

CODE CIVIL ET CONSTITUTION

Par

Jean-Yves CHÉROT

*Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III
Laboratoire de théorie du droit (EA 892)*

Jean-Louis Bergel a heureusement placé en « conclusions » du colloque une intervention sur le thème « Code civil et Constitution ». Les conclusions doivent être comprises dans notre cas comme bien différentes des conclusions qui seraient celles contenues dans un rapport de synthèse. Il n'a été aujourd'hui que peu question de la Constitution. Raphaël Draï a mentionné le terme dans son rapport. Seul Hans-Jürgen Sonnenberger a montré l'importance que la loi fondamentale allemande avait pu avoir depuis 1949 sur l'interprétation du Code civil et sur les réformes législatives du code. Il faut donc comprendre ces conclusions comme un rapport complémentaire aux autres rapports.

Le thème « code civil et constitution » n'est pas sans rapports avec le thème du colloque - pérennité et évolutivité – car la Constitution peut se trouver être tour à tour conservatrice du Code et facteur de son évolution par incitation à réformer pour le législateur et comme facteur d'évolution interprétative pour la Cour de cassation. Sans doute, le Code civil confronté à des sources extérieures et formellement supérieures à lui-même, a-t-il plus à espérer ou à craindre de sa confrontation aux sources européennes que de sa confrontation aux sources constitutionnelles, mais, pour partie, la Constitution peut aussi être vue comme un des relais possible de l'influence du droit européen, du droit européen du Conseil de l'Europe, sur le droit civil.

Il n'existe pas de confrontation globale entre le Code civil et la Constitution. Le colloque a bien rappelé que dès l'origine (rapport de Laurent Reverso) on s'est demandé si le Code s'inscrivait dans la continuité avec l'ancien régime ou dans la rupture avec l'ancien régime ouverte par la Déclaration des droits de 1789 et que, encore de nos jours, la question pouvait rester controversée (comme l'a montré la discussion de ce matin entre Camille Jauffret-Spinosi et Christian Atias). Il me semble que la continuité certaine entre la doctrine juridique de l'ancien régime et le Code de 1804, continuité qui se marque formellement dans l'utilisation par les rédacteurs du Code de formules doctrinales bien connues, n'est pas nécessairement une continuité avec le droit de l'ancien régime, le Code consacre les grands principes reconnus en 1789, le principe de liberté, celui de la laïcité et celui également de l'égalité. Les principes de la DDHC et les principes du Code de 1804 sont proches sinon identiques. Ces rapprochements entre le Code civil et la Constitution se sont consolidés avec le temps. Si le Préambule de la Constitution de 1946 est venu, un temps, prendre de l'avance (principe d'égalité entre les hommes et les femmes) sur le Code civil qui ne sera réformé en ce qui concerne les droits de la femme qu'avec retard sur les exigences de la Constitution, la réforme a été faite et le Code est à nouveau en pleine concordance avec la Constitution. La déclaration « des droits

civils » qui ouvre le livre premier du Code témoigne du maintien du Code comme texte de nature constitutionnelle matériellement et de la nécessité d'une concordance entre ce Code et la Constitution. Parmi les dispositions du titre 1er du livre 1er du Code figurent d'ailleurs des droits, comme le droit au respect de la vie privée qui ne figurent pas expressément dans les textes constitutionnels français et qui n'ont été protégés comme des libertés constitutionnelles par le Conseil constitutionnel qu'après l'insertion de ces libertés dans le Code civil.

La Constitution peut jouer un rôle de programme politique à réaliser par le législateur, comme c'est le cas pour la mise en œuvre du principe d'égalité homme femme avec les réformes qui ont jalonné depuis 1965 la marche du Code vers l'égalité de la femme mariée ou comme cela a été également le cas pour l'égalité des enfants au titre du droit à une vie familiale normale, quelle que soit la forme de la famille (ici l'influence est surtout une influence européenne). Mais la plupart des questions concernant les rapports du Code civil et de la Constitution impliquent de faire intervenir un tiers, le Conseil constitutionnel, à travers son œuvre d'interprétation de la Constitution et particulièrement dans cette œuvre d'interprétation la saisine par lui des règles et des principes du Code civil.

Les questions qui se posent sont les suivantes :

Depuis que le Code a mis en œuvre les principes d'égalité homme femme et d'égalité entre les enfants, sans privilégier un type de famille sur un autre, la question principale n'est pas de savoir s'il existe des principes constitutionnels qui ne se trouvent pas consacrés, ou qui sont méconnus par le Code civil, elle est de savoir quelle est l'étendue des principes communs au Code civil et à la Constitution.

À travers cette question se dessine la question de savoir quelle est l'interprétation de ces principes communs par le Conseil constitutionnel et quelle peut être l'influence de cette interprétation, qui peut être vue comme une immixtion du droit constitutionnel dans le droit privé, sur le Code civil.

Bien évidemment la question conduit nécessairement à chercher une réponse dans l'œuvre de la Cour de cassation. Comment reçoit-elle l'interprétation du Conseil constitutionnel ? Le Conseil constitutionnel lui-même n'est-il pas sensible aux interprétations des mêmes principes telles qu'elles ont été données par la Cour de cassation ?

Au total comment caractériser l'impact sur le Code civil de l'insertion du droit civil dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ? On tentera d'éviter les formules qui risquent elles-mêmes de construire un écran peu utile à l'observation de ce qui se passe qu'il s'agisse de l'expression souvent utilisée de « constitutionnalisation du droit civil » (1) magnifiquement décortiquée par Nicolas Molfessis (2) ou par Elisabeth Zoller (3) ou de la lumineuse et spirituelle formule de « civilisation du droit constitutionnel » proposée par Christian Atias (4) ou encore de l'expression de « droit constitutionnel civil » auquel Bertrand Mathieu propose de se rallier (5).

(1) Voy. Louis Favreau, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique, Grille d'analyse proposée pour le 15^e Congrès international de droit constitutionnel », in Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, dir., *La constitutionnalisation des branches du droit*, PUAM, Economica, 1998, p. 197

(2) *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 1997, 602 pages

(3) « Le Code civil et la Constitution », in Bicentenaire du Code civil, 2004

(4) « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, n° 7, 1991

(5) C'est le titre de son fascicule au Jurisclasseur *droit administratif*.

1 - Le développement de l'emprise du Conseil constitutionnel sur les règles du Code civil et sa portée. Perspectives en droit de la famille, droit des biens, droit de la responsabilité

Il faut garder en mémoire avant toute chose que, dans une perspective positiviste, le Conseil constitutionnel s'en tient soit au texte de la Constitution, soit aux textes de la DDHC et du Préambule de la Constitution de 1946. Il ne reconnaît pas de principes généraux du droit constitutionnel sans texte. Il ne fait usage, selon les possibilités qui lui sont offertes par le Préambule de 1946, que d'une seule catégorie de principes non écrits, les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Et selon une doctrine, fermement défendue par Georges Vedel et dont le Conseil ne s'est jamais départi, ces principes ne peuvent être trouvés d'une part que dans les lois antérieures à la quatrième République et d'autre part que dans des lois provenant d'un régime républicain. Le Code civil de 1804 ne peut donc pas être la source des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Les lois qui ont modifié le Code sous la troisième République pourraient être sources de tels principes fondamentaux, mais les conditions complémentaires mises par la doctrine Vedel pour découvrir les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République interdisent en général qu'il puisse en être ainsi. En tout état de cause, la relative stabilité législative du Code entre 1804 et les années '60, qui a été rappelée par Christian Atias, n'a pas conduit à créer les conditions de reconnaissance dans le Code de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

La saisine par le Conseil constitutionnel du droit civil se réalise donc principalement de trois façons. On peut avoir la situation d'un droit, tel le droit de propriété, consacré à la fois directement et explicitement dans le texte de la Constitution ou de la DDHC et dans le Code.

On peut constater la situation où c'est à travers l'interprétation du texte de la DDHC, notamment de l'article 4 de la DDHC (« la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ») que le Conseil finit par découvrir comme constitutionnel un des principes du Code, comme cela a été le cas après une longue évolution et maturation pour la reconnaissance de la liberté contractuelle dans toutes ses dimensions puisqu'après avoir consacré le principe de la protection des conventions légalement conclues, le Conseil a reconnu la valeur constitutionnelle du principe de la liberté de s'engager dans le contrat et d'en sortir si le contrat est à durée indéterminée (décision 99-419 DC, Loi relative au PaCS). Ou encore plus récemment la découverte que « l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer » (CC 99-419 DC, loi relative au PaCS) (6). C'est également dans l'article 4 de la DDHC que le Conseil a trouvé la protection de la liberté de la vie privée.

Par une troisième méthode, le Conseil intègre un principe du Code indirectement, comme principe sentinelle, ou comme un principe dont la défense intervient à travers la garantie du principe d'égalité. C'est de cette façon que le

(6) On peut hésiter à trouver le raisonnement logique qui conduit à passer de l'article 4 de la DDHC au principe contenu dans l'article 1382 du Code civil. J.-P. Costa avait mis en évidence le fait que « les deux textes se répondent en écho ». « Si l'homme est libre de faire tout ce qu'il veut, sauf à ne pas nuire à autrui, à ne pas lui causer un dommage, alors il doit répondre de cette éventuelle nuisance, de ce dommage. La loi, qui lui fixe les bornes de sa liberté, l'oblige à réparer le dommage causé » (in G. Conac, dir. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Economica, 1993, p. 101).

Conseil a d'abord protégé le principe de l'article 1382 du Code dans sa décision du 22 juillet 1982 (voir l'analyse de N. Molfessis dans *Travaux Capitant*, 1996).

Dans toutes ces hypothèses, le même mot peut ne pas désigner tout à fait le même droit. La propriété des articles 2 et 17 de la DDHC n'est pas tout à fait la propriété de l'article 544 du Code. La propriété du droit constitutionnel a un champ d'application plus large que celle du Code marquée par la dogmatique traditionnelle où règne la distinction des biens et des créances. De même ce qui est constitutionnalisé dans l'article 1382 c'est moins l'obligation pour le fautif de réparer que le droit pour la victime de recevoir réparation, la « faculté d'agir en responsabilité » telle qu'elle découle de l'article 4 DDHC étant par ailleurs conçue par le Conseil comme une faculté reconnue aussi bien en cas de faute délictuelle qu'en cas de faute dans l'exécution d'un contrat (décision 99-419 DC). Enfin, si le Conseil constitutionnalise la liberté contractuelle, il n'a pas constitutionnalisé le principe de l'autonomie de la volonté.

Mais la saisie par le Conseil constitutionnel de ces normes du droit civil n'a pas vocation à avoir des effets sur les règles du droit civil et sur les concepts ou méthodes par lesquels la Cour de cassation et la doctrine de droit civil mettent en œuvre les dispositions du Code civil sur la propriété, les contrats ou la responsabilité.

C'est une idée que j'ai défendue il y a quelques années et à laquelle je me tiens encore (voy. Jean-Yves Chérot, *RFDC* n° 7, 1991, p. 439). La « constitutionnalisation du droit civil » ne va pas empêcher le civiliste de faire son travail avec ses concepts traditionnels. La constitutionnalisation permettra de vérifier si la solution à laquelle aboutit le civiliste par les chemins qu'il voudra bien prendre est bien conforme au droit constitutionnel dans son ordre propre. Les principes du droit constitutionnel n'ont donc vocation à s'appliquer que ponctuellement.

Il faut souligner la prudence ou encore le calme de la Cour de cassation face aux sollicitations d'avoir à remettre en cause les règles ou les principes du droit civil ou de la procédure civile au prétexte des exigences constitutionnelles. On en prendra que deux exemples, mais on en trouverait beaucoup d'autres sans doute. La Cour de cassation casse un arrêt d'une cour d'appel qui avait estimé que l'article 11 de la DDHC consacrant la liberté d'expression obligeait à limiter les interventions du juge des référés en matière de presse à « un trouble d'une exceptionnelle gravité » alors que l'article 809 du NCPP confie au juge des référés le pouvoir d'intervenir d'urgence pour faire cesser « un trouble manifestement illicite ». La Cour de cassation relève que la Cour d'appel a ajouté au sens de l'article 809 (Cass., civ., 21 juillet 1987, *Bull. civ.*, n° 964).

On veut mentionner également l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 5 mai 1993 (*bull. Civ. 2*, n° 167) dans une affaire où la cour d'appel de Paris (19 novembre 1990, SA éditions des Savanes, *D.* 1991, IR p. 9), avait jugé que l'article 11 de la DDHC « impose que l'application en matière de presse des dispositions de l'article 1382 du Code civil soit restreinte aux cas où la publication litigieuse (...) porte atteinte aux droits fondamentaux de la personne » (7). Cet arrêt est cassé aux motifs « qu'en limitant en matière de presse la portée

(7) Certes, la Cour de cassation et les juridictions de fond jugent que dès lors qu'une action civile fondée sur l'article 1382 du Code civil tend à la réparation d'un préjudice consécutif à des agissements constitutifs d'infractions prévues par la loi sur la presse, la prescription de trois mois établie par ce texte se trouve applicable. Il ne faut pas que le droit commun permette de contourner la protection de la liberté de la presse que comporte la législation sur la presse. De là à en déduire qu'il n'y a de responsabilité civile contre les agissements de la presse que dans les cas prévus par la loi de 1881, il n'y a qu'un pas qui est franchi par de nombreux spécialistes de la matière qui conçoivent la loi de 1881

générale de l'article 1382 du Code civil à une atteinte aux droits fondamentaux des personnes, tout en constatant que les photographies représentaient des jeunes gens revêtus de l'uniforme scout (...), ce qui caractérisait une faute, la cour d'appel a, par refus d'application, violé le texte susvisé » (8). L'interprétation de l'article 1382 du Code civil par la Cour d'appel était en fait elle-même contraire à la Constitution, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, qui interdit de mettre en cause la faculté constitutionnelle d'agir en responsabilité.

C'est un fait que la constitutionnalisation du droit civil aura pour effet principal de protéger le champ d'application du Code ou plutôt le champ d'application des principes qu'il contient, voire de venir à l'appui de l'idée que le Code civil contient bien le droit commun et que l'on ne peut s'en écarter que pour des motifs légitimes et dans des conditions qui doivent être soumises à un contrôle de la part du juge constitutionnel.

Il n'est ainsi pas possible de supprimer le droit pour les personnes lésées d'obtenir de la personne fautive la réparation de leur préjudice. Notre système économique ne pourrait pas fonctionner sur la base de règles qui méconnaîtraient gravement les libertés fondamentales associées à la propriété, notamment la liberté de disposer de ses biens et qui renverserait le principe selon lequel le propriétaire d'un bien a tous les droits sur ce bien sauf les droits qui lui ont été expressément retirés par la loi ou par contrat.

J'aime assez la façon dont N. Molfessis formule ce type de constat. « Que le Conseil constitutionnel s'intéresse à des problèmes de droit civil permet-il d'en conclure que le droit civil se constitutionnalise ? Cette interrogation conduit non pas à nier l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel mais à lui prêter un intérêt différent : puisque le Conseil constitutionnel se trouve conduit à statuer sur des questions qui, habituellement, relèvent du droit privé, puisqu'il doit délimiter le domaine de principes dont les frontières sont usuellement fixées dans les relations entre particuliers, puisqu'il attribue ou dénie une importance à des principes de droit privé, il faut en déduire que, dans ses décisions, le droit privé est saisi et représenté. Il existe une configuration du droit privé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ».

Pour le reste, cette configuration du droit privé, dont on a dit déjà quelle pouvait être sensiblement différente de celle prônée par la dogmatique juridique

comme un "système clos" (pour reprendre l'expression de Carbonnier). Sans aller jusque là la Cour d'appel de Paris se rapproche de ce raisonnement.

(8) Cass, civ. 2ème, 5 mai 1993, *Bull. civ.*, 2, n° 167 ; Voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi, CA Versailles, chambres civiles réunies, 17 mai 1995, *Cogedipresse* / Association des scouts de France et autres (*Légipresse*, n° 127 III, p. 170 et *Rev. sc. crim* 1996, p. 120-122, note Yves Mayaud, *D.* IR 1995, p. 213) "Considérant que tant l'article 11 de la DDHC que l'article 19 du Pacte international des droits civils et politiques et encore l'article 10 de la CEDH s'ils garantissent la liberté d'expression comme une liberté fondamentale n'en réservent pas moins respectivement les abus, les droits et la réputation d'autrui et les restrictions nécessaires dans une société démocratique à la protection de la réputation et des droits d'autrui ; Que la Cour européenne (...) a du reste jugé que la presse ne doit pas franchir les bornes fixées, notamment, de la protection de la réputation d'autrui et a admis la validité de sanctions prononcées pour publications obscènes ; que contrairement à la thèse de la société *Cogedipresse*, le principe général de responsabilité posé par l'article 1382 du Code civil est en conformité avec les normes internationales précitées, propre à sanctionner les abus commis en matière de presse ; qu'aucune raison ne conduit, comme le soutient à tort la société appelante, à limiter alors son application et à la subordonner à l'exigence de conditions particulières, telles une atteinte portée aux droits fondamentaux de la personne, la déformation des faits révélant une intention malveillante ou encore une négligence manifeste dans la vérification de l'information". Voir encore Cour d'appel de Paris, 18 février 1992, ed. Le Canard Enchaîné, *D.* 1992, IR, p. 441 ; voir aussi Jacques Ravanat, *D.* 1997, J. p. 268 ; Dupeux et Lacabarats, *Liberté de la presse et droit de la personne*, Dalloz 1997, coll. thèmes et commentaires.

traditionnelle (distinction des biens et des créances, de la responsabilité délictuelle et contractuelle, etc.) n'a pas vocation à bouleverser l'interprétation du Code. Tout au plus offre-t-elle, comme le ferait une œuvre doctrinale, par exemple une œuvre doctrinale de type réaliste mettant en cause l'intérêt pour le juge des constructions classiques, des représentations différentes du droit privé dans lesquelles le législateur ou le juge judiciaire pourront puiser ou non (9).

On a dit que cette influence ou cet impact limité de la jurisprudence civiliste du Conseil constitutionnel sur le droit civil tient à la différence des rôles entre le Conseil et la Cour de cassation. Elle tient aussi, elle est renforcée par la grande distanciation institutionnelle du Conseil et de la Cour de cassation.

2 – La faible emprise du Conseil constitutionnel sur la Cour de cassation

Il existe dans le système institutionnel français une grande distanciation entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation et une rencontre limitée de ces deux juges dans leurs rôles respectifs.

Le Conseil constitutionnel ne peut être saisi ni par la voie d'une saisine directe des personnes bénéficiaires des droits fondamentaux contre les décisions de justice dont ils penseraient qu'elles les privent de la protection à laquelle ils ont droit, ni par la voie de questions préjudicielles par les juges à l'occasion d'un litige et pour demander l'interprétation des dispositions ou des normes constitutionnelles dont les justiciables demanderaient l'application.

Le Conseil intervient dans le contrôle de la loi avant sa promulgation et il ne peut donc connaître directement des questions de constitutionnalité que de façon abstraite et en tous cas avant que le juge judiciaire ait pu rencontrer des problèmes et des difficultés. C'est quand le Conseil cesse d'exercer son rôle que la Cour de cassation peut commencer à exercer le sien.

Une communicabilité partielle

La Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ont cependant des points de contact, plus nombreux et plus denses que la description purement institutionnelle que l'on vient de faire sommairement peut le laisser penser.

Le Conseil constitutionnel est nécessairement conduit, sans pouvoir l'éviter, dans son rôle de contrôle de la conformité de la loi à la Constitution, à interpréter la loi dont il est saisi. Comment pourrait-il faire autrement puisqu'il doit se prononcer sur une norme et que la norme ne peut être déduite des textes que par un processus interprétatif, plus ou moins explicite.

Le Conseil constitutionnel est d'ailleurs conduit à chercher et à révéler le sens de la norme contenue dans les textes qui lui sont déférés, car il a posé le principe que la loi doit être claire et précise, sauf à violer le principe même de sa compétence et violer ainsi l'article 34 de la Constitution. Il ne faut pas notamment que la loi soit susceptible de plusieurs interprétations (le législateur méconnaît sa compétence s'il adopte des dispositions fiscales insuffisamment claires, susceptibles de faire l'objet d'au moins deux interprétations différentes, C.C. 85-191 DC du 10 juillet 1985, loi portant diverses dispositions s'ordre économique et social). L'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi (auquel le Conseil a fait référence d'abord dans la décision 99-421 DC, codification par ordonnances,

(9) La référence au réalisme n'est pas complètement sans signification, puisque les catégories proposées par le Conseil seraient sans doute acceptées par les tenants de l'analyse économique du droit qui ne cessent de dire que les catégories classiques ne permettent pas de saisir les réalités du droit.

puis dans la décision 2000-437 DC sur la loi de financement de la sécurité sociale) pourrait lui-même inviter le Conseil à vérifier le sens des dispositions législatives qui lui sont soumises.

Le Conseil peut également être amené à établir dans certains cas que la loi est conforme à la Constitution que si elle est comprise avec telle ou telle interprétation ou que si elle peut être comprise sans telle autre interprétation (technique des réserves d'interprétation).

Il convient de noter encore que le Conseil n'est pas seulement conduit à interpréter le texte qui lui est déféré mais aussi souvent les textes déjà existants dans lesquels la loi va s'immiscer, la loi nouvelle non encore promulguée ne pouvant être comprise et sa conformité à la Constitution évaluée qu'en combinaison avec les textes dans lesquelles elle s'insère. Cela joue particulièrement dans le cas d'une loi venant insérer de nouvelles dispositions dans un code, notamment une loi révisant le Code civil, comme l'a montré l'exemple de la loi relative au PaCS qui a été déférée au Conseil et où le Conseil a été conduit à interpréter non seulement la loi déférée mais aussi d'autres dispositions du Code civil qui avaient vocation à s'appliquer au PaCS.

Bien évidemment cette interprétation est nécessaire pour évaluer la conformité du texte nouveau à la Constitution et pas celle des textes existants puisque le contrôle de constitutionnalité purement préventif, ne s'exerce qu'avant la promulgation de la loi. Mais cela n'est pas tout à fait exact non plus, car le Conseil a admis que la régularité au regard de la Constitution d'une loi promulguée « peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine » (CC, 85-187 DC du 25 janvier 1985, loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie).

Dans cet important travail d'interprétation, le Conseil risque d'interférer avec le rôle et le travail qui revient à la Cour de cassation en tant que cour régulatrice ; en tout cas, le Conseil risque de devenir, à la place de la Cour de cassation, une cour régulatrice en donnant à la Cour de cassation et aux juges de l'ordre judiciaire des directives d'interprétation.

Dans la réalité, les choses se passent de façon plus cohérente, grâce à ce que l'on peut appeler avec les constitutionnalistes italiens la « théorie du droit vivant » (10) qui consiste pour la Cour constitutionnelle à interpréter la loi examinée dans l'interprétation qui lui donnée par la Cour de cassation. En Italie, où le problème de l'incidence du droit constitutionnel sur le droit civil s'est posée avec beaucoup plus d'acuité qu'en France (voy. Th. Di Manno, « Code civil et Constitution en Italie », *Constitution et Code civil*, colloque de l'AFC Assemblée nationale, 25 mars 2004, à paraître *Economica*, 2005), lorsque la Cour constitutionnelle apprécie la constitutionnalité d'une loi, elle prend la loi telle qu'interprétée par la Cour de cassation et ce n'est que lorsque cette interprétation est contraire à la Constitution qu'elle la sanctionne. Selon une formule, qui résume la situation, « aux juges la loi, à la Cour la Constitution ». Gustavo Zagrebelsky (11) écrit que « le dicere jus est une tâche attribuée en général à la Cour de cassation, et son respect s'impose donc aussi à la Cour constitutionnelle qui, normalement se soumet à celle-ci. Quand le

(10) Voy. en dernier lieu la présentation fidèle de « la doctrine du droit vivant » à l'intention d'un public français par Caterina Severino, *La doctrine du droit vivant*, *Economica*, coll. Droit public positif, 2003, 282 pages. L'auteur tente de montrer en quoi malgré les profondes différences entre le contentieux constitutionnel en Italie et en France, cette doctrine du droit vivant, en principe inapplicable en contentieux constitutionnel français trouve un prolongement dans la démarche du Conseil constitutionnel.

(11) *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, P.U.A.M., *Economica*, 1986, p. 66.

droit dit par la Cour de cassation va contre la Constitution se manifeste alors le pouvoir éminent et distinct de la Cour constitutionnelle ».

Dans le contexte français où les interférences entre le Conseil et la Cour de cassation sont plus faibles, le Conseil constitutionnel pratique également cette méthode du droit vivant lorsqu'il doit dégager, par la voie de l'interprétation, le sens des normes pour en apprécier la constitutionnalité ; il retient naturellement quand elle existe l'interprétation « vivante », c'est-à-dire celle donnée par les juges ordinaires et notamment celle proposée par la Cour de cassation. Cela est vrai lorsque le Conseil se prononce sur une loi existante qui doit être combinée avec la loi nouvelle ou qui doit être étendue ou modifiée par la loi nouvelle, mais cela peut également jouer pour l'interprétation de la loi nouvelle dont les dispositions peuvent se comprendre aussi à la lumière des lois qu'elle remplace et qui ont fait l'objet d'une interprétation vivante de la Cour de cassation. Le Conseil constitutionnel est naturellement amené à se servir de ces interprétations et de la vie jurisprudentielle des textes législatifs. Les réserves d'interprétation qui conditionnent la déclaration de conformité s'appuient souvent sur une interprétation donnée par la Cour de cassation (voir l'intervention de Bernard Poullain lors de la table ronde sur l'autorité de chose jugée des décisions des juridictions constitutionnelles et publiée avec le colloque sur « La Cour de cassation et la Constitution de la République », et publiée avec les actes du colloque aux PUAM, 1995, p. 278).

La décision sur la loi relative au PaCS témoigne de la richesse des réserves d'interprétations pour combler notamment les lacunes et les imprécisions de la loi qui menaçaient de la faire déclarer contraire aux exigences de l'article 34 de la Constitution. On a pu l'observer avec l'importante décision 99-419 DC relative au Pacte civil de solidarité où, sans s'écarter des interprétations du Code civil de la Cour de cassation (notion de vie commune, théorie de l'indivision, etc.), le Conseil a tellement interprété le texte qui lui était soumis et les dispositions du Code dans lesquelles il allait devoir s'insérer, qu'il a largement conditionné les conditions d'application du texte. Pour la première fois d'ailleurs, le Conseil relève que sa décision de conformité de la loi doit se comprendre compte tenu tant des réserves d'interprétation que des « précisions » qu'il a apportées au texte de la loi, sans que l'on sache précisément quelle différence il y a entre les « réserves d'interprétation » et les « précisions » dont il parle.

L'incommunicabilité reste cependant une marque majeure du système français

On en veut pour preuve deux observations.

a) Dans un système où il n'existe pas de mécanisme de recours direct contre les décisions de la Cour de cassation devant le Conseil constitutionnel, ni de mécanisme de questions préjudicielles entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, comment la Cour de cassation applique-t-elle les décisions du Conseil constitutionnel et comment comprend-elle sa jurisprudence ?

Un bilan devrait être fait sur le respect par la Cour de cassation des réserves d'interprétation énoncées par le Conseil. Selon les auteurs, les points de vue sont assez contrastés. N. Molfessis a souligné les résistances et même les manifestations d'indépendance de la part de la Cour de cassation (« Les sources constitutionnelles du droit des obligations », Travaux Capitants, *Économica* 1997, p. 65) tandis que Th. Di Manno (Thierry Di Manno, « L'influence des réserves d'interprétation », G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, actes du colloque de Rennes, 20 et 21 septembre, *Économica*, 1999) prend des exemples qui mettent en évidence le respect en fait par la Cour des réserves d'interprétation. Selon lui, la Cour de cassation respecte

scrupuleusement les interprétations des lois qu'elle avait à appliquer et qui avaient été présentées par le Conseil constitutionnel comme conditionnant la déclaration de conformité à la Constitution. Th. Di Manno explique que la Cour de cassation semble réticente à mentionner dans ses visas une décision de justice, parce que cela serait contraire à la conception qu'elle se fait des sources du droit. Il souligne également que dans la plupart des cas où la Cour de cassation a eu à se prononcer sur une loi dont la conformité à la Constitution avait été conditionnée par le Conseil constitutionnel à une réserve d'interprétation, cette réserve a été d'autant plus aisément respectée par la Cour de cassation que le Conseil constitutionnel l'avait puisé dans les exigences déjà posées par la Cour de cassation elle-même.

b) L'incommunicabilité entre Cour de cassation et Conseil constitutionnel révèle le « retard » de la réflexion doctrinale et de la jurisprudence constitutionnelle françaises en ce qui concerne une question centrale dans la constitutionnalisation du droit privé, celle de l'application directe des dispositions constitutionnelles aux relations contractuelles et notamment aux clauses qui résultent de la liberté contractuelle. Il nous manque en France les arrêts Luth (RFA, 15 janvier 1958 BVerfGE, 7, 198 (205), Dolphin, (Canada, 3 DLR 4th 174 (S. Ct), Du Plessis (Afrique du Sud, Cour constitutionnelle, 16 mai 1996, Du Plessis v. De Klerk) ou Shelley (États-Unis, 334 US 1, 68 S. Ct (1948). Dans des espèces de plus en plus nombreuses les particuliers invoquent les droits fondamentaux non reconnus par une loi, sur le seul fondement de la Constitution (ou de la CEDH), pour contester une clause contractuelle. Le Conseil constitutionnel n'a jamais été en mesure de donner une doctrine claire sur la façon dont la Constitution, selon son interprétation, pourrait être utilement invoquée dans de tels cas. Le droit comparé montre les difficultés considérables que cette question de l'application directe horizontale de la Constitution conduit à poser (sur une étude de droit comparé sur cette question, voy. Mark Tushnet, « The issue of state action/Horizontal effect in comparative constitutional Law », I.CON, volume 1, n° 1, 2003, p. 79) et dont la doctrine française n'a souvent aucune idée.

On peut citer quelques décisions où le Conseil s'adresse au juge du contrat, mais elles sont bien décevantes au regard des questions soulevées dans d'autres systèmes constitutionnels. Dans la décision 77-87 DC du 23 novembre 1977, sur la loi sur la loi relative à la liberté de l'enseignement, le Conseil juge que l'obligation de respecter le « caractère propre » de l'établissement d'enseignement privé sous contrat imposée par la loi aux maîtres auxquels est confiée la mission d'enseigner dans un établissement privé lié à l'État par un contrat d'association, « si elle leur fait devoir de réserve, ne saurait être interprétée comme permettant une atteinte à leur liberté de conscience » (article 10 de la DDHC et alinéa 5 du préambule de 1946). On peut en déduire que les clauses par lesquelles l'établissement interdit aux enseignants de violer les prescriptions religieuses sont contraires à la Constitution. Mais cette décision a été rendue en ce qui concerne les établissements d'enseignement participant au service public pour lesquels il ne fait pas de difficultés de les soumettre au respect des droits constitutionnels. Le Conseil imposerait-il la même solution aux établissements d'enseignements libres de tout contrat avec l'État ? En tous cas, on sait que la Cour de cassation ne l'a pas pensé dans sa célèbre décision Dame Roy.

Dans la décision 83-162 DC des 19-20 juillet 1983 (démocratisation du secteur public), saisi d'un texte qui prévoit que l'employeur engage avec les organisations syndicales une négociation sur les conditions dans lesquelles pourra être facilitée la collecte des cotisations syndicales, le Conseil précise que « la disposition critiquée ne saurait permettre que soit imposé en droit ou en fait, directement ou indirectement, l'adhésion ou le maintien de l'adhésion des salariés

d'une entreprise à une organisation syndicale » et qu'« *il appartiendra* à la direction des entreprises intéressées de refuser de souscrire à toute clause tendant à un tel résultat et, le cas échéant, aux juridictions compétentes, d'en prononcer la nullité ou d'en interdire l'application ». C'est compter sur l'application des dispositions de la Constitution relatives à la liberté syndicale, par le juge judiciaire. Mais cette décision concerne une situation particulière, les conventions collectives de travail auxquelles la loi délègue le soin de mettre en œuvre les dispositions législatives et une liberté, la liberté syndicale, qu'il n'est pas malaisée de concevoir comme une liberté d'application horizontale. Le Conseil ne dit par ailleurs rien des méthodes par lesquelles le juge judiciaire doit faire prévaloir la Constitution. Doit-il le faire par une interprétation des clauses générales de l'article 1143 du Code civil (l'ordre public) ou par une application directe du texte de la Constitution ? On voit bien que l'on ne peut rien tirer des décisions du Conseil de tant soit peu général sur ce que devrait faire le juge judiciaire confronté à une discussion sur la conformité à la Constitution d'une clause contractuelle (sur une méthodologie proposée au juge judiciaire dans ces cas et qui s'inspire de la théorie des droits fondamentaux, voy. les recommandations doctrinales de Julien Raynaud, « Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés », PUAM, 2003).

La Cour de cassation a d'ailleurs peu développé sa jurisprudence sur ces points et si l'on met à part le cas de l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile (6 mars 1996, OPAC de Paris c/ Mme Yedel) où la Cour fait application de l'article 8 CEDH à un contrat de bail d'habitation, sa jurisprudence concerne presque exclusivement les contrats de travail et le plus souvent d'ailleurs comme dans l'affaire OPAC de Paris, l'application non de la Constitution mais de la CEDH. Par ailleurs, faute de doctrine sur ce point, elle l'a fait sans méthode et parfois donc dans des conditions critiquables.

En principe, la Cour de cassation manifeste sa liberté dans l'utilisation des textes constitutionnels et conventionnels en pesant les droits protégés d'un côté et les intérêts légitimes des entreprises de l'autre. La référence aux droits fondamentaux s'inscrit dans une construction jurisprudentielle du droit des contrats ; elle n'est pas l'application mécanique de ces textes aux litiges privés. Mais il en va différemment dans l'arrêt OPAC de Paris. Christophe Jamin (12) se demande s'il est de bonne méthode de faire application de l'article 8 de la CEDH pour déclarer nulle une clause d'un bail d'habitation qui réserve l'usage de l'appartement loué à la famille proche du preneur. Selon lui, la philosophie du droit des contrats « combine dans un équilibre à la fois savant et fragile fondé sur une histoire expérimentale subtile, le souci de chacune des parties de préserver son propre intérêt et la nécessité d'un esprit de coopération en vue de la réalisation de l'objet du contrat : instiller un nouvel instrument qui s'ordonne autour de l'individu, et non des relations qu'il entretient, risque de faire pencher sans plus de nuance la balance d'un seul côté ». L'auteur précise qu'« il n'est pas sûr que la terminologie des droits fondamentaux se prête aisément à un raisonnement juridique qui doit être apte à résoudre les conflits tels qu'ils se posent ». Et il est vrai, pour garder l'exemple de l'arrêt du 6 mars 1996, qu'il n'est pas sûr que la référence à l'article 8 de la Convention EDH permette de tenir compte de tous les éléments de la situation qui devait être jugée. Le bailleur reste en droit responsable envers les tiers de l'usage de l'appartement donné à bail ; est-il possible de prendre en compte dans l'application de l'article 8 de la Convention ce type d'équilibre ?

(12) Un droit européen des contrats ?, *Le droit privé européen* (sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières, Economica, coll. Études juridiques 1998, pp. 40-60.

Il a été question de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de celle de la Cour de cassation. Je voudrais terminer en évoquant le rôle et l'attitude de la doctrine. Le Code civil a fait l'objet de vastes mouvements d'interprétation doctrinale, interprétations de type jusnaturaliste, de type économique, de type historiciste ou sociologique. Ces méthodes ont permis l'évolutivité du Code en permettant par la voie de son interprétation d'en assurer la pérennité. On pourrait être tenté, un instant, par l'avènement d'une école d'interprétation du Code qui accorderait une place éminente dans son interprétation aux valeurs de la Constitution. La Constitution est porteuse de valeurs, son interprétation est en prise directe avec les évolutions sociales et idéologiques du pays et également de celles qui se manifestent dans d'autres pays, les droits fondamentaux étant construits assez largement dans une perspective comparative. Ne peut-elle donc pas servir aux civilistes pour adapter leur Code aux temps présents ? On n'écartera pas complètement la possibilité et l'intérêt d'une telle attitude. Mais en l'état du droit constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil comme de la doctrine constitutionnelle, elle n'est pas en mesure de peser sur l'avenir de la doctrine de droit civil, sauf par des chemins indirects que l'on peut peut-être essayer de deviner. En l'état en effet de la jurisprudence du Conseil, elle a peu de chance d'être une attitude utile, tant en regard du conservatisme du Conseil dans l'acceptation « polie » selon le mot de Vedel de la jurisprudence de la Cour de cassation que du caractère très abstrait et peut-être peu utile aux juristes de droit privé des conceptions originales du droit privé que le Conseil offre parfois à la contemplation des civilistes et qui se bornent à faire bouger les grandes catégories, les très grandes catégories de la dogmatique.