

**Méthodologie appliquée**

**Thématique :**

**Les conséquences pratiques du cadre théorique sur la lecture de la jurisprudence**

Master 2

Théorie du droit

2018-2019

Séminaire du Professeur Xavier Magnon

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Documents de travail

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

I - Éléments bibliographiques de référence

(**devant être lus avant le début du séminaire**)

R. Guastini, « Sur le néoconstitutionnalisme », in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mèlanges en l’honneir de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, pp. 255-269.

X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Manuel Universités Droit, 2008, et, plus particulièrement, la première partie de l’ouvrage « Une approche normativiste du droit », pp. 32-121.

R. Ponsard, « Les moyens d’une analyse scientifiquement et juridiquement critique : l’exemple de l’étude des décisions du Conseil constitutionnel », *AIJC*, 2015, pp. 65-90.

A. Sériaux, « Droit naturel », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, Lamy-PUF, 2003, pp. 507-511.

M. Troper, « Une théorie réaliste de l’interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l’Etat*, P.U.F., Leviathan, 2001, pp. 69-84

M. Troper, « Réplique à O. Pfersmann », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 335-353, spécialement p. 337.

V. Champeil-Desplats, M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 2005, p. 11-23.

II - Étude de cas

**CE, 17 février 1950, *Ministre de l’agriculture c. Dame Lamotte***

Vu le recours et le mémoire ampliatif présentés pour le ministre de l'agriculture, enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat les 28 octobre 1946 et 23 février 1948 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un arrêté en date du 4 octobre 1946 par lequel le conseil de préfecture de Lyon a annulé un arrêté en date du 10 août 1944 par lequel le préfet de l'Ain avait concédé au sieur de Testa, en vertu de l'article 4 de la loi du 23 mai 1943, le domaine dit "du Sauberthier" sis commune de Montluel appartenant à la dame X... née Y... ; Vu les lois du 19 février 1942 et du 23 mai 1943 ; Vu l'ordonnance du 9 août 1944 ; Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 ;

Considérant que, par un arrêté du 29 janvier 1941, pris en exécution de la loi du 27 août 1940, le préfet de l'Ain a concédé "pour une durée de neuf années entières et consécutives qui commenceront à courir le 1er février 1941", au sieur de Testa le domaine de Sauberthier commune de Montluel , appartenant à la dame X..., née Y... ; que, par une décision du 24 juillet 1942, le Conseil d'Etat a annulé cette concession par le motif que ce domaine "n'était pas abandonné et inculte depuis plus de deux ans" ; que, par une décision ultérieure, du 9 avril 1943, le Conseil d'Etat a annulé, par voie de conséquence, un second arrêté du préfet de l'Ain, du 20 août 1941, concédant au sieur de Testa trois nouvelles parcelles de terre, attenantes au domaine ;

Considérant enfin que, par une décision du 29 décembre 1944, le Conseil d'Etat a annulé comme entaché de détournement de pouvoir un troisième arrêté, en date du 2 novembre 1943, par lequel le préfet de l'Ain "en vue de retarder l'exécution des deux décisions précitées du 24 juillet 1942 et du 9 avril 1943" avait "réquisitionné" au profit du même sieur de Testa le domaine de Sauberthier ;

Considérant que le ministre de l'Agriculture défère au Conseil d'Etat l'arrêté, en date du 4 octobre 1946, par lequel le conseil de préfecture interdépartemental de Lyon, saisi d'une réclamation formée par la dame Lamotte contre un quatrième arrêté du préfet de l'Ain, du 10 août 1944, concédant une fois de plus au sieur de Testa le domaine de Sauberthier, a prononcé l'annulation de ladite concession ; que le ministre soutient que le conseil de préfecture aurait dû rejeter cette réclamation comme non recevable en vertu de l'article 4 de la loi du 23 mai 1943 ;

Considérant que l'article 4, alinéa 2, de l'acte dit loi du 23 mai 1943 dispose : "L'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire" ; que, si cette disposition, tant que sa nullité n'aura pas été constatée conformément à l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine, a pour effet de supprimer le recours qui avait été ouvert au propriétaire par l'article 29 de la loi du 19 février 1942 devant le conseil de préfecture pour lui permettre de contester, notamment, la régularité de la concession, elle n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité. Qu'il suit de là, d'une part, que le ministre de l'Agriculture est fondé à demander l'annulation de l'arrêté susvisé du conseil de préfecture de Lyon du 4 octobre 1946, mais qu'il y a lieu, d'autre part, pour le Conseil d'Etat, de statuer, comme juge de l'excès de pouvoir, sur la demande en annulation de l'arrêté du préfet de l'Ain du 10 août 1944 formée par la dame X... ;

Considérant qu'il est établi par les pièces du dossier que ledit arrêté, maintenant purement et simplement la concession antérieure, faite au profit du sieur de Testa, pour une durée de 9 ans "à compter du 1er février 1941", ainsi qu'il a été dit ci-dessus, n'a eu d'autre but que de faire délibérément échec aux décisions susmentionnées du Conseil d'Etat statuant au contentieux, et qu'ainsi il est entaché de détournement de pouvoir ;

DECIDE :

Article 1er - L'arrêté susvisé du conseil de préfecture de Lyon du 4 octobre 1946 est annulé.

Article 2 - L'arrêté du préfet de l'Ain du 10 août 1944 est annulé. Article 3 - Expédition de la présente décision sera transmise au ministre de l'Agriculture.

**CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene***

Vu la requête présentée par le sieur X... Charles , chef de bureau à la Préfecture d'Indre-et-Loire, ladite requête enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 10 mars 1949, et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler : 1° un arrêté du préfet d'Indre-et-Loire en date du 13 juillet 1948 le suspendant de ses fonctions ; 2° un arrêté du préfet d'Indre-et-Loire en date du 30 juillet 1948 lui infligeant un blâme ; Vu la Constitution de la République française ; Vu les lois du 19 octobre 1946, du 27 décembre 1947 et du 28 septembre 1948 ; Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 ;

En ce qui concerne la mesure de suspension :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la mesure de suspension dont le sieur X... a été frappé le 13 juillet 1948 a été rapportée le 20 juillet 1948, antérieurement à l'introduction du pourvoi ; qu'ainsi la requête est, sur ce point, sans objet ;

En ce qui concerne le blâme :

Considérant que le sieur X... soutient que cette sanction a été prise en méconnaissance du droit de grève reconnu par la Constitution ;

Considérant qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution, que "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent", l'assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l'une des modalités, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ;

Considérant que les lois des 27 décembre 1947 et 28 septembre 1948, qui se sont bornées à soumettre les personnels des compagnies républicaines de sécurité et de la police à un statut spécial et à les priver, en cas de cessation concertée du service, des garanties disciplinaires, ne sauraient être regardées, à elles seules, comme constituant, en ce qui concerne les services publics, la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution ;

Considérant qu'en l'absence de cette réglementation, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations ;

Considérant qu'une grève qui, quel qu'en soit le motif, aurait pour effet de compromettre dans ses attributions essentielles l'exercice de la fonction préfectorale porterait une atteinte grave à l'ordre public ; que dès lors le gouvernement a pu légalement faire interdire et réprimer la participation des chefs de bureau de préfecture à la grève de juillet 1948 ;

Considérant qu'il est constant que le sieur X..., chef de bureau à la préfecture d'Indre-et-Loire, a, nonobstant cette interdiction, fait grève du 13 au 20 juillet 1948 ; qu'il résulte de ce qui précède que cette attitude, si elle a été inspirée par un souci de solidarité, n'en a pas moins constitué une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire ; qu'ainsi le requérant n'est pas fondé à soutenir qu'en lui infligeant un blâme le préfet d'Indre-et-Loire a excédé ses pouvoirs ;

DECIDE :

Article 1er - La requête susvisée du sieur X... est rejetée.

Article 2 - Expédition de la présente décision sera transmise au ministre de l'Intérieur.

CC, n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*

Le Conseil constitutionnel,

Saisi le 1er juillet 1971 par le Président du Sénat, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, du texte de la loi, délibérée par l'Assemblée nationale et le Sénat et adoptée par l'Assemblée nationale, complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ;

Vu la Constitution et notamment son préambule ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, modifiée ;

Vu la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et milices privées ;

1. Considérant que la loi déférée à l'examen du Conseil constitutionnel a été soumise au vote des deux assemblées, dans le respect d'une des procédures prévues par la Constitution, au cours de la session du Parlement ouverte le 2 avril 1971 ;

2. Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ;

3. Considérant que, si rien n'est changé en ce qui concerne la constitution même des associations non déclarées, les dispositions de l'article 3 de la loi dont le texte est, avant sa promulgation, soumis au Conseil constitutionnel pour examen de sa conformité à la Constitution, ont pour objet d'instituer une procédure d'après laquelle l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées pourra être subordonnée à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire de leur conformité à la loi ;

4. Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901, ainsi, par voie de conséquence, que la disposition de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi soumise au Conseil constitutionnel leur faisant référence ;

5. Considérant qu'il ne résulte ni du texte dont il s'agit, tel qu'il a été rédigé et adopté, ni des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, que les dispositions précitées soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil ;

6. Considérant, enfin, que les autres dispositions de ce texte ne sont contraires à aucune disposition de la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant les dispositions de l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901 ainsi que les dispositions de l'article 1er de la loi soumise au Conseil leur faisant référence.

Article 2 :

Les autres dispositions dudit texte de loi sont déclarées conformes à la Constitution.

Article 3 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

**CC, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse***

Saisi le 20 décembre 1974 par MM Jean FOYER, Marc LAURIOL, Hervé LAUDRIN, Emmanuel HAMEL, Paul CAILLAUD, Charles BIGNON, Joseph-Henri, MAUJOUAN DU CASSET, Jean CHAMBON, Henri de GASTINES, Lucien RICHARD, Albert LIOGIER, Léon DARNIS, Alexandre BOLO, Mme Yvonne STEPHAN, MM Pierre BAS, Maurice LIGOT, Pierre de BENOUVILLE, Julien SCHWARTZ, Mme Nicole de HAUTECLOCQUE, MM Robert WAGNER, Gérard DELIAUNE, Gabriel de POULPIQUET, Gaston GIRARD, Augustin CHAUVET, Henri GUILLERMIN, Paul RIVIERE, Gérard CHASSEGUET, Marcel HOFFER, René QUENTIER, René RADIUS, Pierre NOAL, Claude GERBET, Jacques FOUCHIER, Bertrand DENIS, Charles DEPREZ, André PICQUOT, Jean GRIMAUD, Jean BICHAT, Romain BUFFET, Edouard FREDERIC-DUPONT, Jean CHASSAGNE, Michel JACQUET, Albert BROCHARD, Isidore RENOUARD, Emile DURAND, André BRUGEROLLE, Xavier HAMELIN, Jean SEITLINGER, Louis JOANNE, Henri DUVILLARD, Pierre CORNET, Marcel PUJOL, Auguste DAMETTE, Roland BOUDET, Jean-Marie DAILLET, Jacques MEDECIN, Henri BLARY, Charles CEYRAC, Maurice CORNETTE, Roger CORREZE, René BLAS, André GLON, Pierre BURON, Paul BOUDON, Paul VAUCLAIR, Jean-Paul PALEWSKI, Maurice SCHNEBELEN, Albert EHM, Maurice DOUSSET, Maurice PAPON, Pierre GODEFROY, Frédéric DUGOUJON, Emile BIZET, Pierre MAUGER, Pierre-Charles KRIEG, Yves LE CABELLEC, Jean CRENN, Pierre WEBER, Rémy MONTAGNE, Loïc BOUVARD et, le 30 décembre 1974, par M Raymond RETHORE, députés à l'Assemblée nationale, dans les conditions prévues à l'article 61 de la Constitution, du texte de la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, telle qu'elle a été adoptée par le Parlement ;

Vu les observations produites à l'appui de cette saisine ;

Vu la Constitution, et notamment son préambule ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Ouï le rapporteur en son rapport ;

1. Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ;

2. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution : "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie." ;

3. Considérant que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ;

4. Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ;

5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ;

6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ;

7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ;

8. Considérant, en second lieu, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

9. Considérant que la loi déférée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit ;

10. Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte ;

11. Considérant, en conséquence, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse ne contredit pas les textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son préambule non plus qu'aucun des articles de la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Les dispositions de la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, déférée au Conseil constitutionnel, ne sont pas contraires à la Constitution.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

**Cass., Ass. pléin., 31 mai 1991**

Sur le pourvoi dans l’intérêt de la loi formé par M. le Procureur général près la Cour de Cassation :

Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble l’article 353 du même Code ;

Attendu que, la convention par laquelle une femme s’engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l’abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d’ordre public de l’indisponibilité du corps humain qu’à celui de l’indisponibilité de l’état des personnes ;

Attendu selon l’arrêt infirmatif attaqué que Mme X..., épouse de M. Y..., étant atteinte d’une stérilité irréversible, son mari a donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l’enfant ainsi conçu ; qu’à sa naissance, cet enfant a été déclaré comme étant né de Y..., sans indication de filiation maternelle ;

Attendu que, pour prononcer l’adoption plénière de l’enfant par Mme Y..., l’arrêt retient qu’en l’état actuel des pratiques scientifiques et des moeurs, la méthode de la maternité substituée doit être considérée comme licite et non contraire à l’ordre public, et que cette adoption est conforme à l’intérêt de l’enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer de M. et Mme Y... pratiquement depuis sa naissance ;

Qu’en statuant ainsi, alors que cette adoption n’était que l’ultime phase d’un processus d’ensemble destiné à permettre à un couple l’accueil à son foyer d’un enfant, conçu en exécution d’un contrat tendant à l’abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes, ce processus constituait un détournement de l’institution de l’adoption, la cour d’appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement dans l’intérêt de la loi et sans renvoi, l’arrêt rendu le 15 juin 1990 par la cour d’appel de Paris.

**Cass., Civ. 1ère, 5 juillet 2017**

Attendu, selon l’arrêt attaqué, qu’aux termes de leurs actes de naissance américains, dressés conformément à un jugement de la cour supérieure de l’Etat de Californie du 17 septembre 2010, P... et P... X... sont nés le 4 novembre 2010 à Whittier (Californie, Etats-Unis d’Amérique) de M. X... et de Mme Y..., son épouse, tous deux de nationalité française ; que, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes s’étant opposé à leur demande de transcription de ces actes de naissance sur les registres de l’état civil consulaire et du service central d’état civil du ministère des affaires étrangères, en invoquant l’existence d’une convention de gestation pour autrui, M. et Mme X... l’ont assigné à cette fin ;

Sur le moyen unique, pris en ses première, deuxième, troisième, quatrième, cinquième, sixième et neuvième branches :

Attendu que M. et Mme X... font grief à l’arrêt de rejeter leur demande, en ce qui concerne la désignation de Mme X... en qualité de mère, alors selon le moyen :

1°/ que les actes d’état civil établis dans un pays étrangers et rédigés dans les formes usitées dans ce pays font foi sauf s’ils sont irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; que seule la réalité juridique et non la réalité biologique doit être prise en compte pour vérifier la valeur probante d’un acte d’état civil établi à l’étranger ; qu’il résultait des termes du jugement de la Cour supérieure de Californie du 17 septembre 2010, qui servait de fondement aux actes de naissance dont la transcription était demandée, que M. et Mme X... étaient déclarés parents légaux des deux enfants et que la mère biologique avait renoncé à tous droits sur eux ; qu’en retenant que les faits déclarés par les intéressés lors de l’établissement des actes de naissance par le service de l’état civil californien sur la filiation maternelle des enfants ne correspondaient pas à la réalité, cependant que ces actes avaient été établis sur la foi d’une décision de justice rendue légalement en Californie et donnant force exécutoire à un contrat de gestation pour autrui qui attribuait la paternité et la maternité juridiques à M. et Mme X..., de sorte que le fait que la mère juridique ne soit pas la femme ayant accouché ne caractérisait pas une fausse information, la cour d’appel a violé l’article 47 du code civil ;

2°/ que le ministère public n’avait contesté ni l’opposabilité en France du jugement américain ni la foi à accorder aux actes dressés en Californie et s’était borné à justifier le refus de transcription de l’acte en invoquant l’existence d’un processus contraire à l’ordre public international français impliquant le recours à un contrat de gestation pour autrui ; qu’en refusant de prendre en compte les énonciations du jugement étranger du 17 septembre 2010 en ce qu’il mentionnait Mme X... comme étant la mère des enfants, après avoir pourtant rappelé que la théorie de la fraude soutenue par le ministère public n’était pas pertinente dès lors que la convention de gestation pour autrui conclue entre un parent d’intention et une mère porteuse ne faisait plus obstacle à la transcription de l’acte de naissance d’un enfant né à l’étranger issu d’une telle convention, la cour d’appel n’a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation de l’article 47 du code civil ;

3°/ que le procureur de la République ne peut refuser une demande de transcription d’un acte d’état civil dressé à l’étranger qu’en établissant qu’il serait « irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité » au regard des formes usitées dans ce pays ; que les actes de naissance des enfants concernés avaient été établis sur la base d’un jugement de la Cour supérieure de Californie du 17 septembre 2010, lui-même conforme au code de la famille californien, déclarant M. et Mme X... parents légaux des enfants à naître par gestation pour autrui ; qu’ils avaient donc été rédigés dans les formes usitées dans l’Etat de Californie ; qu’en retenant que le procureur de la République pouvait refuser de transcrire les actes de naissance établis dans ces conditions, la cour d’appel a violé l’article 47 du code civil ;

4°/ qu’en examinant la force probatoire des actes de naissance en litige, non pas au regard des dispositions édictées en vue de leur transcription par l’article 47 du code civil, mais par application de la loi désignée par la règle de conflit pour l’établissement de la filiation de l’enfant, la cour d’appel a violé l’article 47 du code civil ;

5°/ que le droit au respect de la vie privée garanti par l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales exige que chacun puisse établir les détails de son identité d’être humain, ce qui inclut sa filiation et sa nationalité ; que la juridiction européenne a retenu que la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants conçus par gestation pour autrui et les parents d’intention portait atteinte au respect de leur vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation ; qu’en limitant l’effet utile du droit au respect de la vie privée et familiale de l’enfant et son droit à l’identité qui inclut la filiation et la nationalité au seul cas où la filiation paternelle est conforme à la vérité biologique, la cour d’appel a violé l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales ;

6°/ que l’intérêt supérieur de l’enfant exige que soit transcrit sur les registres d’état civil français l’acte de naissance régulièrement établi à l’étranger et indiquant la filiation paternelle et maternelle ; qu’en retenant que l’intérêt supérieur de l’enfant ne pouvait être utilement invoqué que si la filiation paternelle était conforme à la vérité biologique, la cour d’appel a violé l’article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l’enfant ;

7°/ qu’ils faisaient valoir que la filiation de leurs enfants était établie par la possession d’état à leur égard depuis quatre années, ce qui justifiait la transcription des actes de naissance, sauf à porter atteinte au respect de la vie privée et familiale et à l’intérêt supérieur de l’enfant ; qu’en refusant la transcription demandée sans répondre à ce moyen, la cour d’appel n’a pas satisfait aux exigences de l’article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que, selon l’article 47 du code civil, tout acte de l’état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d’autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l’acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ;

Que, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l’accouchement ;

Qu’ayant constaté que Mme X... n’avait pas accouché des enfants, la cour d’appel en a exactement déduit que les actes de naissance étrangers n’étaient pas conformes à la réalité en ce qu’ils la désignaient comme mère, de sorte qu’ils ne pouvaient, s’agissant de cette désignation, être transcrits sur les registres de l’état civil français ;

Attendu qu’aux termes de l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ;

2. Il ne peut y avoir ingérence d’une autorité publique dans l’exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu’elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l’ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d’autrui ;

Attendu que le refus de transcription de la filiation maternelle d’intention, lorsque l’enfant est né à l’étranger à l’issue d’une convention de gestation pour autrui, résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu’il tend à la protection de l’enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil ;

Attendu que ce refus de transcription ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, au regard du but légitime poursuivi ; qu’en effet, d’abord, l’accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n’est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité française aux enfants nés d’une gestation pour autrui à l’étranger ; qu’ensuite, en considération de l’intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d’un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l’article 47 du code civil sont remplies, ni à l’établissement de la filiation paternelle ; qu’enfin, l’adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l’intérêt de l’enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l’épouse de leur père ;

Et attendu que la cour d’appel, qui était saisie d’une action aux fins de transcription d’actes de l’état civil étrangers et non d’une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, n’avait pas à répondre aux conclusions inopérantes relatives à la possession d’état des enfants ;

D’où il suit que le moyen, qui critique un motif surabondant en sa quatrième branche, ne peut être accueilli ;

Mais sur la huitième branche du moyen :

Vu l’article 47 du code civil, ensemble l’article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que, pour refuser la transcription des actes de naissance étrangers en ce qu’ils désignent M. X... en qualité de père, l’arrêt retient qu’en l’absence de certificat médical délivré dans le pays de naissance attestant de la filiation biologique paternelle, d’expertise biologique judiciaire et d’éléments médicaux sur la fécondation artificielle pratiquée, la décision rendue le 17 septembre 2010 par une juridiction californienne le déclarant parent légal des enfants à naître, est insuffisante à démontrer qu’il est le père biologique ;

Qu’en statuant ainsi, alors, d’une part, que la transcription des actes de naissance sur les registres de l’état civil français n’était pas subordonnée à une expertise judiciaire, d’autre part, qu’elle constatait que le jugement californien énonçait que le patrimoine génétique de M. X... avait été utilisé, sans relever l’existence d’éléments de preuve contraire, de sorte que ce jugement avait, à cet égard, un effet de fait et que la désignation de M. X... dans les actes comme père des enfants était conforme à la réalité, la cour d’appel a violé les textes susvisés ;

Vu les articles L. 411-3 du code de l’organisation judiciaire et 1015 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu’il y ait lieu de statuer sur la septième branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu’il rejette la demande de M. et Mme X... de transcription, sur les registres de l’état civil consulaire et du service central d’état civil du ministère des affaires étrangères, des actes de naissance de P... et P... X..., nés le... à Whittier (Etats-Unis), en ce qu’ils sont nés de M. Jean-François X..., né le..., l’arrêt rendu le 28 septembre 2015, entre les parties, par la cour d’appel de Rennes ;

DIT n’y avoir lieu à renvoi ;

**Cass., Ass. plénière, 17 novembre 2000, *Perruche***

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche du pourvoi principal formé par les époux X..., et le deuxième moyen du pourvoi provoqué, réunis, formé par la caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne :

Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu qu'un arrêt rendu le 17 décembre 1993 par la cour d'appel de Paris a jugé, de première part, que M. Y..., médecin, et le Laboratoire de biologie médicale de Yerres, aux droits duquel est M. A..., avaient commis des fautes contractuelles à l'occasion de recherches d'anticorps de la rubéole chez Mme X... alors qu'elle était enceinte, de deuxième part, que le préjudice de cette dernière, dont l'enfant avait développé de graves séquelles consécutives à une atteinte in utero par la rubéole, devait être réparé dès lors qu'elle avait décidé de recourir à une interruption volontaire de grossesse en cas d'atteinte rubéolique et que les fautes commises lui avaient fait croire à tort qu'elle était immunisée contre cette maladie, de troisième part, que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec ces fautes ; que cet arrêt ayant été cassé en sa seule disposition relative au préjudice de l'enfant, l'arrêt attaqué de la Cour de renvoi dit que " l'enfant Nicolas X... ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises " par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint avaient pour seule cause la rubéole transmise par sa mère et non ces fautes et qu'il ne pouvait se prévaloir de la décision de ses parents quant à une interruption de grossesse ;

Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs de l'un et l'autre des pourvois :

CASSE ET ANNULE, en son entier, l'arrêt rendu le 5 février 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée que lors de l'audience du 17 décembre 1993.

**Cass., 16 avril 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli* (deux arrêts)**

La Cour,

Attendu que M.X, de nationalité algérienne, en situation irrégulière en France, a fait l’objet, en application de l’article•78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, d’un contrôle de police dans la zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec la Belgique et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà ; que le 23 mars 2010. le préfet du Nord lui a notifié un arrêté de reconduite à la frontière et une décision de maintien en rétention dans des locaux ne relevant pas de l’administration pénitentiaire; que, devant le juge des libertés et de la détention saisi par le préfet d’une demande de prolongation de cette rétention, M. X a déposé un mémoire posant une question prioritaire de constitutionnalité et soutenu que l’article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale portait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ;

Attendu que, le 25 mars 2010, le juge des libertés et de la détention a ordonné la transmission à la Cour de cassation de la question suivante : “l’article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution de la République française ?” et ordonné la prolongation de la rétention de M. X. pour une durée de quinze jours ;

que cette ordonnance a été reçue à la Cour de cassation le 29 mars 2010 ;

Attendu que pour soutenir que l’article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution, le demandeur invoque l’article 88-1 de celle-ci qui dispose que “la République participe à l’Union européenne constituée d’Etats qui ont choisi librement d’exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l’Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, tels qu’ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007” ;

Qu’il fait valoir que les engagements résultant du traité de Lisbonne, dont celui concernant la libre circulation des personnes ont une valeur constitutionnelle au regard de l’article 88-1 de la Constitution, et que l’article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale qui autorise des contrôles aux frontières de la France avec les Etats membres est contraire au principe de libre circulation des personnes posé par l’article 67 du Traité de Lisbonne qui prévoit que l’Union assure l’absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures ;

qu’il en déduit que l’article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution ;

Attendu que l’article 67 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 prévoit notamment que “l’Union … assure l’absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures” ;

que cette disposition ne reprend pas la dérogation au principe de libre circulation résultant de la réserve de l’ordre public ou de la sécurité nationale contenue dans la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990;

Qu’ainsi est posée la question de la conformité de l’article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale à la fois au droit de l’Union et à la Constitution de la République française ;

Attendu que l’article 23-2 de l’ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, créé par la loi organique du 10 décembre 2009, prévoit, dans son alinéa 3, que “en tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu’elle est saisie de moyens contestant la conformité d’une disposition législative, d’une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et d’autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d’Etat ou de la Cour de cassation”, auxquels il appartient de décider de saisir le Conseil constitutionnel ;

Qu’il résulte de ce texte que les juges du fond ne peuvent pas statuer sur la conventionalité d’une disposition légale avant de transmettre la question de constitutionnalité;

Que l’article 62 de la Constitution disposant que les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d’aucun recours et qu’elles s’imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, les juridictions du fond se voient privées, par l’effet de la loi organique du 10 décembre 2009, de la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l’Union européenne avant de transmettre la question de constitutionnalité ;

que si le Conseil constitutionnel juge la disposition législative attaquée conforme au droit de l’Union européenne, elles ne pourront plus, postérieurement à cette décision saisit la Cour de justice de l’Union européenne d’une question préjudicielle ;

Que, de même aux termes de l’article 23-5 de l’ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel, tel que modifiée par loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, la Cour de cassation ne pourrait non plus, en pareille hypothèse, procéder à une telle saisine malgré les dispositions impératives de l’article 267-du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, ni se prononcer sur la conformité du texte au droit de l’Union ;

Que la question de la conformité au droit de l’Union de la loi organique du 10 décembre 2009, en ce qu’elle impose aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité, doit être posée, à titre préjudiciel, à la Cour de justice de l’Union européenne ;

Que pareillement, il existe une difficulté sur le point de savoir si les dispositions de l’alinéa 4 de l’article 78-2 du code de procédure pénale sont conformes à l’article 67 du Traité de Lisbonne ;

Et attendu, d’une part, que le litige met en cause la privation de liberté d’une personne maintenue en rétention, d’autre part, que la Cour de cassation ne dispose que d’un délai de trois mois pour décider du renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel;

que ces éléments justifieraient que la Cour de justice de l’Union européenne statuât en urgence ; Par ces motifs :

Avant dire droit ; Pose à la Cour de justice de l’Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

1 – L’article 267 du Traité sur le fonctionnement de l’union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 s’oppose-t-il à une législation telle que celle résultant des articles 23-2, alinéa 2, et 23-5, alinéa 2, de l’ordonnance n° 58- 1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu’ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non conformité à la Constitution d’un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l’Union ?

**CC, n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe***

- SUR LE MARIAGE :

. En ce qui concerne le paragraphe I de l'article 1er :

17. Considérant que l'article 1er de la loi rétablit un article 143 du code civil dans le chapitre Ier du titre V du livre Ier du code civil, consacré aux qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ; qu'aux termes de cet article : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe » ;

18. Considérant que, selon les requérants, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe méconnaît le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; qu'ils font en outre valoir que la modification de la définition du mariage porterait atteinte aux exigences du quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ;

19. Considérant que les sénateurs requérants font également valoir que l'article 34 de la Constitution ne fait référence qu'aux « régimes matrimoniaux » ; que, par son caractère fondamental, la définition du mariage relèverait de la compétence du constituant ; que le mariage entre personnes de même sexe méconnaîtrait un « enracinement naturel du droit civil » selon lequel l'altérité sexuelle est le fondement du mariage ; que l'ouverture du mariage à des couples de même sexe « détournerait l'institution du mariage à des fins étrangères à l'institution matrimoniale » ; qu'enfin, l'importance du changement opéré par les dispositions contestées dans la définition du mariage porterait atteinte, à l'égard des personnes mariées, à la liberté du mariage et au droit au maintien des conventions légalement conclues ;

20. Considérant, en premier lieu, que les règles relatives au mariage relèvent de l'état des personnes ; que, par suite, le grief tiré de ce que l'article 34 de la Constitution ne confierait pas au législateur la compétence pour fixer les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage doit être écarté ;

21. Considérant, en deuxième lieu, que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déférée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 ; qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait « naturellement » l'union d'un homme et d'une femme ;

22. Considérant, en troisième lieu, qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation ;

23. Considérant, en quatrième lieu, que les dispositions de l'article 1er ne portent aucune atteinte aux droits acquis nés de mariages antérieurs ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, et au droit au maintien des conventions légalement conclues, qui résulte de son article 4, doit être écarté ;

24. Considérant, en cinquième lieu, que les dispositions de l'article 1er n'ont ni pour objet ni pour effet de déroger au principe selon lequel tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance des principes du droit international public et du quatorzième alinéa du Préambule de 1946 doivent être écartés ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux de la France ;

25. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions de l'article 143 du code civil ne méconnaissent pas les exigences constitutionnelles précitées ;

CC, n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*

- Sur le fond :

. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe de fraternité :

7. Aux termes de l'article 2 de la Constitution : « La devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité" ». La Constitution se réfère également, dans son préambule et dans son article 72-3, à l'« idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Il en ressort que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle.

8. Il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national.

9. Toutefois, aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. En outre, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle.

10. Dès lors, il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre le principe de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public.

11. En application du premier alinéa de l'article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le fait d'aider directement ou indirectement un étranger à entrer, circuler ou séjourner irrégulièrement en France est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Toutefois, l'article L. 622-4 du même code prévoit plusieurs cas d'exemption pénale en faveur des personnes mises en cause sur le fondement du délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger. Les 1° et 2° de cet article excluent toute poursuite pénale de ce chef lorsque l'aide est apportée par la proche famille de l'étranger ou par celle de son conjoint ou de la personne qui vit en situation maritale avec lui. Le 3° de ce même article accorde quant à lui une immunité pénale à toute personne physique ou morale ayant apporté une telle aide à un étranger lorsque cet acte « n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci ».