluralité d'organismes examinant la validité de ces normes. Toutes choses égales par ailleurs, il pourrait, il devrait se produire pour la sphère constitutionnelle se qui s'est produit pour le droit communautaire : son effectivité juridique entraînant son appropriation dans tous les secteurs du droit, elle déposséderait les spécialistes du droit constitutionnel positif d'une forme de monopole dans sa compréhension et son utilisation. La constitutionnalisation du droit n'est plus une prétention doctrinale dans une forme de querelle des disciplines, mais bien le résultat de la configuration d'un système de droit positif qui permet dans certaines hypothèses de faire vérifier désormais à tous les niveaux si la norme applicable pour la solution du litige est valide.

Pour autant, il semble bien qu'il faudra du temps et la situation en droit civil, après quelques mois (novembre 2010 pour l'essentiel, même si une place a été réservée en raison de son importance à la question postérieurement traitée du mariage entre personnes de même sexe) peut paraître relativement décevante. Plusieurs raisons à cela. Le nombre de questions traitées est finalement assez faible, si on compare à d'autres matières telles que le droit pénal ou le droit fiscal : peut-être, sans doute, l'intérêt pratique des requérants y est pour beaucoup, et les priorités des stratégies contentieuses des avocats également. La difficulté d'accès aux arrêts de la Cour de cassation, et notamment aux arrêts qui ne font pas droit à une demande de QPC, ne permet pas non plus de se faire une idée précise des raisons qui conduisent les juges de l'ordre judiciaire à estimer qu'il n'y a pas de problème de constitutionnalité. Pour autant, la matière civile, même si le code a été profondément remanié depuis 1804, devrait donner lieu à imaginer de nombreux cas d'interrogation de la constitutionnalité de la loi. On sent bien cependant, au-delà des cas pathologiques d'opposition frontale entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, une réticence certaine du juge civil, habitué à une appréciation souveraine de l'application de la loi civile, à nourrir les possibilités d'un contrôle extérieur, qui réduirait d'autant ses pouvoirs, et du juge constitutionnel à entrer dans un examen approfondi des causes d'inconstitutionnalité en pratique (1). La processualisation que la QPC permet de la question constitutionnelle devrait cependant inciter les professionnels du droit, avocats en premier lieu, à affiner les arguments pour contraindre tant le juge judiciaire que le juge de la constitutionnalité à mettre en œuvre, grâce à la QPC, de nouvelles formes de contrôle dont la plupart des pays connaissant un contrôle *a posteriori* admettent désormais la légitimité et l'efficacité (2).

1- Des premiers bilans très limités

Si la matière a connu une certaine médiatisation avec deux importantes affaires liées aux droits des homosexuels, ce ne sont pas là les deux seules questions qui se rapportent à la QPC en droit civil (B). Méthodologiquement cependant, ce sont d'abord les décisions de non transmissions par la Cour de cassation qui devraient retenir l'attention (A).

A - Les décisions ne donnant pas lieu à renvoi au Conseil constitutionnel

On l'a dit, il est en l'état actuel difficile de saisir parfaitement les critères utilisés par les différents tribunaux de l'ordre judiciaire justifiant de ne pas faire droit à une demande de QPC présentée dans l'instance. D'une part, l'accès systématique aux décisions des juges du fond n'est pas réellement envisageable, d'autre part la Cour de cassation ne publie pas systématiquement les motivations des décisions rejetant une demande de transmission de QPC.

On doit donc se contenter de donner des exemples de premières décisions, à partir desquels toute généralisation serait périlleuse. Pour la Cour de cassation, ne posent pas de question sérieuse de constitutionnalité ainsi l'obligation d'adhésion des propriétaires à une association syndicale de propriétaires couvrant le périmètre au regard de la liberté d'association (25/6/2010), le régime de la tierce opposition à un jugement d'adoption et l'effet de l'adoption sur le nom (8/7/2010), le régime de responsabilité du propriétaire à l'égard des victimes d'un incendie communiqué prévu à l'art. 1384 al. 2 du code civil (7/5/2010), le régime du paiement de la prestation compensatoire prévu à l'art. 275 du même code ou celui de la déchéance de nationalité des ressortissants des territoires ayant accédé à l'indépendance organisé par la loi du 28/07/1960 (16/7/2010).

Il n'est guère étonnant de constater (et cela même si l'on n'a pas accès aux motivations) que l'essentiel de la masse contentieuse ici porte sur les questions de droit de la famille et de droit de propriété, plus marginalement du droit de l'état des personnes et des questions de nationalité. Cela été prévisible : la QPC est tout à fait normalement comprise comme une arme du procès et ces questions sont à la fois quantitativement importantes dans le contentieux civil et extrêmement sensibles pour les requérants. Il appartiendra si l'on craint une inflation perverse et ses effets, notamment dilatoires, de rechercher une articulation des positions des juges judiciaires et du juge constitutionnel, aussi bien qu'une transmission rapide et claire des questions prioritaires de constitutionnalités afférentes ou comparables, afin de permettre cette articulation.

Il est vrai cependant que la mise en place dans les premiers mois étudiés n'est pas allée en ce sens. La Cour de cassation a retenu une bonne partie des questions soulevées, prenant argument de deux points : essentiellement, le fait que la question ne présente pas un caractère nouveau et sérieux (8/7/2010); de manière plus discutable le fait que la question porte sur l'interprétation de la loi, qui relève de l'office du juge saisi au principal (19/5/2010). Ce second argument a donné lieu à une divergence de conception avec le conseil constitutionnel, qui peut évidemment arguer en toute cohérence que le contrôle mis en place par la QPC n'est pas du même ordre que le contrôle *a priori* traditionnel en France, et qu'il porte donc moins sur la rédaction du texte que sur la signification qui lui est donnée en pratique par les autorités qui s'y réfèrent pour fournir une solution juridique à un litige. Mais pour cohérent que soit cet argument, encore faudrait-il que le Conseil constitutionnel se l'applique à lui-même : que le contrôle qu'il mène à l'occasion de l'examen d'une QPC renvoyé ne soit pas simplement de même nature que celui qu'il exerce en contrôle *a priori*.

B - Les questions examinées par le Conseil constitutionnel

Outre les deux décisions attendues en matière de droits des homosexuels, le Conseil constitutionnel a eu à traiter durant les mois de mise en place de la QPC de deux autres questions en matière civile.

Par sa décision 2010-2 QPC du 11/06/2010 (Mme Viviane L., loi dite « anti Perruche »), le Conseil constitutionnel, saisi par le Conseil d'Etat, a affirmé la constitutionnalité de l'article 1er de la Loi du 4 mars 2002 tel que codifié et adapté. La requérante soutenait que « l'interdiction faite à

l'enfant de réclamer la réparation d'un préjudice du fait de sa naissance porterait atteinte au principe selon lequel nul n'ayant le droit de nuire à autrui, un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer et que cette interdiction, qui prive du droit d'agir en responsabilité l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic prénatal, alors que ce droit peut être exercé par un enfant dont le handicap a été directement causé par la faute médicale, entraînerait une différence de traitement contraire à la Constitution ». Le Conseil constitutionnel à l'occasion de cet examen affirme d'abord que « l'article 61-1, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Il appartient donc au législateur d'exercer un pouvoir d'appréciation dès lors que « 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'établit ». En l'espèce « la limitation du préjudice indemnisable décidée par le législateur ne revêt pas un caractère disproportionné au regard des buts poursuivis » ; « elle n'est contraire ni au principe de responsabilité, ni au principe d'égalité, ni à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ». Pour autant, le caractère rétroactif de la loi (applicable aux instances en cours au moment de son adoption) est jugé non justifié par les buts poursuivis, et déclaré non conforme à la Constitution.

Par une décision 2010-60 QPC du 12/11/2010, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme l'article 661 du code civil ainsi rédigé : « Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de la dépense qu'il a coûté, ou la moitié de la dépense qu'a coûté la portion du mur qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. La dépense que le mur a coûté est estimée à la date de l'acquisition de sa mitoyenneté, compte tenu de l'état dans lequel il se trouve ». Le requérant prétendait que cette mesure, qui porte atteinte au droit de propriété garanti par la Constitution, n'était pas justifiée par un intérêt général mais par l'intérêt privé du seul propriétaire privé qui en bénéficie. Là encore le Conseil constitutionnel commence par affirmer « qu'il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les principes fondamentaux de la propriété et des droits réels, de définir les modalités selon lesquelles les droits des propriétaires de fonds voisins doivent être conciliés ; que la mitoyenneté des murs séparatifs est au nombre des mesures qui tendent à assurer cette conciliation ». Puis le Conseil estime que ce régime n'a pas pour effet de priver le propriétaire des attributs du droit de propriété sur son bien et que la mitoyenneté détermine « un mode économique de clôture et de construction des immeubles ainsi que d'utilisation rationnelle de l'espace, tout en répartissant les droits des voisins sur les limites de leurs fonds » ; dès lors « l'accès forcé à la mitoyenneté prévu par la loi constitue un élément nécessaire de ce régime et répond ainsi à un motif d'intérêt général ; il est proportionné à l'objectif visé par le législateur ».

Mais ce sont les deux décisions sur les droits des homosexuels qui ont davantage retenu l'attention, tant parce qu'en pratique il s'agit de questions importantes et sensibles, que parce que du point de vue du type de contrôle à mettre en place, elles se prêtaient peut-être plus facilement à l'évolution des modalités de raisonnement et de contrôle. Sans que cela soit finalement surprenant, l'occasion n'a pas été saisie par un juge constitutionnel qui ne le souhaite sans doute pas.

Par sa décision 2010-39 QPC (6/10/2010) le Conseil constitutionnel a affirmé la conformité à la constitution de l'article 365 du code civil qui dispose que « l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une

déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité », ce qui a pour conséquence selon le sens des décisions de la Cour de cassation « d'interdire en principe l'adoption de l'enfant mineur du partenaire ou du concubin ». Selon les requérantes, « en prévoyant que l'adoption simple n'entraîne un partage de l'autorité parentale entre l'adoptant et le parent de l'adopté que lorsqu'ils sont mariés, l'article 365 du code civil prive l'enfant mineur de la possibilité d'être adopté par le partenaire ou le concubin de son père ou de sa mère ; qu'en interdisant ainsi « la reconnaissance juridique d'un lien social de filiation qui préexiste », l'article 365 du code civil méconnaît le droit à une vie familiale normale et le principe d'égalité devant la loi ». Le Conseil, rappelant toujours les limites déjà mentionnées du pouvoir qu'il tient de l'art. 61-1, réaffirme que « 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'établit » pour considérer que « si le législateur a estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe ».

Voilà qui conduisait évidemment à la question de la constitutionnalité du refus de célébrer un mariage pour des couples composés de personnes de même sexe, sur laquelle le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer dans sa décision 2010-92 QPC du 28 janvier 2011. Les requérants contestaient la constitutionnalité de l'art 75 du code civil dans son dernier alinéa aux termes duquel le maire « recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme » et « prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ » ; et celle de l'article 144 disposant que « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus » en ce que « ces dispositions doivent être regardées comme figurant au nombre des dispositions législatives dont il résulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 13 mars 2007, « que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » ». Était donc en question essentiellement l'*application* de la loi civile par le juge judiciaire, qui ne se distingue de son *interprétation* que pour des raisons de cohérence internes à l'argumentation de la cour de cassation, celle-ci rechignant à considérer que l'interprétation de la loi, qui relève de l'office du juge saisi au principal, puisse donner lieu à QPC (19/5/2010). Selon les requérantes, « l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe et l'absence de toute faculté de dérogation judiciaire » porteraient atteinte à l'article 66 de la Constitution (ce qui était difficilement tenable) et à la liberté du mariage, ce qui n'était pas le meilleur moyen de contraindre le Conseil constitutionnel à traiter de la véritable question : celle de la discrimination qui résulte de cette interdiction entre couples composés de personnes de sexes différents, qui peuvent se marier pour bénéficier de certains avantages matériels ou symboliques (par exemple en matière d'adoption de l'enfant du partenaire, aux termes mêmes de la décision précédente du Conseil constitutionnel : 6/10/2010), et couples de personnes de même sexe qui, du fait de cette interdiction, sont exclus de ces avantages même si elles souhaiteraient les rechercher ; arguments que les associations qui sont intervenues au débat ont soutenu (méconnaissance du droit de mener une vie familiale normale et de l'égalité devant la loi). Rappelant toujours les limites de son office, le juge constitutionnel estime que « le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe », ce qui est classique, mais surtout que « 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'établit » ; dès lors « qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue

l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ». Voilà qui est bien moins fondé. En effet, d'une part et comme le reconnaît lui-même le Conseil constitutionnel, ce qui est en cause ici n'est pas la validité constitutionnelle d'un énoncé législatif mais la manière dont cet énoncé est interprété/appliqué par le juge judiciaire. Ce n'est donc pas le résultat d'un choix explicite du législateur mais d'un choix explicite du juge. Évidemment, on dira que le législateur pouvait, s'il était en désaccord avec ce choix, modifier l'énoncé, pour autoriser explicitement le mariage entre personnes de même sexe. Et on déduira de son silence une approbation des choix interprétatifs n'autorisant pas le mariage entre personnes du même sexe. Mais ce n'est pas la question posée : les requérants ne demandent pas au Conseil constitutionnel de faire le choix politique d'autoriser le mariage entre personnes de même sexe, mais de dire si l'interprétation valide qui le refuse est conforme à la constitution en tant qu'elle ne créerait pas de discrimination (à charge pour le législateur, voir *infra*, de tirer dans ce cadre les conséquences de faire disparaître comme il l'entend les discriminations). Or cela suppose d'autre part un examen de l'ensemble des effets produits par le mariage, et une motivation un peu plus sérieuse, c'est-à-dire plus argumentée en faits, que la simple affirmation d'autorité du pouvoir du législateur d'établir des différences de traitement : un examen non de la légitimité théorique du pouvoir du législateur mais de leurs effets concrets. Sans cela, la QPC n'est et ne demeurera qu'une possibilité esthétique sans réel effet nouveau dans le système et sans la vertu de protection des droits et libertés garantis par la Constitution dont les défenseurs de la QPC se font à peu de frais les hérauts.

2) Une perspective sur un fondement critique

On l'aura compris, les propos qui suivent se veulent délibérément polémiques, en ce qu'ils cherchent à partir d'une analyse critique de la situation créée par la mise en œuvre de la réforme QPC à dégager de manière prospective les conditions pour que cette réforme produise un certain type d'effets. Ces effets sont recherchés à partir d'une conviction forte : l'aura du Conseil constitutionnel et l'extension de ses pouvoirs par la réforme QPC m'importent peu ; en revanche, je suis intéressé à une meilleure protection et effectivité des droits garantis par la Constitution et des principes qui les sous-tendent. Ces propos ne sont pas limités à la question de la QPC en matière de droit civil, même si par ailleurs pour d'autres champs du droit (procédure pénale ou fiscale notamment) la situation peut être quelque peu différente. Il demeure qu'en droit civil, et particulièrement lorsque des questions liées à des choix de vie ou des évaluations morales sont en jeu, les considérations qui vont suivre me semblent d'une certaine importance, pour pouvoir bénéficier des apports de la réforme QPC en matière de droits constitutionnellement garantis.

Comme on a pu le voir avec les quatre décisions précitées rendues par le Conseil constitutionnel, il semble excessif de prétendre que l'introduction de la QPC a conduit à une rupture radicale des modalités de raisonnement et d'argumentation du Conseil constitutionnel. Au contraire, la structure argumentaire, extrêmement pauvre, de ces décisions semble montrer par son caractère systématique une volonté de maintenir le contrôle de constitutionnalité dans la tradition établie en France qui, si elle a pu à une époque paraître innovante et efficace pour protéger les libertés et discuter des arguments de constitutionnalité, semble désormais (depuis de trop nombreuses années en fait) s'être muée en simple pratique de l'argument d'autorité asséné *en principes* sans donner lieu à la moindre prise en compte du débat argumentatif.

D'entrée de jeu (11/06/2010) le Conseil constitutionnel affirme que le contrôle auquel l'article 61-1 doit le conduire est de même nature que celui traditionnel fondé sur l'article 61 : il ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, et est donc limité par essence. L'appréciation est sans doute

discutable ; compréhensible dans la cadre de l'article 61, où ce qui est en jeu est la production d'un énoncé, et seulement la production d'un énoncé, dont les significations normatives doivent être vérifiées au regard de celles de la Constitution, l'argument ne tient pas en matière de QPC, qui met en jeu davantage qu'une énonciation: une application, qui peut être évaluée, de l'énoncé, et ce sont bien les résultats concrets de cette application qui devraient être appréciés conformément aux droits que la Constitution garantit. A cet égard, l'argument économique et de rationalité soulevé dans la décision du 12/11/2010 ne doit pas faire illusion : il se maintient au niveau du fondement de légitimité théorique sans entrer dans l'analyse du cas (qui aurait pu aboutir au même résultat *in fine*, mais c'est là une autre question). Et la rudesse de l'argument utilisé dans la décision du 6/10/2010 (« il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe ») traduit bien le refus du Conseil constitutionnel d'entrer dans l'examen en l'espèce (et malgré les termes utilisés) de la constitutionnalité de la situation en l'espèce.

L'enjeu est simplement de savoir si l'on veut limiter la QPC à la mise en cause de la constitutionnalité d'énoncés pour la raison qu'ils auraient échappés préalablement à un examen du Conseil constitutionnel, ou pour la raison que les circonstances auraient changé, donc si l'on veut faire de la QPC une session de rattrapage du contrôle *a priori*, ou si l'on veut réellement introduire un système juridictionnalisé et effectif de protection des droits et libertés reconnus par la Constitution. Surtout, une protection effective ne nécessitait pas l'introduction de la QPC en droit français, et l'on peut regretter la timidité des juridictions administratives et judiciaires à avoir spontanément placé leur contrôle sur ce terrain, et ce d'autant que les décisions du Conseil constitutionnel étaient bien timides, pour le dire en termes modérés : le poids de la tradition et d'une conception bien marquée de la loi l'expliquent bien sûr. Mais si l'introduction de la QPC ne doit conduire qu'à transposer *a posteriori* un contrôle du même type que le contrôle *a priori*, il y aurait sans doute des regrets à avoir et à cet égard, la généralisation de la stratégie adoptée par les Présidents des deux assemblées à l'occasion de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, reposant sur une nouvelle lecture de la saisine *a priori*, pourrait rapidement stériliser la QPC. Pour autant la partition n'est sans doute pas encore totalement écrite, et les acteurs du procès auraient tout intérêt à essayer de s'en attribuer quelque peu l'écriture.

Ce sont en premier lieu les requérants et leurs conseils, mais aussi la dogmatique juridique. Sans doute n'a-t-on pas encore en France une tradition de l'argumentation du même ordre que celle qui existe dans des pays où le contrôle de constitutionnalité est largement ouvert comme les Etats-Unis, l'Allemagne, l'Espagne ou l'Italie (et bien d'autres pays encore). Il est vrai que l'on considère dans ces systèmes que le contrôle de constitutionnalité est bien une affaire d'arguments juridiques, examinés en droit, ce qui contrairement à une interprétation répandue veut dire aussi une question politique : mais une question politique concrète assumée dans un examen juridique complexe, ce qui diffère quelque peu d'une question politique dissimulée sous une pseudo-argumentation juridique. Et la littérature dans ces pays est abondante, qui fournit des théories de l'argumentation sur les droits fondamentaux et qui est accessible pour inspirer les demandes nouvelles. Il est sans doute important que les avocats se saisissent de cette littérature, et que la dogmatique française, constitutionnaliste ou non, l'adapte, la renouvelle ou la complète.

Un des enjeux serait très certainement d'être capable de développer dans ces demandes désormais dans le cadre de la QPC une conception de l'inconstitutionnalité concrète, faisant appel à la mise au jour des discriminations réellement produites plutôt qu'à l'invocation théorique et finalement peu fructueuse du simple principe d'égalité. Un autre est celui des changements de circonstances. Et le terrain des mœurs est en droit civil sans doute le plus intéressant à investir pour cela. Mais ces arguments, pour être utiles, se démontrent, dans la pratique, et doivent donc être démontrés, par les requérants, dans la pratique, pour convaincre sans se reposer sur la seule

appréciation et affirmation du juge. Créer le débat argumentaire dans le prétoire est essentiel. Et cela vaut tant devant le conseil constitutionnel que devant les juges du fond et la Cour de cassation.

On avancera à juste titre que cela n'est pas dans les habitudes de l'office du juge français. Mais avec la QPC le paysage change et ni *Marbury vs Madison*, ni la mise en place de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont immédiatement changé la pratique des systèmes juridiques concernés. Il a fallu que les acteurs s'approprient les nouvelles configurations de ces systèmes et produisent de nouvelles argumentations qui ont joué comme des contraintes, par leur caractère répété et difficile à évacuer sans réponse, pour dessiner de nouvelles formes de débats contentieux.

La QPC ne sera une ressource pour les parties que si les conseils des parties la construisent comme une ressource efficace, éventuellement contre la position des juges, sans relâche. Si l'on revient par exemple sur la question du mariage entre personnes de même sexe, il était possible de montrer d'une part que la liaison effectuée entre l'art 75 *in fine* et l'article 144 est déjà un choix interprétatif : au sens premier, il est parfaitement tenable de considérer que l'art. 144 affirme que tout homme et toute femme ne peut contracter mariage avant 18 ans, ce qui établit à la fois le droit de se marier à 18 ans révolus sans préjuger avec quelle personne et revenait sur une ancienne discrimination entre hommes et femmes. Mais cet article peut très bien se comprendre isolé de l'art. 75, qui n'a pas trait à la capacité individuelle de se marier d'une part, et qui n'utilise pas le même vocabulaire (*mari* et femme en lieu et place d'*homme* et femme) d'autre part. Ce qui laisse alors place à une possibilité classique d'argumenter à propos de l'article 75 sur la distinction entre le sexe biologique (homme ou femme) et le sexe socialement ou psychologiquement construit (le genre, entre mari et femme). Que cette interprétation des textes soit discutable, ou non convaincante est une question autre ; ce qu'il faut, c'est que cette question soit posée devant le juge et que le juge soit contraint d'y répondre.

Qu'elle soit posée même, et surtout, si le juge ne le souhaite pas. Il ne fait aucun doute que c'est une chose essentielle que de respecter les juges en tant qu'individus d'abord, en tant qu'investis d'une fonction publique essentielle ensuite. Pour autant, leur action ne saurait être soustraite à la critique. L'on n'attend pas des avocats, et encore moins de la doctrine, qu'ils se plient à l'interprétation du juge comme à une vérité d'évangile. Cela vaut pour les décisions rendues, dont on peut à la fois affirmer qu'elles sont des vraies décisions, que le conseil était en droit de rendre telles quelles puisque c'est en vertu d'un pouvoir qu'il tient de l'ordre juridique, et les évaluer en fonction d'autres critères (cohérence, pertinence, efficacité, fondements idéologiques, etc.). Cela vaut encore davantage pour les décisions à rendre, pour lesquelles les avocats ne sont pas là pour faire plaisir au juge, mais pour essayer de le convaincre de la pertinence des arguments qu'ils avancent, quand bien même ce sont des arguments que le juge n'appelle pas de ses vœux, ou qui le dérangent. Le débat des arguments se provoque.

Car l'essentiel dépendra évidemment des juges eux-mêmes et de l'évolution de leur perception. De leur volonté et de leur capacité, spontanée ou contrainte par l'argumentation des parties, à regarder ailleurs : à développer une autre forme de contrôle que le contrôle théorique et abstrait de la constitutionnalité de l'énoncé mis en place déjà dans le contrôle *a priori*. Ce contrôle concret et argumenté ne dessaisirait pas le législateur de son pouvoir d'appréciation général et de décision. Constater et admettre qu'en pratique l'application d'un énoncé législatif produit une situation telle que les droits et libertés garantis par la constitution ne sont pas respectés n'est pas exercer le pouvoir législatif. Mais c'est le diagnostic que la loi telle qu'elle est appliquée concrètement n'est pas adaptée aux exigences constitutionnelles : c'est le signal qu'il appartient tant aux juges du fond qu'au législateur de reprendre la question pour y apporter, chacun en vertu de ses compétences (et de ces choix) les éléments d'énonciations législatives et/ou d'interprétation et d'application juridictionnelle permettant une solution constitutionnellement satisfaisante. Si par exemple le conseil constitutionnel avait considéré que l'interdiction du mariage entre personnes de

même sexe posait dans son application un problème de discrimination, contraire à la constitution, cela ne revenait pas à admettre *de facto* la nécessité de décider, juridictionnellement ou législativement, la consécration juridique du mariage entre personnes de même sexe. Mais cela aurait montré qu'un problème de discrimination existe réellement dans le système, qui pourrait être surmonté de différente manière, c'est-à-dire par différentes possibilités de faire évoluer le système : l'évolution de l'interprétation de la loi existante par la Cour de cassation sur les mots « mari » et « femme » aux fins de ne pas y voir un obstacle au mariage qui n'est pas composé d'un « homme » et d'une « femme » au sens biologique ; la modification de l'énoncé du code civil par le législateur pour admettre le mariage entre personnes de même sexe ; mais aussi l'intervention du législateur ou du juge pour gommer les discriminations qui auraient été constatées entre personnes (hétérosexuelles) mariées et personnes non mariées, sans admettre le mariage homosexuel ; voire l'intervention du législateur pour considérer que le mariage, compris comme une institution produisant une discrimination entre couples de même sexe et couples de sexe différent du fait de ses dimensions religieuses ou sociales, ne peut plus être une institution juridique, qui serait renvoyé ainsi à une possibilité de la sphère privée juridiquement reconnue comme objet d'une liberté individuelle sans que des effets juridiques y soient attachés (un mariage religieux sans le mariage civil).

On le voit, l'éventail est large. Le contrôle de constitutionnalité en pratique doit cependant permettre de distinguer entre plusieurs questions : les appréciations du législateur ; la constatation de la constitutionnalité des effets juridiques des choix du législateur, qui relève de la compétence du juge et qui ne saurait être dépendante du refus du juge d'apprécier les choix du législateur, c'est-à-dire la question des limites concrètes du pouvoir d'appréciation ; le cadre constitutionnel qui garantissant des droit est une limite abstraite au choix du législateur dans le contrôle *a priori*, mais aussi le fondement des limites concrètes que le juge peut poser dans le contrôle *a posteriori* (QPC). Le juge constitutionnel en faisant cela ne perdrait pas de sa légitimité, et n'attenterait pas à celle du législateur. Tout au contraire.