

Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Nicolas MOLFESSIS

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 31 (DOSSIER : LE DROIT DES BIENS ET DES OBLIGATIONS) - AVRIL 2011(1)

1. - Il y a quelques années, *les Cahiers du Conseil constitutionnel* - ils n'étaient alors pas « nouveaux » - avaient consacré leur dossier aux relations entretenues avec le droit privé et, plus précisément, avec certaines de ses branches. En relisant ce qui put être écrit il y a seulement sept ans, spécialement de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel et de l'influence de ses décisions, on mesure aisément le chemin parcouru. Après avoir glosé sur la manière dont les décisions pourraient, le cas échéant, être prises en compte dans le procès civil, on devait souligner l'« obstacle majeur qui vient limiter l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : le juge ordinaire a la maîtrise pratique de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. Il peut fort bien limiter cette autorité, en restreignant *de facto* la portée de l'article 62, comme il peut aussi, et toujours en fait, choisir plus radicalement de ne pas suivre une décision du Conseil constitutionnel. Sous ce rapport, l'article 62 souffre d'une absence de sanction. *Le Conseil constitutionnel a le premier mot, mais jamais le dernier* ». Voilà bien qui relève désormais de l'ancien droit constitutionnel. La Révolution QPC est passée par là. En donnant la parole au Conseil constitutionnel en aval de l'entrée en vigueur de la loi, elle est venue modifier en profondeur notre droit, bien plus qu'on aurait pu le penser. Le Conseil constitutionnel a désormais les premier et dernier mots, même s'il en dispute les termes avec le juge européen.

2. - Soulignons d'emblée que le changement ne porte pas tant sur le fond du droit constitutionnel que sur le procès lui-même. Les domaines ici explorés - droit de propriété, droit des contrats, droit de la responsabilité - en fournissent d'ailleurs témoignage : ils n'ont évidemment pas été revisités par le Conseil constitutionnel en quelques mois. La QPC n'implique pas un bouleversement des solutions qui ont pu être progressivement élaborées. En revanche, ce qui a d'ores et déjà changé, et cette fois en un trait de temps, c'est bien le procès : le réflexe constitutionnel se propage de prétoire en prétoire. Le droit constitutionnel devient, du fait même de la procédure selon laquelle se déroule la QPC, une « étape » du procès. Sans doute y-a-t-il ici quelque effet de mode : il fait chic et dans le vent de poser une QPC. Mais une fois la mode passée, rien n'indique que la procédure doive s'essouffler.

3. - Pour autant, l'acculturation - le terme désigne la réception d'un droit étranger - par les privatistes du droit constitutionnel lui-même ne saurait se faire avec une même rapidité. Question de culture et de générations, le droit constitutionnel n'est pas familier à ceux qui composent aujourd'hui la doctrine privatiste, sans même évoquer le légalisme dominant dans la pensée juridique française, qui conduit certains - la plupart ? - à redouter que le juge de la loi soit le censeur de la volonté générale. Où l'on retrouve également ce bon vieux thème de l'insécurité juridique et l'idée que Carbonnier avait formulée sous une forme faussement interrogative lorsqu'il feignait de se demander : « quel était le plus grand péril ? quelques lois éventuellement inconstitutionnelles ? ou la Constitution elle-même, avec ses symboles, livrée à un perpétuel *brainstorming* ? ». La thématique est récurrente qui s'exprime sous des labels bien connus, ceux du « gouvernement des juges » et du désordre juridique, qui conduisent à préférer se passer de contrôle de constitutionnalité des lois plutôt qu'à risquer leur censure.

La QPC devait inévitablement renforcer les craintes. L'intervention du Conseil constitutionnel dans le cours des procès fait redouter son hégémonisme et la « subordination » des ordres judiciaire et administratif à cet organe qui pourrait être devenu « Cour suprême à l'américaine », autant dire monstre venu d'ailleurs et donc envahisseur. Comment les « équilibres institutionnels » ne pourraient-ils s'en trouver bouleversés ?

4. - Au cœur du droit privé, la propriété, le contrat, la responsabilité civile permettent d'éprouver ces idées facilement reçues. Fruits de nombreuses décisions, depuis près d'une trentaine d'années et objets d'ores et déjà d'un nombre important de QPC, ils peuvent jouer les révélateurs de l'activité du Conseil constitutionnel et contribuer à mieux cerner ce que l'on peut en attendre ou en redouter. Dans ces domaines si propres aux relations inter-personnelles, bases du droit civil, la jurisprudence du Conseil constitutionnel fait-elle office de trouble-fête ? Le présent numéro permet de dresser un bilan complet de ses apports. En guise d'ouverture, qu'il soit permis d'insister sur trois aspects de la jurisprudence constitutionnelle, dont témoignent les décisions intéressant le droit des biens et des obligations : elle est le moteur du droit constitutionnel, droit prétorien entièrement sous l'influence du Conseil constitutionnel ; elle n'est pas révolutionnaire et ne saurait venir bouleverser les équilibres du droit privé ; elle n'est pas une jurisprudence de droit privé. Reprenons.

5. - En premier lieu, le droit constitutionnel est un droit prétorien, on peut dire pleinement jurisprudentiel. On n'ignore évidemment pas qu'il repose sur des bases textuelles ! Mais leur caractère lacunaire comme leur malléabilité le disputent à la diversité de leurs sources d'inspiration et d'expression. Voilà pourquoi tout, ici, procède du juge lui-même. Au reste, si les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 offrent un fondement au droit constitutionnel de propriété, comment ne pas constater que tant le contrat que la responsabilité sont, dans la Constitution, orphelins de toute base textuelle ? Cela n'a pas empêché, bien au contraire, le Conseil constitutionnel de construire progressivement un corps de solutions. En matière constitutionnelle, le Conseil constitutionnel est toujours le plein auteur du corpus constitutionnel. De la reconnaissance de principes nouveaux à la détermination de leur consistance, rien n'échappe à son imperium.

Le plus souvent, un tel constat nourrit la critique du Conseil constitutionnel et le procès en illégitimité de ses membres : ni magistrats ni élus, on leur reproche de transformer des textes de philosophie politique en normes constitutionnelles. À vrai dire, cette omnipotence est inévitable : l'histoire de notre juridiction constitutionnelle, sa quasi auto-institutionnalisation notamment, a impliqué la juridicisation d'une institution qui n'était pas faite pour juger et la transformation en règles de droit de dispositions qui n'en étaient pas. Pour le privatiste, une telle spécificité le conduit à réaliser qu'il est en présence d'un droit assurément évolutif, qui se forme par strates, décision après décision. Le trait permet également de saisir que, comme toute jurisprudence, celle du Conseil constitutionnel n'ignore ni les changements de cap ni les revirements. De ce caractère évolutif, droit de propriété, droit des contrats et droit de la responsabilité offrent d'ailleurs des illustrations à la fois évidentes et pleinement différentes.

6. - Le droit de propriété a fait son apparition dans la jurisprudence constitutionnelle au son du tambour et des trompettes. Le Conseil constitutionnel, on ne peut l'ignorer, a proclamé en des termes très solennels son attachement au droit de propriété. On a pu y voir, à cette occasion, le « protecteur » d'un droit de propriété singulièrement affaibli, au point d'affirmer qu'il aurait « redonné au droit de propriété une nouvelle jeunesse ». Il faut dire que la décision pouvait sembler particulièrement emphatique :

« Les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ».

La suite aura permis rapidement de revenir sur terre. S'il est sans doute relativement vigilant dans les hypothèses de privation de propriété - expropriations, nationalisations -, la grande majorité des lois portant atteinte au droit de propriété ont passé sans encombre le filtre du contrôle de constitutionnalité. À l'exception de décisions isolées qui auraient pu laisser augurer une protection accrue de la propriété, la jurisprudence constitutionnelle est désormais fixée : le Conseil constitutionnel ne sanctionne les limitations du droit de propriété que si « son sens et sa portée » sont méconnus par la loi (2). Il s'en faut assurément de beaucoup pour que la limite constitutionnelle soit considérée comme franchie.

7. - Suivant un cheminement inverse, le contrat fera une entrée beaucoup plus discrète dans les décisions du Conseil constitutionnel, au point d'avoir d'abord été éconduit du bloc de constitutionnalité. Dans une décision rendue le 3 août 1994, en examen d'une loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés, le Conseil a en effet semblé fermer la voie de façon pour le moins tranchée à sa reconnaissance constitutionnelle, affirmant qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle » (3).

Progressivement, il reviendra toutefois sur cette affirmation, procédant par voie de périphrase pour masquer ce qui s'apparentait à un revirement de jurisprudence. Ainsi, affirme-t-il, dans une décision du 20 mars 1997, que si « le principe de liberté contractuelle *n'a pas en lui-même* valeur constitutionnelle, [...] sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis » (4). Récusant définitivement toute valeur constitutionnelle à un principe « dit de l'"autonomie de la volonté" », il s'orientait vers la consécration de la liberté contractuelle, sous couvert de la liberté d'entreprendre.

Le pas sera franchi dans une décision du 19 décembre 2000, relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, dans laquelle le Conseil constitutionnel devait connaître de dispositions « incitant » à la conclusion de conventions, en prévoyant une contribution pénalisante en cas contraire. Pour le Conseil constitutionnel, « s'il est vrai que le dispositif institué par le législateur a notamment pour finalité d'inciter les entreprises pharmaceutiques à conclure avec le comité économique des produits de santé, en application de l'article L. 162-17-4 du code de la sécurité sociale, des conventions relatives à un ou plusieurs médicaments, visant à la modération de l'évolution du prix de ces médicaments et à la maîtrise du coût de leur promotion, *une telle incitation, inspirée par des motifs d'intérêt général, n'apporte pas à la liberté*

contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution ». Devenue ainsi « *en elle-même* » norme constitutionnelle, la liberté contractuelle a depuis lors été consacrée à diverses reprises dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (5).

8. - Un même mouvement, progressif, se manifesterait concernant le contrôle de la rétroactivité de la loi en matière contractuelle. Là encore, les premières affirmations furent pour le moins timides. Ainsi, dans une décision du 4 juillet 1989, le Conseil jugera « qu'en inscrivant la sûreté au rang des droits de l'homme, l'article 2 de la Déclaration de 1789 n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution ». Soulignant « qu'antérieurement à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946, diverses lois ont, pour des motifs d'intérêt général, fixé des règles s'appliquant à des contrats en cours », il considérera que « la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa premier du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ».

Mais sa jurisprudence va, là encore, évoluer nettement, sans doute sous l'influence de celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, le Conseil constitutionnel va-t-il juger que le législateur ne saurait porter à « *l'économie des conventions* » une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 (6). Sur ces bases pouvait alors se mettre en place un contrôle de l'interventionnisme législatif visant à ce que, selon une formule qui apparaîtra dans diverses décisions, le législateur ne porte aux contrats légalement conclus « une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ».

Une décision du 7 décembre 2000, rendue en examen de la loi sur la solidarité et le renouvellement urbain (SRU), conduira le Conseil à sanctionner - pour la première fois - une atteinte grave à « *l'économie de contrats légalement conclus* ». L'article 145 de la SRU prévoyait la « pérennisation » - ce qui n'est rien d'autre qu'une poursuite forcée du contrat - des conventions définies à l'article L. 351-2 du même code (APL) passées par les sociétés immobilières à participation majoritaire de la Caisse des dépôts et consignations. La poursuite forcée d'une convention, qui enferme les parties dans une loi qui n'est plus celle qu'ils ont entendu se donner, porte évidemment atteinte à l'économie de contrats légalement conclus. Ce que le Conseil sanctionnera : « *S'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, juge le Conseil, il ne saurait porter à l'économie de contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » (7).

9. - C'est à la même période qu'il décidera de consacrer, selon ses termes mêmes, des « principes fondamentaux du droit des contrats » (8). Là où les requérants faisaient grief à l'article 515-7 du Code civil, visant la rupture unilatérale du PACS, de porter atteinte au « principe d'immutabilité des contrats », le Conseil va juger que « si le contrat est la loi commune des parties, *la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties*; qu'à cet égard, il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis ». Sur ce fondement, il va imposer, par une réserve d'interprétation, la possibilité pour un contractant d'obtenir « *réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture* ». À cette occasion, le Conseil constitutionnel devait donc constitutionnaliser le principe de la prohibition des engagements perpétuels - d'où la faculté de rupture du PACS. La suite conduira toutefois le Conseil à marquer le pas, en affirmant dans une décision du 30 mars 2006 rendue en examen du Contrat première embauche qu'« il ne résulte ni du principe de la liberté contractuelle ni d'aucun autre principe que la faculté pour l'employeur de mettre fin au « contrat première embauche » devrait être subordonnée à l'obligation d'en dénoncer préalablement les motifs » (9).

10. - En matière de responsabilité, la jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaîtra moins « linéaire » ou si l'on préfère plus sinueuse. La première décision concernant les principes constitutionnels applicables en matière de responsabilité civile fut rendue en examen d'une loi relative au droit de grève qui envisageait d'accorder aux grévistes, aux représentants du personnel et aux syndicats une immunité de responsabilité pour les dommages causés dans le cadre ou à l'occasion de conflits collectifs. Le Conseil constitutionnel devait censurer le texte au motif qu'il priverait largement les victimes de toute forme de réparation pour les dommages liés à des conflits collectifs. Pour justifier sa décision, il rappelait les termes mêmes de l'article 1382 du Code civil. La censure, cependant, reposait sur le principe d'égalité : le législateur « ne peut [...] dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs, [...] à l'égalité devant la loi et devant les charges publiques ». Ce qui motivait alors la solution, ce n'est pas que les auteurs d'un dommage puissent ne pas être condamnés à réparer le fait dommageable mais que les victimes puissent être privées d'action en réparation. Comme le souligna Carbonnier, « s'il y a quelque chose de constitutionnel dans l'article 1382, c'est la réparation du dommage, non la sanction de la faute ».

Il faudra attendre la décision précitée relative au PACS pour que le Conseil constitutionnalise cette fois clairement l'article 1382 du Code civil, intégré au bloc de constitutionnalité à travers l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme. Mais on ne saurait en déduire que le Conseil prohibe toute forme d'irresponsabilité. Ainsi en 1994, à l'occasion de l'examen des lois « bioéthique », il devait admettre qu'aucune action en responsabilité ne puisse être exercée en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, contre l'auteur du don (10). La décision validait ainsi une hypothèse d'interdiction du droit d'exercer une action en responsabilité. Pas davantage n'interdit-il au législateur de restreindre les conditions de la mise en oeuvre de la responsabilité de l'auteur d'un dommage. En 2005, l'examen de la loi de sauvegarde des entreprises lui donnera ainsi l'occasion de préciser que le législateur peut « en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, [...] aménage[r] les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée » (11), le motif d'intérêt général étant apprécié avec souplesse puisque la « clarification » apportée par la loi satisfait en soi à un tel objectif.

- **II - 11.** - En deuxième lieu, le droit constitutionnel n'est pas révolutionnaire. La crainte du « gouvernement des juges » ne saurait être alimentée par les décisions du Conseil constitutionnel : respectueux, pour l'essentiel, du droit positif, il n'en menace pas les fondements. À l'évidence, la constitutionnalisation des éléments essentiels du droit civil n'est pas une remise en cause de l'ordre civiliste. Le conservatisme de la jurisprudence constitutionnelle ressort nettement des solutions évoquées précédemment.

12. - Le droit de propriété ? Le Conseil constitutionnel, dès 1982, en a fait une interprétation téléologique façonnant le droit constitutionnel de propriété de sorte à y intégrer les évolutions survenues depuis 1789. Ainsi a-t-il souligné à plusieurs reprises le fait que « postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et conditions d'exercice du droit de propriété ont connu une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et *par des limitations exigées par l'intérêt général* ». La formule allait lui permettre de faire relever du droit de propriété les objets nouveaux, qui ont conduit à une dissociation de la propriété et de la corporalité - propriété sur les biens incorporels : marque, parts sociales, clientèle, etc. Mais elle devait surtout l'autoriser à reconnaître la conformité à la Constitution des formes très nombreuses et variées d'atteintes au droit de propriété, visant aussi bien l'usus, le fructus ou l'abusus. Voilà comment nombre de restrictions au droit d'exploiter un bien, au droit même de l'aliéner ou à la libre cessibilité, ont obtenu leur visa de conformité à la Constitution. En jugeant à diverses reprises que le droit de propriété n'était pas violé, parce que les limitations prévues par la loi n'avaient pas « un caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété dénature le sens et la portée de celui-ci » ou en trouvant leur justification dans les motifs d'intérêt général retenus par le législateur, le Conseil constitutionnel ne s'est pas mis en travers, loin s'en faut, du mouvement contemporain de déclin de la propriété. Son contrôle de conformité de la loi à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme ne se déclenche que si la restriction portée au droit de propriété a « un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée de ce droit » (12).

Quant à la protection accordée sur le fondement de l'article 17 de la Déclaration de 1789, elle reste relative, comme en témoigne encore la décision rendue le 12 novembre 2010 portant sur la constitutionnalité de l'article 661 du Code civil. Le texte, on le sait, permet au propriétaire de contraindre son voisin à rendre mitoyen un mur séparatif, moyennant indemnité. La Cour de cassation a pu estimer que la question soulevée présentait un caractère sérieux, soulignant que « le maître du mur [qui] perd ses droits exclusifs, sans justification évidente d'une nécessité publique » (13). Dans cette même approche, on a alors souligné qu'« en l'espèce, la contrariété à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen paraît évidente. [...] La cession forcée de mitoyenneté se double en effet d'une communauté forcée : en contraignant son voisin à lui céder la mitoyenneté d'un mur, le demandeur l'oblige à partager ce qui lui était jadis propre » (14).

Ce ne sera pourtant pas l'analyse du Conseil constitutionnel : « cette disposition n'a pour effet que de rendre indivis le droit exclusif du maître du mur qui, dans les limites de l'usage en commun fixées par les articles 653 et suivants du code civil, continue à exercer sur son bien tous les attributs du droit de propriété ; que, dès lors, en l'absence de privation de ce droit, l'accès à la mitoyenneté autorisé par le texte en cause n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789 » (15).

13. - C'est une même impression qui prévaut s'agissant du contrat. Le Conseil, on l'a vu, n'a reconnu la liberté contractuelle que de façon timorée et limitée. Sa prudence se comprend aisément : les atteintes portées à la liberté contractuelle en droit positif sont si nombreuses - qu'il s'agisse des limitations au droit de contracter, au consensualisme, ou surtout à celui de choisir le contenu du contrat - qu'il ne pouvait se situer à contre-courant du mouvement contemporain qui affecte le contrat. La protection accordée au droit des contrats est marginale et peu contraignante pour le législateur. Ainsi, les atteintes portées à la liberté contractuelle, sous des formes diverses - contrats imposés ou interdits, ou encore contenu fixé par la loi - ont-elles été considérées comme conformes à la Constitution.

De même, l'atteinte portée aux conventions légalement conclues reste-t-elle exceptionnelle : le Conseil valide la loi, selon une expression symptomatique, dès lors qu'elle « ne porte pas une atteinte *excessive* aux contrats légalement conclus » (16). Une atteinte *excessive* ou une méconnaissance *manifeste* forment le seuil de la censure, assurément élevé.

Il s'en faut dès lors de beaucoup plus que le Conseil constitutionnel censure le législateur. À ce titre, c'est principalement l'instabilité législative en matière sociale et plus précisément dans le domaine du contrat de travail, qui fournit le ferment des censures prononcées. Le Conseil a ainsi pu stigmatiser les dispositions de la loi relative à la réduction négociée du temps de travail qui portaient atteinte aux contrats antérieurement conclus (17) ou encore celles de la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail qui entendaient supprimer toutes les clauses relatives aux heures supplémentaires des conventions collectives existantes (18).

14. - La jurisprudence constitutionnelle est en réalité fort respectueuse des mouvements mêmes qui marquent le droit civil. Loin de s'opposer aux tendances dominantes, qui conduisent le législateur à porter atteinte à certains principes, le Conseil constitutionnel les conforte. Les constitutionnalistes italiens ont parlé ici de la « doctrine du droit vivant » pour caractériser le mouvement qui consiste à intégrer aux normes constitutionnelles les évolutions qui se manifestent à un niveau infra-constitutionnel. Les constitutionnalistes français ont davantage évoqué la *consolidation* du droit positif par le Conseil constitutionnel. Il ne s'oppose pas aux mouvements du droit ; il les intègre à la Constitution.

C'est bien ce que l'on observe encore en matière de responsabilité. Ainsi, après avoir rappelé le principe de responsabilité, le Conseil a ajouté immédiatement qu'« en certaines matières, le législateur a institué des régimes de réparation dérogeant partiellement à ce principe, notamment en adjoignant ou en substituant à la responsabilité de l'auteur du dommage la responsabilité ou la garantie d'une autre personne physique ou morale ». De même, a-t-il rappelé que « le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes ». Le Conseil suit alors un raisonnement inductif, qui prend sa source dans le droit positif.

Et l'on comprend que le Conseil constitutionnel, intervenant alors que nombre de règles et solutions préexistent, parfois depuis des siècles, ne puisse se considérer investi du droit d'en saper les fondements et d'en remettre en cause la validité. Doutait-on de la constitutionnalité de l'article 661 du Code civil concernant la cession forcée de mitoyenneté (v. supra, n° 12) ? Mais il faut ajouter qu'une telle déclaration de contrariété à la Constitution aurait pu jeter le doute sur nombre d'autres règles. « Le terrain est miné » a-t-on justement souligné (19). Le Conseil constitutionnel n'entend pas révolutionner le droit positif.

Entrant dans le détail, on ne saurait être frappé par les initiatives prises par le Conseil. Ainsi a-t-il constitutionnalisé le droit de rompre les contrats à durée indéterminée, solution dont on reconnaîtra qu'elle n'avait pas attendu l'essor du constitutionnalisme pour être reconnue derrière la prohibition ancestrale des engagements perpétuels. On dira de même pour la reconnaissance du droit d'être indemnisé du préjudice subi selon les conditions dans lesquelles la rupture du contrat est survenue.

- **III - 15.** - En troisième lieu, bien qu'il soit conduit, QPC aidant, à intervenir de plus en plus à l'occasion d'un procès, dans des domaines qui relèvent du droit privé, le Conseil constitutionnel est et restera toujours en charge d'un contentieux objectif : il analyse un rapport - de conformité - entre normes et est, profondément, juge de droit public. Il ne juge pas des situations de fait mais des normes de droit. Il ne tranche pas un litige mais doit décider de la validité d'une norme, pour, le cas échéant, la déclarer contraire à la Constitution et l'abroger. Il ne faudrait pas s'y tromper au prétexte qu'il est question de propriété, de contrat ou de responsabilité dans ses décisions. Les notions, les raisonnements, les mécanismes mêmes qui constituent la jurisprudence constitutionnelle conduisent en tous points à le distinguer du droit privé.

16. - À ce titre, l'intérêt général joue un rôle prépondérant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Les différentes formes de limitation de l'exercice du droit de propriété sont conformes à la Constitution dès lors qu'elles sont justifiées par l'intérêt général poursuivi par le législateur. C'est également l'intérêt général, compris avec souplesse, qui justifie, pour le Conseil, la plupart des atteintes à la liberté contractuelle (20). C'est encore l'intérêt général qui permet l'aménagement des régimes de responsabilité et l'édition de régimes spéciaux (21). Comment ne pas rappeler que l'intérêt général est « l'âme du droit public », selon l'expression de Rivero (22) ? Le Conseil constitutionnel, qui souligne de façon récurrente qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation concurrent de celui du Parlement, fait de l'intérêt général sa norme fondamentale, celle qui justifie - ou plus encore efface - la méconnaissance des droits constitutionnellement protégés. Il n'est pas douteux que l'appréciation du motif d'intérêt général est souvent à géométrie variable, comme le rappellent dans les présents Cahiers, Pascale Deumier et Olivier Gout. Au-delà, ce que marque cette emprise de l'intérêt général dans les raisonnements menés, c'est précisément le fait que, dans le jugement de constitutionnalité qui consiste à apprécier une « latitude » pour le législateur de venir imposer des limitations - à l'exercice de la propriété, à la liberté contractuelle, au droit à réparation, etc. - voire à interdire et à priver de l'exercice d'un droit ou d'une liberté, selon les circonstances, l'intérêt général est ce qui justifie l'intervention législative et la rend constitutionnellement valide. L'intérêt général, devenu norme validante, signe précisément le fait que l'on se trouve sur des terres entièrement étrangères à des relations de droit privé.

17. - Au reste, la jurisprudence constitutionnelle s'élabore à l'aide de principes et libertés propres au droit constitutionnel : aussi, ne faut-il pas

s'étonner que le droit constitutionnel de la responsabilité se construise à partir du principe d'égalité, de l'article 4 de la Déclaration de 1789 - avec cette affirmation selon laquelle « la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par les dispositions de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes desquelles : «La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui» -, et du droit à un recours juridictionnel issu de l'article 16 de la Déclaration de 1789. De même, la protection du contrat passe par la liberté de l'article 4 de la Déclaration. S'agissant de la propriété, le Conseil constitutionnel en protège le « sens et la valeur », selon une approche totalisante qui lui est propre. Les fondements constitutionnels du droit civil ne sont pas faits de règles de droit civil, mais bien de principes constitutionnels. La constitutionnalisation du droit privé ne consiste pas dans l'élévation d'un niveau hiérarchique, de règles de droit privé qui jusqu'alors auraient eu valeur législative. De façon bien différente, il s'agit d'un certain nombre d'impératifs constitutionnels élaborés à partir de principes à valeur constitutionnelle dont les implications peuvent se faire ressentir dans des domaines divers : voilà pourquoi l'article 4 de la Déclaration de 1789, cette « liberté » dont le Conseil déduit simplement qu'elle consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, devient un fondement aussi bien du droit des contrats que du droit de la responsabilité.

18. - Dès lors, procédant avec ses propres fondements et selon ses propres logiques, le contentieux constitutionnel produit un corps de solutions originales, que le privatiste doit étudier et analyser « de l'extérieur » et non en espérant y trouver son propre droit. Voilà pourquoi, comme le montrent d'ailleurs parfaitement Pascale Deumier et Olivier Gout, le Conseil constitutionnel envisage la responsabilité civile de façon spécifique, liant ainsi l'étendue de la réparation à la gravité de la faute, au rebours d'une approche civiliste qui fait dépendre la réparation du préjudice. La jurisprudence du Conseil constitutionnel combine de façon originale la situation de la victime, créancière du droit à réparation et celle du responsable, le débiteur. Le Conseil estime ainsi que le législateur peut aménager des régimes d'immunité, dès lors qu'il ne laisse pas sans réparation des dommages causés par suite d'un acte fautif (23). De même, sa représentation de la propriété, dans laquelle il intègre de façon explicite les garanties procédurales des atteintes portées à son exercice, lui est tout aussi propre. C'est précisément ce particularisme qu'il convient d'étudier, de comprendre et de discuter. Avec l'aide, assurément, des privatistes.

(1) Les cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31, ont publié un dossier intitulé « Le Conseil constitutionnel et le droit des biens et des obligations »

(2) En dernier lieu, v. déc. 2010-60 QPC préc., avec, pour motivation : « Compte tenu de ces garanties de fond et de procédure, la restriction portée au droit de propriété par la disposition en cause n'a pas un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée de ce droit ».

(3) Déc. 94-348 DC du 3 août 1994. Les requérants faisaient valoir que les dispositions interdisant de créer de nouvelles institutions de retraite complémentaire étaient contraires à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle.

(4) Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, D. 1999. 236, obs. F. Mélin-Soucramanien ; *ibid.* 234, obs. L. Favoreu ; RTD civ. 1997. 787, obs. N. Molfessis ; *ibid.* 1998. 99, obs. J. Mestre. Les requérants faisaient valoir que par décision unilatérale un employeur pourrait, « sans participer à son financement, mettre en place un plan d'épargne retraite et ainsi interdire aux salariés de l'entreprise d'adhérer à un autre fonds ; qu'ainsi seraient méconnus le principe de liberté contractuelle et le principe de l'autonomie de la volonté qui résulterait de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen disposant que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » »

(5) V., not., déc. 2006-486 DC du 11 décembre 2003 et Cons. const., 18 déc. 2003, n° 2003-487 DC, AJDA 2004. 216, note J.-E. Schoettl ; D. 2004. 1274, obs. A. Duffy ; Cons. const., 1^{er} juill. 2004, n° 2004-497 DC, D. 2005. 199, note S. Mouton ; *ibid.* 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; Mélanges Favoreu 2007. 1329, étude F. Moderne ; RFDA 2005. 465, étude P. Cassia ; RTD eur. 2004. 583, note J.-P. Kovar. Pour une étude générale, v. P.-Y. Gahdoun, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2008.

(6) Déc. 98-401 DC, 10 juin 1998.

(7) Cons. const., 7 déc. 2000, n° 2000-436 DC, AJDA 2001. 18, note J.-E. Schoettl ; D. 2001. 1840, obs. L. Favoreu ; *ibid.* 1841, obs. M. Fatin-Rouge. Sur l'analyse de la « pérennité » contractuelle, v. P.-Y. Gahdoun, *op. cit.*, n° 209 et s., p. 187 et s.

(8) Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, D. 2000. 424, obs. S. Garneri ; GAJF, 5^e éd. 2009. n° 20 ; RTD civ. 2000. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 870, obs. T. Revet.

(9) Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, AJDA 2006. 732 ; *ibid.* 1961, note C. Geslot ; D. 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; RDI 2007. 66, obs. P. Dessuet ; RTD civ. 2006. 314, obs. J. Mestre et B. Fages.

(10) Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, D. 1995. 237, note B. Mathieu ; *ibid.* 205, chron. B. Edelman ; *ibid.* 299, obs. L. Favoreu ; GDCC, 15^e éd. 2009. n° 37 ; GADS 2010. n° 3 ; RFDA 1994. 1019, note B. Mathieu ; RTD civ. 1994. 831, obs. J. Hauser ; *ibid.* 840, obs. J. Hauser.

(11) Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-522 DC, D. 2006. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino.

(12) En dernier lieu, Cons. const., 12 nov. 2010, n° 2010-60 QPC, D. 2011. 652, note A. Cheynet de Beaupré ; RDI 2011. 99, obs. L. Tranchant ; RTD civ. 2011. 144, obs. T. Revet.

(13) Civ. 3^e, 15 sept. 2010, n° 10-12.840, RDI 2010. 538, obs. L. Tranchant.

(14) J.-B. Seube, in *Chronique de Droit des biens, Droit et patrimoine*, janvier 2011, p. 76.

(15) Déc. 2010-60 QPC préc.

(16) V. ainsi Cons. const., 19 nov. 2009, n° 2009-592 DC, D. 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay (Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie) ou encore, antérieurement, Cons. const., 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC, D. 2002. 1950, obs. D. Ribes ; ou encore, Cons. const., 18 mars 2009, n° 2009-578 DC, AJDA 2009. 509 ; D. 2009. 799, obs. Y. Rouquet ; *ibid.* 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; Constitutions 2010. 109, obs. A. Barilari ; Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, AJDA 2002. 1163, étude F. Reneaud ; D. 2003. 1129, et les obs., obs. L. Gay ; *ibid.* 2002. 1439, chron. B. Mathieu ; Rev. science crim. 2002. 673, obs. V. Bück ; *ibid.* 674, obs. V. Bück.

(17) Cons. const., 13 janv. 2000, n° 99-423 DC, D. 2001. 1837, obs. V. Bernaud. Le texte remettait en cause des accords conclus à l'instigation de la loi du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Le Conseil a estimé qu'ils ne devaient être remis en cause que pour un motif d'intérêt général suffisant. Or, si plusieurs des modifications apportées au Code du travail par la loi déferée confortent ces accords, d'autres modifications, à l'inverse, font obstacle à certaines de leurs clauses, alors même que, lors de la conclusion des accords, ces clauses ne méconnaissaient pas les conséquences prévisibles de la réduction à 35 heures par semaine de la durée du travail et ne contrevenaient non plus à aucune disposition législative en vigueur. En privant indistinctement d'effet toutes ces clauses un an après l'entrée en vigueur de la loi, l'article 28 a porté à la liberté contractuelle une atteinte incompatible avec l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et avec le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Aj., déc. 2000-436 DC du 7 décembre 2000 préc.

(18) Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC, D. 2008. 2064 et les obs. ; *ibid.* 2009. 1852, obs. V. Bernaud et L. Gay. Le Conseil a jugé que cette atteinte aux conventions existantes n'était pas justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. En premier lieu, elle concernait plusieurs millions de salariés. En deuxième lieu, elle portait sur des clauses dont la teneur ne méconnaît pas la nouvelle législation. En troisième lieu, les parties aux conventions pouvaient renégocier celles-ci, dès la publication de la loi, en les dénonçant. Enfin, la suppression de ces clauses modifiait l'équilibre général de ces conventions.

(19) J.-B. Seube, J.-B. Seube, *op. cit.*

(20) V. ainsi Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, AJDA 2007. 192, note G. Marcou ; *ibid.* 473, note G. Marcou ; D. 2007. 1760, note M. Verpeaux ; *ibid.* 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; GDCC, 15^e éd. 2009. n° 46 ; RFDA 2006. 1163, note R. de Bellescize ; *ibid.* 2007. 564, note A. Levade ; *ibid.* 596, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier, qui valide la limitation de la libre administration des collectivités territoriales et de la liberté contractuelle, au motif qu'elle « trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution ». Sur le rôle de l'intérêt général dans les atteintes portées au contrat, v. G. Canivet, *Le Conseil constitutionnel et le contrat. Variations sur la « discrétion »*, in *Mélanges Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 75 et s., spéc. n° 33 et s., p. 93 et s.

(21) Selon le considérant suivant (v. par ex. Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, AJDA 2010. 1232 ; D. 2010. 1634 ; *ibid.* 2011. 35, obs. P. Brun et O. Gout ; *ibid.* 459, chron. S. Porchy-Simon ; *ibid.* 768, chron. P. Sargos ; *ibid.* 840, obs. Equipe de recherche en droit social de Lyon 2 ; RDT 2011. 186, obs. G. Pignarre ; RDSS 2011. 76, note S. Brimo ; Constitutions 2010. 413, obs. C. Radé) : « Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ; que la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre cette exigence constitutionnelle ; que, toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ; qu'il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789. »

(22) J. Rivéro, « Droit public et droit privé : Conquête ou *statu quo* ? », *D.*, 1947, chron. 69.

(23) En ce sens, Th. Radé, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004.