

# Titre VII

## Les cahiers du Conseil constitutionnel

CHRONIQUE DE DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ

N° 3 - octobre 2019

# Chronique de droit constitutionnel comparé

### Écrit par



Antoine BASSET

Professeur à l'Université de Rouen



Éleonora BOTTINI

Professeure à l'Université de Caen Normandie

La *Chronique de droit constitutionnel comparé* apparaît pour la première fois dans le troisième numéro de *Titre VII*. Puisqu'elle s'ajoute aux nombreuses autres chroniques consacrées au contentieux constitutionnel dans plusieurs domaines, il nous paraît nécessaire d'en présenter la démarche.

L'importance de la comparaison pour les constitutionnalistes n'est plus à démontrer aujourd'hui<sup>(1)</sup>. Dans cette optique, plusieurs cours suprêmes et constitutionnelles dans le monde font l'objet d'une veille de jurisprudence plus ou moins régulière dans les revues juridiques françaises : il peut s'agir à la fois de commentaires sur la législation et la jurisprudence<sup>(2)</sup>, et sur les événements politiques et constitutionnels des différents pays, surtout européens<sup>(3)</sup>. Cette *Chronique de droit constitutionnel comparé* s'inscrit dans cette même démarche de diffusion, auprès des juristes français, d'importantes décisions constitutionnelles étrangères. Nous nous concentrons ici uniquement sur l'aspect contentieux, en ne choisissant que des arrêts et décisions rendus dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des normes. La sélection des décisions est effectuée sur la base des critères de l'importance de la décision dans le cadre du débat constitutionnel international, ainsi que de l'intérêt de la question posée et de la solution choisie pour le contentieux constitutionnel français. En se concentrant sur ce double critère - le retentissement de la décision et l'intérêt comparatiste -, il devient possible de ne pas fixer la liste des pays et cours étudiés à l'avance. Cela laisse aux auteurs la latitude d'adapter la sélection en fonction de l'actualité contentieuse de la période étudiée<sup>(4)</sup>. A l'instar des autres chroniques de *Titre VII*, le semestre qui précède la publication de la revue sera pris en considération. Pour cette première chronique néanmoins, une exception a été faite pour l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 11 avril 2018 (interdiction de stade), du fait de son importance particulière et de l'absence de commentaires approfondis en langue française. Pour les autres décisions ici commentées en revanche, le choix s'est focalisé sur la période de janvier à juin 2019, et tel sera le critère temporel appliqué dorénavant.

Dans le semestre qui vient de s'écouler, la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour constitutionnelle de Corée du Sud se sont penchées sur des questions liées au droit de la bioéthique et de la famille, en se prononçant sur l'adoption par le beau-parent pour la première (III) et sur l'interdiction généralisée de l'interruption de grossesse, pour la seconde (IV). L'adoption en Italie de la dernière loi de finances a posé la question d'un statut constitutionnel pour l'opposition (II). La décision de la Cour allemande de l'année dernière posant la question fondamentale de l'horizontalité des droits fondamentaux a également été incluse dans cette sélection (I).

## I. Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision 1 BvR 3080/09 du 11 avril 2018 [interdiction de stade] par A. Basset

La Cour constitutionnelle fédérale (CCF) a fait évoluer l'an dernier sa jurisprudence sur l'effet horizontal des droits fondamentaux. Tout en s'en tenant, dans le discours au moins, à sa position traditionnelle (cet effet horizontal ne peut être qu'indirect<sup>(5)</sup>), elle tend, dans les faits, à appliquer de

manière directe les droits fondamentaux aux rapports entre personnes privées.

C'est une interdiction de stade infligée à un supporter soupçonné d'avoir participé aux troubles ayant suivi un match de football professionnel qui lui en a donné l'occasion. En effet, c'était le club du MSV Duisburg qui avait prononcé cette interdiction, laquelle s'étendait, par le jeu d'accords préalables entre les clubs professionnels et la fédération allemande de football, à tous les matchs (championnat, coupe et équipe nationale).

Le requérant y voyait une atteinte à sa liberté générale d'action, protégée par l'art. 2, al. 1 LF<sup>(6)</sup>. Cette atteinte étant le fait d'une personne privée, et non de l'État, la question qui se posait était celle de l'effet horizontal des droits fondamentaux : comment ces droits, pensés d'abord pour protéger l'individu contre l'État, peuvent-ils être opposés à d'autres personnes privées ?

Ces dernières années, deux décisions rendues par la CCF avaient introduit des coins dans la belle construction de l'« effet rayonnant » des droits fondamentaux. D'après celle-ci, les droits fondamentaux trouvent à s'appliquer dans le droit civil parce que la Loi fondamentale est l'expression d'un ordre objectif de valeurs, lequel se diffuse dans tout l'ordre juridique et en oriente l'interprétation. De ce fait, les concepts vagues (« bonnes mœurs », par exemple) doivent être interprétés en fonction de cet ordre de valeurs. Ainsi, indirectement, par le travail du juge, les droits fondamentaux trouvent à s'appliquer entre personnes privées.

Dans les décisions *Fraport* et *Bierdosen-Flashmob*<sup>(7)</sup>, cependant, la CCF a paru, sans le dire, infléchir sa position. Dans les deux cas en effet, elle a signalé que, même lorsqu'elles ne sont pas sous contrôle étatique, les personnes privées peuvent avoir une action portant atteinte aux droits fondamentaux de la même manière que la puissance publique, ce qui justifierait qu'elles doivent de la même manière respecter les droits fondamentaux<sup>(8)</sup>. Dans la dernière espèce en particulier, quoiqu'on pût encore rattacher la décision à la théorie de l'effet rayonnant, on ne pouvait manquer de relever la ressemblance structurelle avec les cas plus habituels d'application des droits fondamentaux, ceux où la puissance publique restreint, au nom par exemple de considérations d'ordre public, les libertés individuelles. Les requérants se plaignaient en effet d'être exclus, du fait de leur volonté de manifester, d'une place ouverte à la circulation publique, mais possédée par une personne privée. Celle-ci paraissait donc agir exactement comme agirait l'État. C'est d'ailleurs en soulignant cette ressemblance que la CCF a annulé l'interdiction de se rassembler sur la place pour manifester.

Plusieurs commentateurs de la décision *Interdiction de stade* ont proposé de lire rétrospectivement ces deux décisions comme des jalons menant, dans celle-ci, à la reconnaissance de l'effet direct des droits fondamentaux à l'égard aussi des personnes privées<sup>(9)</sup>. Si la CCF refuse toujours de mentionner cet effet direct<sup>(10)</sup>, les circonstances de l'espèce penchent de plus en plus vers celui-ci : le MSV Duisburg n'avait pas eu besoin de passer devant les tribunaux pour faire appliquer l'interdiction de stade prononcée, et c'est au contraire le requérant qui dut saisir la justice pour faire annuler celle-ci. Or le juge, dans cette situation où il n'était pas question d'une règle de droit contenant les termes vagues qui auraient pu servir de « têtes de pont » aux droits fondamentaux<sup>(11)</sup>, reprend les formules des arrêts *Fraport* et *Bierdosen-Flashmob* : le contexte invite cette fois à les interpréter comme permettant l'assimilation des personnes privées à la puissance publique en matière d'atteinte aux droits fondamentaux (et de protection contre celles-ci).

On peut considérer, sur le fond, que cette évolution est tout à fait justifiée (et particulièrement dans le contexte allemand, comme on le verra dans un instant). Cependant, l'argumentation de la CCF paraît pour le moins fragile. Comme on vient de le voir, l'invocation de l'effet rayonnant paraît tenir plutôt du paravent, et voiler une application directe des droits fondamentaux. Or une telle évolution, surtout en Allemagne où la discussion sur l'effet horizontal des droits fondamentaux est aussi vieille que la Loi Fondamentale, méritait une véritable démonstration. Celle-ci pourtant paraît fondée parfois plutôt sur le sens commun que sur le droit.

D'après la CCF, l'interdiction de stade est soumise au principe d'égalité parce que les matchs sont en principe ouverts à chacun sans considération de personne : le contrat passé ne l'est pas *intuitu personae*. Or la participation à ce genre d'événement pouvant déterminer en bonne partie la participation à la vie sociale, une exclusion arbitraire serait inconcevable et porterait atteinte au principe d'égalité. De ce fait, un club prononçant une interdiction de stade ne peut le faire qu'avec une raison objective<sup>(12)</sup>. La solution est d'abord étonnante, car aucun texte du droit positif ne paraît l'appuyer : ni le droit privé<sup>(13)</sup>, ni l'art. 3, al. 1 LF, qui prévoit l'égalité de tous devant la loi, non pas devant les actes des personnes privées<sup>(14)</sup>.

Là est l'audace de la décision, qui s'autorise à assimiler, sans l'assumer tout à fait, personne privée et puissance publique. Fonctionnellement, en effet, le MSV Duisburg, en tant qu'il organise une activité ouverte au public et décisive pour la vie sociale des individus peut être assimilé à la puissance publique. Par conséquent, « il naît pour [le club], du fait de la constitution, une responsabilité juridique particulière »<sup>(15)</sup>, celle de ne pas pouvoir utiliser son pouvoir d'organisateur de manière discrétionnaire. La seule articulation qui permet de passer de l'un (l'organisation d'un événement) à l'autre (l'interdiction de l'exclusion arbitraire), quoique tue par la CCF, est l'assimilation à l'État, qui doit justement considérer les individus hors de tout *intuitus personae*, et dont l'action encadre la vie sociale. Cette assimilation est encore effleurée par le juge lorsqu'il fait référence à la responsabilité pesant sur l'organisateur du match d'assurer la sécurité des personnes<sup>(16)</sup> : en la faisant peser sur lui seul sans

mentionner l'État, il le fait en pratique participer à la puissance souveraine, sans justifier cet accroc au monopole de la violence légitime qui doit revenir à l'État<sup>(17)</sup>.

Le recours au principe d'égalité plutôt qu'à la liberté générale d'action est particulièrement significatif dans cette perspective : l'interdiction de l'arbitraire qui en découle est l'obligation par excellence mise à la charge de l'État, et inconnue en revanche du droit privé sauf mention expresse. C'est sur cette question de l'extension des obligations étatiques à une personne privée que le juge, d'après les commentaires critiques de l'arrêt, reste redevable d'une explication mieux étayée. Passe encore lorsque des fonctions essentielles de la vie sociale sont en jeu (fonctions qui relèvent par essence de l'État), mais un match de football n'est pas à ce point une question de vie ou de mort<sup>(18)</sup>.

Une oreille française ne peut manquer d'entendre là une rengaine bien connue, venue d'une époque où le spectacle était au théâtre plutôt qu'au stade : ce genre de loisirs, futiles si ce n'est néfastes, ne peuvent être assimilés à un service public, ni donc soumis au droit administratif<sup>(19)</sup>.

Ce détour par les classiques du droit administratif français n'est pas gratuit. Il permet de révéler ce qui manque à la doctrine allemande et qui aurait pu permettre au CCF de mieux formaliser sa conception : la théorie du service public, en ce qu'elle permet, en se fondant sur des considérations fonctionnelles, de soumettre des personnes privées à certaines des règles qui gouvernent la puissance publique.

En droit français, l'égalité est présentée comme l'une de ces lois du service public. Il n'est même pas question d'ailleurs de savoir s'il s'agit ou non d'un droit fondamental, puisqu'elle n'est pas considérée du point de vue de l'administré, mais de celui de la puissance publique (ou du gestionnaire privé du service public). Cela permet de comprendre que la question de l'effet horizontal direct ou indirect est en réalité mal posée dans l'arrêt *Interdiction de stade*. La question est en fait celle de l'assimilation de la personne privée à l'État ou non. Le cas d'espèce paraissait présenter à la CCF des caractéristiques rendant l'organisateur de la rencontre si semblable à l'autorité publique qu'il devait être soumis aux mêmes contraintes. On peut d'ailleurs remarquer que ce principe d'égalité ne donne pas lieu, contrairement à ce qu'affirme le juge, à une pondération entre droits fondamentaux des deux personnes privées en litige. Cette pondération est pourtant considérée comme une caractéristique essentielle de l'effet horizontal indirect<sup>(20)</sup>. Son absence invite donc à conclure que ce qui est en jeu, ce n'est pas cet effet horizontal, mais simplement le fait que les droits fondamentaux puissent être opposés à toute personne privée qui se trouve, de fait, dans une situation de domination, avec tous les risques d'abus qui l'accompagnent, qui est traditionnellement celle du seul État.

Sans concept permettant de penser cette assimilation à l'État, le juge, et la doctrine avec lui, sont amenés à retravailler la théorie de l'effet horizontal, au risque d'en dévoiler seulement les faiblesses.

Nous avons donc affaire ici à une décision tout à fait pertinente sur le fond, dans la mesure où elle cherche à appréhender concrètement les atteintes qui peuvent être portées aux droits fondamentaux, et étend pour cela le nombre des acteurs pouvant être soumis au respect de ceux-ci en fonction des nouveaux pouvoirs que certains peuvent, de fait, exercer sur les vies des individus. Une décision qui est appelée à de nouvelles applications, puisque derrière les questions de liberté de manifestation ou d'accès aux divertissements les plus partagés, on voit poindre le champ plus essentiel encore des technologies de l'information et de la communication et des monopoles privés qui y apparaissent (en se donnant pour certains des oripeaux d'État : monnaie et « cour suprême »).

Reste que l'argumentation est assez fragile, si l'on considère les bases sur lesquelles la CCF bâtit sa décision. Faute de construire un concept permettant de rendre compte de l'action quasi-étatique de ces acteurs privés, elle se condamne à donner l'impression d'une jurisprudence au doigt mouillé. Il eût peut-être fallu des critères plus généraux, et dont la justification fût mieux établie. En retour, cela aurait d'ailleurs pu justifier un contrôle plus sérieux de l'atteinte : dans le cas d'espèce, la CCF se contente d'un contrôle qu'on peine même à qualifier de contrôle de l'erreur manifeste, car il lui suffit, en fait de « raison objective » qui justifie l'interdiction de stade, de la présence du fait que le parquet ait entamé des poursuites (poursuites abandonnées par la suite) contre le requérant du fait de sa présence dans un groupe de quatre-vingt personnes environ qui avaient échangé provocations et coups légers avec un autre groupe de supporters en quittant le stade. On voit là que les droits de la défense y perdent ce que l'effet horizontal y gagne.

## II. Cour constitutionnelle italienne, 8 février 2019, n° 17/2019 [adoption de la loi de finances pour 2019], par E. Bottini

### *Quelle place pour l'opposition dans la séparation des pouvoirs ?*

Une décision d'irrecevabilité, rendue par ordonnance, a donné à la Cour constitutionnelle italienne l'occasion de se pencher sur la définition de l'opposition parlementaire en droit constitutionnel et sur les conséquences de l'absence d'une telle définition dans le texte constitutionnel.

En se fondant sur l'un des deux modes de saisine de la Cour constitutionnelle, le conflit d'attribution de pouvoirs de l'État, un groupe trente-sept sénateurs du Parti Démocrate (PD), parti d'opposition, a introduit un recours en inconstitutionnalité pour contester les modalités d'adoption de la loi de finances pour 2019. Afin de respecter le principe de l'annualité du budget, le Gouvernement a engagé une série de procédures accélérées afin de raccourcir les délais d'examen du projet de loi par les chambres parlementaires. Ce procédé, loin d'être inconnu dans d'autres démocraties parlementaires dont la France, a été particulièrement contesté cette année du fait de la décision du Gouvernement de poser devant le Sénat une question de confiance sur un « maxi-amendement » au projet de la loi de finances pour 2019, composé de 270 pages et 1.143 alinéas, en laissant aux sénateurs seulement 7 heures pour l'examiner avant le vote définitif, dans la nuit du 22 au 23 décembre 2018. Cette procédure, comparable à l'engagement de responsabilité du Gouvernement sur le vote d'un texte de loi prévue à l'article 49 alinéa 3 de la Constitution française, n'est pas inscrite dans la Constitution italienne mais est prévue par les Règlements des Assemblées<sup>(21)</sup>. Alors même qu'elle est devenue monnaie courante dans la procédure d'adoption de la loi des finances dans les dernières années, le délai particulièrement court donné au Sénat l'année dernière a rendu de fait impossible l'examen du texte en commission, qui reflète normalement la recherche d'un compromis entre majorité et opposition. Les sénateurs du PD se sont donc tournés vers la Cour constitutionnelle pour demander la déclaration d'inconstitutionnalité non pas du contenu de la loi de finances, mais de sa procédure d'adoption. La Cour a refusé de recevoir cette question d'inconstitutionnalité car elle ne remplissait pas les critères de recevabilité, mais le raisonnement de la Cour a néanmoins eu un certain retentissement<sup>(22)</sup>.

Le caractère éminemment politique de cette décision a été souligné par les commentateurs<sup>(23)</sup>, en raison notamment de la matière examinée, mais également de la nature des requérants, des hommes et femmes politiques s'identifiant eux-mêmes en tant qu'opposition constitutionnelle, en ce qu'ils représentent le nombre de parlementaires minimum requis pour déposer une motion de censure. En effet, la Constitution de 1948, bien qu'elle ne définisse pas de statut de l'opposition, prévoit qu'un dixième des membres de chaque chambre parlementaire est nécessaire pour le dépôt d'une motion de censure contre le gouvernement issu de la majorité. La saisine des parlementaires invoque donc cette disposition pour se constituer en tant que « pouvoir constitutionnel », celui de l'opposition parlementaire précisément, qualification nécessaire pour pouvoir saisir la Cour à travers ce recours par voie d'action (ou recours direct).

Ce type de recours, qui s'ajoute au recours par voie d'exception (ou recours indirect)<sup>(24)</sup>, est régi par l'article 134 de la Constitution et tend à résoudre les conflits de compétence entre organes de l'État ou entre l'État et les régions. Les conflits interorganiques ne sont recevables que s'ils ont lieu entre « pouvoirs constitutionnels »<sup>(25)</sup> dont le pouvoir décisionnel a effectivement été gravement lésé<sup>(26)</sup>. La séparation des pouvoirs est donc au cœur de cette forme de contrôle de constitutionnalité. Cette décision, rendue par ordonnance, aurait ainsi pu être pour la Cour l'occasion de redéfinir la place de l'opposition, sous une forme un peu différente de la séparation des pouvoirs « traditionnelle » telle que la concevait Montesquieu. En résumant la saisine parlementaire, il est mis en avant par les requérants que « le principe de la séparation des pouvoirs dans la forme parlementaire de gouvernement choisie par le constituant italien ne doit pas être compris simplement comme une division entre Gouvernement et Parlement, puisque l'institution de la confiance crée cette continuité entre Gouvernement et majorité qui déplace la dialectique des pouvoirs sur le plan du rapport d'équilibre/contradiction entre majorité et opposition parlementaire » (par. 3 du « *ritenuto in fatto* »<sup>(27)</sup>). Les requérants envisagent ainsi une séparation des pouvoirs entre la fonction de gouvernement exercée par la majorité et la fonction de garantie exercée par l'opposition. Dans une perspective comparatiste, cette position est particulièrement intéressante dans le cadre du fait majoritaire existant en France sous la V<sup>e</sup> République, et dans la suite des débats sur les droits de l'opposition et le statut de celle-ci après la révision constitutionnelle de 2008.

La Cour constitutionnelle italienne refuse néanmoins d'attribuer une quelconque spécificité à un groupe parlementaire selon son appartenance politique, à partir du moment où le critère mis en avant par les requérants - leur possibilité de déposer une motion de censure en représentant au moins 1/10 des sénateurs - ne les distingue pas des parlementaires de la majorité, qui pourrait en faire de même<sup>(28)</sup>. Les juges n'attribuent donc pas à ces sénateurs une fonction particulière de contrôle qui serait typique de l'opposition ; la Cour aurait pu en revanche identifier des droits spécifiques pour les groupes parlementaires en général, sans rapport avec leur positionnement politique, notamment dans le contexte généralisé de présidentialisation des régimes parlementaires dénoncé par la doctrine<sup>(29)</sup>. Cependant, selon la Cour, les sénateurs ne justifient pas suffisamment dans leur saisine les modalités de délibération du groupe parlementaire du Parti Démocrate qui ont amené celui-ci à poser la question de constitutionnalité.

Le seul fondement de cette saisine, après le double rejet des deux « casquettes » du groupe parlementaire et d'opposition parlementaire, est le recours individuel ouvert aux membres du Parlement qui, en tant que représentants de la Nation, sont bien des « pouvoirs constitutionnels ». Cela ne suffit pas néanmoins pour convaincre la Cour de la recevabilité du recours : afin d'accueillir la saisine parlementaire, l'abus de pouvoir de la majorité gouvernementale aurait dû être « d'une évidence telle » qu'il porte atteinte aux attributions constitutionnelles individuelles des parlementaires. Cela aurait par exemple été le cas de la suppression du droit d'amendement ou du droit de vote du parlementaire. En l'absence d'atteintes d'une telle évidence et gravité, les juges constitutionnels auraient eux-mêmes violé le principe constitutionnel de l'autonomie des chambres parlementaires<sup>(30)</sup> en s'immisçant dans l'activité parlementaire. Or, la Cour constitutionnelle italienne est très attachée au respect de ce

principe d'autonomie, toujours au nom de la séparation des pouvoirs.

Comme le Conseil constitutionnel français avant elle, la Cour constitutionnelle italienne ne considère pas qu'il revienne au juge de créer par voie prétorienne un statut spécifique pour l'opposition parlementaire. Dans sa décision n° 2006-537 du 7 juin 2006, le Conseil avait sanctionné l'article 19 du Règlement de l'Assemblée nationale au motif que « les normes censurées auraient eu comme effet d'instaurer entre les groupes une différence de traitement » en demandant aux parlementaires de se rattacher soit à la majorité soit à l'opposition. La conséquence est connue : la révision de 2008 a créé, avec le nouvel article 51-1, un statut constitutionnel pour l'opposition, et cette disposition aurait été reprise quasiment à l'identique dans le nouvel article 64 de la Constitution italienne si la révision constitutionnelle de 2016 n'avait pas échoué lors du référendum d'approbation.

Enfin, la justification que la Cour accorde au Gouvernement pour son usage pour le moins poussé de la question de confiance dans le cas d'espèce, à savoir la longueur inhabituelle des discussions avec la Commission européenne, apparaît controversée. Celle-ci est assez largement attribuable au Gouvernement italien, qui avait dans un premier temps ignoré les exigences posées par la Commission, pour ensuite revenir au dernier moment sur sa position. C'est à ce stade tardif de la procédure d'adoption de la loi de finances que le Gouvernement a proposé un amendement aussi large du projet de loi initial et a été alors obligé d'accélérer encore davantage l'habituelle course contre la montre qui caractérise l'adoption du budget de l'État.

### III. Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision 1 BvR 673/17 du 26 mars 2019 [adoption par le beau-parent (Stiefkindadoption)], par A. Basset

Le recours constitutionnel introduit par un couple afin que le compagnon puisse adopter l'enfant de sa compagne a donné l'occasion à la Cour constitutionnelle fédérale de confirmer le mouvement général donné depuis dix ans à sa jurisprudence en matière de droit constitutionnel de la famille. Celui-ci se caractérise à la fois par une appréhension concrète des questions et par la volonté de laisser au législateur une liberté suffisante dans l'élaboration des modèles familiaux.

La législation allemande sur l'adoption réservait depuis 1976 l'adoption aux couples mariés : la loi du 2 juillet 1976 avait en effet introduit une adoption plénière qui faisait disparaître tout lien de l'enfant adopté avec ses parents biologiques. Par conséquent, cette adoption plénière ne pouvait pas se faire au profit du concubin ou de la concubine du parent biologique, car ce dernier aurait perdu tout lien de droit avec son propre enfant. Une seule exception était ménagée, au profit des couples mariés : en ce cas en effet, seul le lien avec le parent étranger au nouveau foyer de l'enfant disparaissait <sup>(31)</sup>.

Cette réglementation avait connu une première et décisive attaque en 2013, lorsque, dans l'arrêt *adoption successive*, la CCF avait déclaré inconstitutionnelle l'interdiction faite aux couples non-mariés, même lorsqu'ils reposaient sur le lien juridique de l'union enregistrée, l'adoption successive, soit l'adoption par l'un des conjoints de l'enfant adopté par l'autre avant leur union <sup>(32)</sup>. Alors que la question de l'adoption successive pourrait paraître en quelque sorte marginale - par rapport au moins à celles de l'adoption commune ou de l'adoption par le conjoint -, cet arrêt était d'une importance particulière en ce que, d'une part, il se fondait sur le principe d'égalité conçu du point de vue de l'enfant, et d'autre part s'appuyait sur les décisions rendues depuis 2009 par lesquelles la Cour avait à plusieurs reprises refusé de tirer de la Loi Fondamentale une obligation d'adopter un régime juridique plus favorable pour le mariage que pour les autres formes d'union <sup>(33)</sup>.

Dans la décision *Adoption par le beau-parent*, la Cour a poursuivi dans cette même voie, qui la conduit à considérer la famille moins du point de vue de l'institution sociale que de celui des individus qui la composent. Une conception particulièrement exigeante du principe d'égalité (2) est l'outil correspondant à cette délimitation nouvelle du droit constitutionnel de la famille (1).

#### 1. Les délimitations nouvelles du droit constitutionnel de la famille

La tâche d'une juridiction constitutionnelle est particulièrement délicate lorsqu'elle s'attache au droit constitutionnel de la famille. Celui-ci forme en effet une sorte de droit constitutionnel concurrent, tant les structures de la famille paraissent souvent des données de l'expérience antérieures au droit, voire les données de l'existence qui permettent l'apparition de l'État et du droit. La Cour constitutionnelle fédérale, dans la décision *Adoption par le beau-parent* comme dans celle qui portait sur l'adoption successive, tient compte de ce fait et laisse au législateur une large liberté pour établir les modèles de famille. Cette liberté est cependant tempérée par une prise en compte de l'enfant, comme individu, qui donne une plus grande efficacité au principe d'égalité.

Tous les membres de la famille (une mère et les deux enfants qu'elle avaient eus d'un précédent mariage, ainsi que son nouveau compagnon)

concernée étaient requérants, à des titres différents selon leur statut familial. La mère des enfants ainsi que leur beau-père se fondaient sur le droit fondamental des parents tiré de l'art. 6, al. 2 de la Loi Fondamentale (« élever et éduquer les enfants sont un droit naturel des parents »<sup>(34)</sup>), sans succès. Pour celui-ci parce que cette protection n'est assurée qu'au parent juridique, ce qu'il n'est justement pas puisqu'il aspire à le devenir par d'adoption. Pour celle-là parce qu'elle ne peut pas perdre l'autorité parentale sans l'avoir accepté<sup>(35)</sup>. Dans les deux cas, on voit que le droit fondamental en question est conçu par la Cour comme un droit-défense, un droit donc qui protège l'individu de l'action étatique, et repose sur l'idée d'un droit naturel préexistant à l'État.

En concevant ainsi les droits qui concernent la famille, la Cour refuse d'utiliser les dispositions constitutionnelles pour déterminer de manière positive le droit de la famille. Si elle peut interdire telle ou telle mesure au législateur, il ne peut pas le contraindre à choisir tel modèle plutôt que tel autre. On retrouve ici l'idée bien connue selon laquelle une cour constitutionnelle n'a que la gomme, pas le crayon.

Le droit constitutionnel de la famille est donc principalement envisagé comme un droit-défense<sup>(36)</sup>. Si cela limite les pouvoirs de l'État sur la structure familiale, le corollaire en est que le législateur peut, à l'intérieur de ces limites, donner aux différentes formes de fait les statuts juridiques (ou l'absence de statut) qu'il souhaite. C'est là en quelque sorte la contrepartie de la protection accordée à la famille sociale. Même lorsque ce droit constitutionnel de la famille donne lieu à des obligations positives pour l'État (droit de l'enfant à grandir dans un milieu propice), celles-ci sont comprises, de manière restrictive, comme une garantie minimale. Il paraît donc que le droit de l'adoption - peut-être parce qu'il concerne, déjà, une fiction - est moins sujet à un contrôle étatique et juridictionnel traçant un modèle de la « vie bonne », comme c'est le cas en droit de la procréation<sup>(37)</sup>.

Cette liberté du législateur trouve cependant dans les décisions sur l'adoption une nouvelle limite. Celle-ci n'est pas propre au droit de la famille, et ne s'appuie qu'incidemment sur l'art. 6, al. 1 LF, mais trouve son fondement dans le principe général d'égalité (art. 3, al. 1 LF). C'est là la manifestation d'un changement de perspective dans le droit constitutionnel de la famille, ou au moins de l'ajout d'une nouvelle perspective : on peut désormais le penser, non seulement à partir de l'institution de la famille, mais aussi à partir de l'individu.

Le champ de l'adoption paraissait, il faut le dire, particulièrement propice à cela. Le mouvement général de cette législation, bien avant même les arrêts qui nous intéressent, a été marqué par un retournement semblable. Dans le code civil allemand originel, en effet, l'adoption n'était permise qu'aux hommes de plus de cinquante ans qui n'avaient pu avoir de descendance légitime. Le but de cette institution était donc de garantir la survie de la famille. Au cours du XXe siècle, cependant, la perception changea jusqu'à se renverser complètement : la réforme entrée en vigueur en 1976 voit l'adoption comme le moyen « de donner à un enfant privé d'un foyer sain une famille »<sup>(38)</sup>.

La jurisprudence de la CCF sur l'adoption successive puis sur l'adoption par le beau-parent pousse cette logique à bout en faisant de la situation de l'enfant le cadre d'application du principe d'égalité. Sans en effet se préoccuper de la position des parents (question, on le verra, qui orienta en son temps le contentieux constitutionnel français), la Cour examine la législation en étudiant la différence de traitement établie par celle-ci entre les enfants pouvant être adoptés par leur beau-parent marié à leur parent et ceux qui ne peuvent pas l'être faute d'un tel lien conjugal. Cet examen lui fait conclure que cette atteinte est contraire au principe d'égalité : si l'objectif du législateur - assurer à l'enfant de grandir dans une famille stable - ne laisse rien à redire, la modalité choisie pour le mettre en œuvre (l'exclusion *a priori* de l'adoption par une famille non mariée) produit en revanche une discrimination injustifiée.

Cette solution peut étonner d'abord, si l'on songe à la marge laissée au législateur en fait de droit de la famille. Elle s'explique cependant par une conception particulièrement exigeante du contrôle d'égalité.

## 2. Une conception exigeante du principe d'égalité

Le recours au principe d'égalité en droit constitutionnel de la famille n'est pas en soi une nouveauté. Un rappel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière permet cependant d'apprécier l'usage qu'en fait la Cour constitutionnelle fédérale.

Dans la décision 2010-39 QPC<sup>(39)</sup>, le Conseil constitutionnel avait eu à se prononcer sur une question semblable. Les deux requérantes demandaient à ce que soit examinée la conformité à la constitution de l'art. 365 du Code civil tel qu'interprété par la Cour de cassation. Celle-ci, en n'admettant comme « conjoint » qu'une personne mariée avec le parent de l'adopté, empêchait en pratique l'adoption par une personne homosexuelle de l'enfant de son (ou sa) partenaire, le mariage n'étant alors pas encore ouvert aux personnes de même sexe.

L'argument fondé sur le droit à la vie familiale normale est rejeté, dans cette décision, comme il l'est par la CCF : l'absence d'adoption n'empêchant pas la vie commune, ce droit ne trouve pas à s'appliquer<sup>(40)</sup>. Le grief tiré de la violation du principe d'égalité, ensuite, est écarté rapidement, sur le fondement du pouvoir d'appréciation propre au législateur, et comme tel inaccessible au Conseil<sup>(41)</sup>. Rien là qui soit pour étonner, au regard de la



jurisprudence habituelle de cette institution. On peut certes regretter le contrôle très formel, et comme tel superficiel, qui est fait dans cette décision de l'égalité entre couples homosexuels et couples hétérosexuels : en gardant un œil pudiquement fermé sur l'inégalité qui les sépare alors devant le mariage, le Conseil prend bien soin de ne pas se poser la question d'une discrimination, même indirecte, du fait de l'orientation sexuelle. Pour autant, ce regret correspond à la manière habituelle qu'a le Conseil de procéder au contrôle de l'égalité - une manière extrêmement respectueuse du législateur<sup>(42)</sup>.

Confrontée à un problème similaire, la CCF avait déjà préféré regarder les choses en face : le risque d'une discrimination, directe ou non, d'une minorité justifie d'avoir plus d'exigences envers le législateur au moment d'exercer le contrôle de l'égalité. Ainsi, une différence de traitement entre couples mariés et couples enregistrés doit être d'autant plus solidement étayée que cette différence de situation recouvre habituellement en réalité une différence d'orientation sexuelle<sup>(43)</sup> (tant que le mariage n'est pas ouvert aux personnes de même sexe).

Quoique la décision sur l'adoption par le beau-parent ne concerne pas une situation potentiellement discriminatoire, les décisions sur l'union enregistrée permettent d'éclairer la manière de raisonner qu'adopte la Cour. Comme dans celles-ci, en effet, l'application du principe d'égalité y est l'occasion d'un contrôle particulièrement serré des dispositions législatives, un contrôle qui ne se laisse pas museler par l'invocation de choix idéologiques ou de pouvoir d'appréciation du législateur sur les « questions de société », mais qui leur oppose, strictement, les dispositions tirées de la constitution. Il nous semble ici trouver un exemple d'un juste équilibre entre la non-application de normes constitutionnelles et la surexploitation de celles-ci au profit du juge.

La CCF mesure en effet l'intensité de son contrôle en matière d'égalité au regard d'abord de l'importance des droits en jeu, et de l'influence qu'a l'individu concerné sur sa différence de situation. Or ce sont des « droits fondamentaux essentiels pour le développement de la personnalité de l'enfant » qu'atteint l'interdiction de l'adoption, et l'enfant qui subit cette atteinte n'a aucune prise sur sa cause, puisque le statut matrimonial ou non du couple ne dépend pas de lui. De ce fait, l'atteinte à l'égalité devra être particulièrement justifiée<sup>(44)</sup>. C'est cela qui fonde l'utilisation par la Cour du test de proportionnalité, conçu comme le standard de contrôle le plus rigoureux.

La façon dont elle mène, en l'espèce, ce test permet d'en apprécier l'intérêt – et les fragilités. Si l'examen des caractères adéquat et nécessaire de la mesure ne permet pas d'aboutir à quelque solution que ce soit, la proportionnalité au sens restreint offre une issue au juge : au regard de l'objectif légitime - poursuivi par le législateur (la possibilité pour l'enfant de grandir dans un foyer stable) l'avantage apporté par l'exclusion de principe (en excluant très largement, on a plus de chance d'exclure toutes les familles en réalité instables) ne contrebalance pas l'inconvénient subi par l'enfant exclu de l'adoption par son beau-parent<sup>(45)</sup>.

Ce qui permet au juge de l'affirmer, et c'est là la grande force du test de proportionnalité, c'est une appréciation concrète de la situation : observant le recul du mariage et l'augmentation des naissances hors du cadre matrimonial, évolution attestée par les statistiques officielles, il en conclut que le lien du mariage n'est plus le seul indicateur pertinent pour la stabilité d'une union. Or l'argument de l'instabilité de l'union libre était le seul qui pouvait justifier l'exclusion de l'adoption par le beau-parent non marié. Cette interdiction, lorsque l'évolution sociale rend cet argument caduc, devient donc contre-productive : adoptée dans l'intérêt de l'enfant, elle finit par défavoriser des enfants, qui, de fait, vivent déjà dans des familles stables sans avoir pour autant les avantages que tire un enfant du lien de droit qui l'attache à un parent<sup>(46)</sup>.

Le raisonnement qui conduit la CCF à déclarer ces dispositions inconstitutionnelles (et à suspendre leur application en attendant que le législateur, comme la décision l'y contraint, statue à nouveau dans un délai d'un an) tire sa force de ce changement de perspective, des parents vers l'enfant, et de la méthode empirique qui est adoptée pour examiner le bien-fondé de la différence de traitement observée. Ce faisant, le juge nous paraît trouver une voie qui lui permet d'appliquer les normes constitutionnelles sans qu'on puisse pour autant l'accuser de substituer ses présupposés axiologiques à ceux du législateur.

Cependant, il est un point de la démonstration qui invite à la prudence : s'appuyant sur une jurisprudence antérieure, la Cour fait naturellement du test de proportionnalité le degré maximal du contrôle de l'égalité. À la fin de la démonstration, la question de la différence de traitement paraît pourtant quasiment marginale par rapport à la disproportion en soi de la mesure. Un esprit pessimiste pourra donc craindre que le principe d'égalité, dans cette décision au moins, ne soit qu'un faux-nez qui permet au juge d'imposer une sorte d'obligation générale de cohérence, ici sous l'espèce de la proportionnalité, comme il lui est arrivé de le faire dans d'autres décisions<sup>(47)</sup>.

## IV. Cour constitutionnelle de Corée du Sud, 11 avril 2019, n° 2017Hun-Ba127 [pénalisation de l'avortement], par E. Bottini

*À la recherche de l'équilibre entre intérêts collectifs et droits individuels*

Au cours des vingt dernières années, environ cinquante pays dans le monde ont libéralisé l'accès à l'avortement, parfois seulement progressivement, à travers l'ajout d'exceptions à l'interdiction comme les risques pour la santé de la femme enceinte ou le viol et l'inceste (comme par exemple au Rwanda depuis 2019), parfois de manière plus significative<sup>(48)</sup> en faveur de l'autonomie reproductive des femmes (comme en Irlande depuis 2018)<sup>(49)</sup>. Il est possible de voir dans ces évolutions une « deuxième vague » de réformes autorisant l'avortement, après celle des années 1970 qui a caractérisé entre autres le Royaume-Uni (1967), les États-Unis (1973), la France (1975) et l'Italie (1978)<sup>(50)</sup>. Cela n'empêche pas qu'au-delà de la dépénalisation formelle et de la légalisation de l'avortement dans la quasi-totalité des pays membres de l'Union européenne (à l'exception de Malte et Andorre), une préoccupation grandissante apparaît s'agissant tant des difficultés d'accès au droit à l'avortement que de la fragilité et la remise en discussion constante de celui-ci<sup>(51)</sup>. La Cour constitutionnelle de la République de Corée s'est insérée dans cette évolution - qui est plus souvent le fait du législateur que du juge - en imposant une révision de la législation anti-avortement avant la fin de 2020.

En Corée du Sud, un gynécologue a saisi la Cour constitutionnelle, à l'occasion de sa mise en examen sur le fondement de l'article 270 du Code pénal de Corée (adopté en 1953). Celui-ci a été accusé d'avoir pratiqué des interruptions de grossesse sur demande ou avec le consentement de soixante-neuf femmes entre 2013 et 2015. D'après le requérant, cette disposition porterait atteinte à la première phrase de l'article 10 de la Constitution qui protège la dignité humaine et sert de fondement au droit à l'autodétermination.

Dans cet arrêt du 11 avril 2019<sup>(52)</sup>, la Cour opère un revirement par rapport à la jurisprudence de son arrêt du 23 août 2012<sup>(53)</sup>, où la mise en balance entre le droit à l'autodétermination et le droit à la vie avait conduit à la conclusion que la disposition du Code pénal promouvait un intérêt public légitime et, par conséquent, n'était pas disproportionnée par rapport à ce dernier. Dans cette précédente décision, la Cour coréenne avait opposé un droit individuel (le droit à l'avortement, nommé comme tel dans l'arrêt et déduit de l'article 10 de la Constitution garantissant la dignité et le droit à la poursuite du bonheur) à un intérêt collectif, celui de la protection des fœtus et donc de vies humaines potentielles dès leur commencement. Cet intérêt public doit être compris à l'aune de l'une des raisons à l'origine de la législation coréenne anti-avortement, c'est-à-dire la prévention d'une sélection sur la base du genre due à une préférence généralisée des futurs parents pour les garçons, destinés à perpétuer la généalogie familiale.

L'arrêt commenté prend le contrepied de ce raisonnement : sept juges contre deux considèrent que si la pénalisation de l'avortement, adressée à la fois aux médecins et sages-femmes et aux femmes enceintes qui le demandent, atteint l'objectif posé par la loi de réduire le nombre d'avortements par la dissuasion, cet objectif n'est pas compatible avec le droit à l'autodétermination des femmes. Cette interdiction est considérée comme disproportionnée en raison de son caractère absolu et du fait qu'elle est imposée pour la durée entière de la grossesse. De plus, d'autres voies existeraient pour atteindre l'objectif constitutionnel de la protection du droit à la vie - qui passe par la protection des fœtus - comme par exemple la prévention des grossesses indésirées par des politiques sociales et institutionnelles.

Dans ce raisonnement, et contrairement à l'arrêt de 2012, les intérêts collectifs et individuels semblent être alignés : puisque la sécurité de la femme et celle du fœtus sont intimement liées, la seconde n'a du sens que si la première est garantie, que ce soit une sécurité physique ou sociale<sup>(54)</sup>. Les articles 269 et 270 du Code pénal sont considérés comme contraires à la Constitution car forcer des femmes à poursuivre une grossesse indésirée ne permet précisément pas d'atteindre cet objectif de sécurité. Dans le raisonnement du juge coréen, on retrouve un aspect assez typique de la dépénalisation de l'avortement : elle est envisagée par exception au principe fondamental qui garantit le respect de l'être humain dès sa conception, comme cela est également le cas dans la loi française<sup>(55)</sup>. Dans un passage intéressant et plus original de l'opinion majoritaire de la Cour, l'insécurité des femmes qui ne souhaitent pas poursuivre leur grossesse dans le cadre de l'interdiction actuelle est particulièrement soulignée. Celles-ci ont un accès limité au conseil, à l'éducation et à l'information relatifs à l'avortement, sans compter qu'elles doivent assumer les dépenses nécessaires et se trouvent dans une situation de vulnérabilité en se tournant vers une pratique illégale (la Cour mentionne notamment les actions légales de représailles qui peuvent provenir des ex-conjoints lors de litiges familiaux).

Trois des sept juges majoritaires vont plus loin dans leur raisonnement dans une opinion concurrente. Ils demandent que le droit à l'avortement soit garanti par le législateur pendant le premier trimestre de la grossesse sans aucune restriction ni besoin de justification quelconque, car autrement il y aurait un risque de rendre le droit à l'autodétermination dénué d'effets dans la pratique. Cette opinion séparée, qui insiste sur le caractère privé et intime de la décision de la femme enceinte d'interrompre sa grossesse, est particulièrement importante car elle pourrait influencer la décision future du législateur, à qui est laissé le soin de réformer avant la fin de l'année prochaine le Code pénal.

Les conséquences juridiques exactes d'une telle inconstitutionnalité méritent une attention particulière, et permettent de faire une brève incursion dans la procédure du contrôle de constitutionnalité en République de Corée. La Cour constitutionnelle coréenne est une cour spécialisée qui concentre dans ses mains toute forme de contrôle de constitutionnalité des normes. Plusieurs voies d'accès sont ouvertes aux requérants, et nous nous concentrerons ici sur le type de saisine utilisé dans le cas d'espèce : fondée sur l'article 68-2 de la Loi sur la Cour constitutionnelle, cette forme de question de constitutionnalité s'apparente à une QPC sans filtre. En effet, sur la base de l'article 68-1 de la même Loi, tout justiciable peut soulever une question de constitutionnalité à propos d'une disposition législative applicable au litige en cours. Cette question est d'abord



transmise à la juridiction devant laquelle le litige a lieu et, dans l'hypothèse où la question est transmise à la Cour constitutionnelle, le juge sursoit à statuer. En revanche - et c'est ici la véritable originalité de ce système de contrôle de constitutionnalité - si le juge compétent refuse de transmettre la question, le requérant peut toujours soumettre de nouveau la question à la Cour constitutionnelle individuellement, à travers la procédure sans « filtre » de l'article 68-2. Dans ce cas cependant, le litige ne s'interrompt pas et il est possible que le justiciable soit condamné entre-temps, s'il s'agit d'une procédure pénale comme dans le cas d'espèce. Toutefois, si la Cour considère que la disposition est inconstitutionnelle, elle pourra demander qu'un nouveau procès soit organisé afin de prendre en compte la déclaration d'inconstitutionnalité.

De plus, la Cour dispose de plusieurs possibilités lorsqu'elle considère que la loi porte atteinte à un principe constitutionnel : elle peut déclarer la disposition inconstitutionnelle tout court ou de manière conditionnée ; ou alors elle peut déclarer, à propos de la décision, qu'il est « impossible de la rendre conforme à la Constitution »<sup>(56)</sup>. La différence entre ces décisions se traduit dans leurs effets juridiques. Dans l'hypothèse de dispositions déclarées inconstitutionnelles tout court, celles-ci sont abrogées immédiatement, au moment de la publication de la décision. Lorsque leur constitutionnalité est conditionnée, cela s'apparente aux réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel français : il revient à la Cour suprême d'interpréter les lois en accord avec la réserve d'interprétation constitutionnelle, mais les dispositions restent en vigueur. En revanche, lorsque les dispositions législatives sont déclarées non conformes à la Constitution, elles restent en vigueur pour une période de temps établie par la Cour, pendant laquelle le législateur doit agir afin de les modifier dans le sens indiqué par le juge. Il est donc encore trop tôt pour savoir comment sera modifiée la législation coréenne relative à l'avortement, et, contrairement à ce que souhaitaient les trois juges (minoritaires) qui avaient voté pour une déclaration d'inconstitutionnalité tout court, les articles pénalisant l'avortement resteront en vigueur jusqu'à la fin de l'année prochaine, avec toutes les conséquences juridiques et politiques qui en découlent.

**(1)** Parmi les très nombreuses références doctrinales sur le thème, en se limitant aux sources françaises, v. p. exemple : A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1909), Éditions Panthéon-Assas, 2001 ; M.-C. Ponthoreau, *Droits constitutionnels comparés*, Economica, coll. Corpus droit public, 2010 ; S. Pierré-Caps, *Droits constitutionnels étrangers*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2015.

**(2)** « Chroniques de droit constitutionnel étranger » dans la *Revue française de droit constitutionnel* ; « Chronique annuelle » de droit étranger dans l' *Annuaire international de justice constitutionnelle* ; « Chronique de jurisprudence comparée » dans la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* ; « Chronique de législation et de jurisprudence » dans la *Revue internationale de droit comparé*.

**(3)** « Chronique de droit constitutionnel comparé européen » dans la *Revue du droit de l'Union européenne*.

**(4)** Certains pays feront néanmoins l'objet d'une veille plus régulière : l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, l'Espagne, le Royaume-Uni, les États-Unis, ainsi que les pays dont les cours sont membres de l'Association des Cours constitutionnelles francophones (ACCF), dont le Conseil constitutionnel fait partie.

**(5)** BVerfGE 7, 198 (arrêt *Lüth* du 15 janvier 1958, 1 BvR 400/51). À propos des conséquences de cet arrêt sur la constitutionnalisation du droit civil, on pourra se reporter à Jestaedt (Matthias), « Phänomen Bundesverfassungsgericht – Was das Gericht zu dem macht, was es ist », in Jestaedt (Matthias), Lepsius (Oliver), Möllers (Christoph), Schönberger (Christoph), *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp, 2011, 426 p., p. 77-157, notamment p. 119-123. Pour une présentation générale des débats sur l'effet horizontal, Voßkuhle (Andreas), « Zur Einwirkung der Verfassung auf das Zivilrecht », *Festschrift Stürmer*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, 2 t., t. 1, p. 79-92 ; voir aussi un bon résumé dans Madelaine (Colombine), *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2014, 572 p., p. 48-53.

**(6)** BVerfGE 6, 32, 36-37 (arrêt *Elfes* du 16 janvier 1957, 1 BvR 253/56) ; sur l'intérêt de cet arrêt et de cette construction dogmatique pour l'extension du champ des droits fondamentaux, et du recours constitutionnel par la même occasion, voir Jestaedt, « Phänomen Bundesverfassungsgericht » (note 5), p. 120-121.

**(7)** Décisions *Fraport* du 22 février 2011, 1 BvR 699/06 (BVerfGE 128, 226, en particulier p. 248-49) et *Bierdosen-Flashmob* du 18 juillet 2015, 1 BvQ 25/15.

**(8)** BVerfGE 128, 226, 248-49 (décision *Fraport* du 22 février 2011, 1 BvR 699/06)

**(9)** von Hellgardt (Alexander), « Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung? », *Juristenzeitung*, 2018/19, p. 901-910 ; Michl (Fabian), « Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure », *Juristenzeitung*, 2018/19, p. 910-918.

**(10)** « les décisions contestées tiennent suffisamment compte de l'effet rayonnant des droits fondamentaux sur le droit civil » (« Die angegriffenen Entscheidungen tragen der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Zivilrecht hinreichend Rechnung »), § 30. Voir aussi § 31.

(11) Pour reprendre l'expression de l'arrêt *Lüth*, qui endossait ainsi la présentation de Dürig : « Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als die "Einbruchstellen" der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden » (BVerfGE 7, 198, 206).

(12) § 41.

(13) Von Hellgardt, « Wer hat Angst... » (note 9), p. 901-902

(14) Michl, « Situative staatsgleiche Grundrechtsbindung » (note 9), p. 916.

(15) « Indem ein Privater eine solche Veranstaltung ins Werk setzt, erwächst ihm von Verfassungen wegen auch eine besondere rechtliche Verantwortung. » (§ 41). On remarquera le lexique biologique utilisé (« erwächst ») : cette responsabilité paraît naître d'elle-même et comme naturellement à partir du moment où la personne privée remplit ces fonctions.

(16) § 45 et 52.

(17) Von Hellgardt, « Wer hat Angst... » (note 9), p. 909

(18) *Ibid.*

(19) Voir notamment Hauriou (Maurice), note sous CE, 7 avril 1916, *Astruc*, *Sirey*, 1916, III, p. 41 ; réimpr. *in id.*, *La jurisprudence administrative*, t. 1, p. 332-337 ; reconnaître cette extension du service public reviendrait encore une fois à « changer l'Etat », pour reprendre l'expression bien connue du même Hauriou (note sous TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, *Sirey*, 1900, III, p. 49 ; réimpr. *in id.*, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, Sirey, 1929, t. 1, 743 p., p. 413-422, citation p. 419).

(20) Déjà dans l'arrêt *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 212 ; voir plus clairement encore dans la décision *Fraport* (BVerfGE 128, 226, 249).

(21) Dans le cas d'espèce, il s'agissait de l'article 161 du Règlement du Sénat.

(22) V. notamment : M. Cavino, « La necessità formale di uno statuto dell'opposizione », *Federalismi.it*, 20 février 2019 ; S. Curreri, « L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale) », *Federalismi.it*, 20 février 2019 ; A. Lucarelli, « La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta? », *Federalismi.it*, 20 février 2019.

(23) A. Ruggeri, « Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo... virtuale o in astratto », *Consulta Online*, Studi 2019/I, p. 71.

(24) Le recours voué à contester l'inconstitutionnalité des lois applicables à un litige en cours. V. F. Gallo, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 2014.

(25) Outre les trois pouvoirs traditionnels, exécutif, législatif et judiciaire, sont considérés comme des pouvoirs constitutionnels à ce titre également le Président de la République, la Cour des comptes, la Cour constitutionnelle elle-même, le Premier Ministre, le Ministre de la Justice, les Commissions parlementaires d'enquête et le Conseil supérieur de la Magistrature.

(26) Selon l'article 37 de la loi n° 87/1953, les pouvoirs constitutionnels autorisés à saisir la Cour pour ce type de contrôle de constitutionnalité doivent avoir été concrètement lésés dans leur pouvoir décisionnel. Or, dans le cas d'espèce, la Cour considère que ces lésions ne sont ni graves ni évidentes.

(27) Les décisions de la Cour constitutionnelle sont divisées en deux parties, la considération des faits qui résume les griefs des requérants, et la considération en droit qui contient le raisonnement de la Cour et sa décision sur le fond.

(28) V. Les articles 72 et 94 de la Constitution italienne.

(29) La doctrine italienne a pu parler de "parlementarisme absolu" pour décrire une situation où l'opposition parlementaire n'a pas les instruments juridiques pour s'opposer à la majorité composée du Gouvernement et des groupes parlementaires qui le soutiennent.

(30) Protégé par les articles 64 (règlements des chambres parlementaires) et 72 (procédure législative) de la Constitution.

(31) § 1755 *Bürgerliches Gesetzbuch* (code civil allemand, ci-après BGB).

**(32)** Décision 1 BvL 1/11 et 1 BvR 3247/09 du 19 février 2013 ( *Adoption successive*), BVerfGE 133, 59.

**(33)** Ainsi dans les décisions *Traitement égal de l'union enregistrée* (décision 1 BvR 1164/07 du 7 juillet 2009, BVerfGE 124, 199) et *Discrimination fiscale des unions enregistrées* (décision 1 BvR 611, 2464/07 du 21 juillet 2010, BVerfGE 126, 400).

**(34)** « Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern » (nous reprenons la traduction proposée par le Bundestag).

**(35)** § 49-51.

**(36)** Ce que l'on observe également à propos des arguments tirés de la protection des enfants (§ 53-54) et de la protection de la famille (§ 55-57).

**(37)** Sur cette question, voir Marguet (Laurie), *Le droit de la procréation en France et en Allemagne - étude sur la normalisation de la vie*, thèse Paris X Nanterre, 2018, p. 12-21, puis notamment le premier titre de la deuxième partie (p. 357-559).

**(38)** Extrait des motifs du projet de loi du 2 juillet 1976 (Bundestag, *Drucksache*. 7/3061, p. 1) ; voir sur le sujet Löhnig (Martin), Lettmaier (Saskia), § 1741 sq., *in* Schmoeckel (Mathias), Rückert (Joachim), Zimmermann (Reinhard), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, t. IV : *Familienrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, 1622 p. On peut d'ailleurs observer un mouvement semblable en France, de l'apparition de l'adoption dans le code Napoléon aux profondes transformations qu'elle a connues au XXe siècle (Courbe (Patrick), Gouttenoire (Adeline), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2017, 7<sup>e</sup> éd., 586 p., p. 449-451 ; Murat (Pierre), « Les transformations de la famille. Quel impact sur les finalités de l'adoption ? », *Informations sociales*, 2/2008, n° 146, §3 sq.)

**(39)** Conseil constitutionnel, décision 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*

**(40)** CC, 2010-39 QPC, cons. 8.

**(41)** Cons. 9.

**(42)** Pour une critique de cette manière de faire, voir Jouanjan (Olivier), « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Juspoliticum*, 7, 2012 ; plus largement sur la manière dont les décisions du Conseil peuvent être prédéterminées par le législateur : Basset (Antoine), *Pour en finir avec l'interprétation - usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2015, 527 p., p. 337-341.

**(43)** Décision *Traitement égal de l'union enregistrée*, BVerfGE 124, 199, 220-221.

**(44)** § 64-75.

**(45)** § 86-122.

**(46)** Voir notamment la réfutation du raisonnement tenu par la Cour fédérale de justice sur le sujet § 79-84.

**(47)** Basset (Antoine), « Droits fondamentaux et droit constitutionnel : une confusion allemande », in E. Bottini, B. Harcourt et al. (dir.), *Nouveaux regards sur des modèles classiques de démocratie constitutionnelle*, Mare et Martin, 2019, p. 171-216.

**(48)** Par la libéralisation de l'interruption volontaire de grossesse dans la limite du premier trimestre sans obligation de justification sur des bases ni médicales, ni sociales.

**(49)** Voir les informations complètes et mises à jour en temps réel de l'association *Center for Reproductive Rights* : <https://reproductiverights.org/worldabortionlaws>.

**(50)** Pour une contextualisation de ces réformes, v. D. Thouvenin, « Préface. L'avortement, "une affaire de femmes" et "un droit pas comme les autres" », in L. Brunet, A. Guyard-Nedelec (dir.), *"Mon corps, mes droits". L'avortement menacé ? Panorama socio-juridique : France, Europe, Etats-Unis*, Paris, Mare et Martin, 2019, p. 11-19.

**(51)** L. Brunet, A. Guyard-Nedelec (dir.), *"Mon corps, mes droits". L'avortement menacé ? Panorama socio-juridique : France, Europe, Etats-Unis*, *op. cit.*

**(52)** Un résumé en anglais de l'arrêt et des opinions séparées est disponible en ligne.

**(53)** Cour constitutionnelle de Corée, décision n° 2010Hun-Ba402, 23 août 2012. Un résumé en anglais de l'arrêt et des opinions séparées est disponible en ligne.

**(54)** V. J.-I. Yun, « Recent abortion decision of Korean Constitutional Court », *IACL-AIDC Blog*, 31 juillet 2019, <https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/7/31/recent-abortion-decision-of-korean-constitutional-court>.

**(55)** V. D. Thouvenin, « Préface », *op. cit.*, p. 17 ; l'article 1 de la loi du 17 janvier 1975 affirme en effet que « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi ».

**(56)** Parfois cette distinction est traduite par « inconstitutionnalité » pour la première et « non-conformité » pour la seconde ; v. J.-I. Yun, « Recent abortion decision of Korean Constitutional Court », *op. cit.* Je tiens à remercier ici la professeure Jeong-In Yun pour ses explications relatives au contrôle de constitutionnalité en Corée du Sud.

### **Citer cet article**

Antoine BASSET ; Éleonora BOTTINI. « Chronique de droit constitutionnel comparé », Titre VII [en ligne], octobre 2019, n° 3. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-constitutionnel-compare>