

# L'impact du droit constitutionnel sur le droit privé

Guy Canivet\*

## A. Introduction

Demander au premier président de la Cour de cassation française de présenter un rapport de droit comparé sur "*L'impact du droit constitutionnel sur le droit privé*" est sans aucun doute révélateur d'une intention. Les choix conjugués de l'orateur et du sujet conduisaient nécessairement à comparer deux modèles institutionnels d'organisation juridique et judiciaire dont les paramètres tiennent, d'une part, aux attributions et pouvoirs variables des cours suprêmes ou régulatrices, d'autre part, aux modalités diverses du contrôle de la constitutionnalité. Qui a le pouvoir de procéder au contrôle de constitutionnalité de la loi et comment s'opère ce contrôle? De ces données premières se déduit l'impact du droit constitutionnel sur le droit privé.

D'un côté, dans les systèmes tels les Etats-Unis ou le Canada dans lesquels les frontières des disciplines traditionnelles du droit tendent à s'estomper à la faveur tout à la fois de la concentration des compétences juridictionnelles et de l'existence de l'exception d'inconstitutionnalité devant les juges ordinaires, le droit privé s'interprète et s'applique dans une continuité normative à la source de laquelle se trouve le droit constitutionnel.

A l'opposé, se trouve le modèle cloisonné, fractionné, éclaté, à la française, qui bannit radicalement l'exception d'inconstitutionnalité devant les juridictions ordinaires pour confier à un organe constitutionnel spécifique un contrôle purement préventif de conformité de la loi à la constitution. Dans ce contexte, l'étanchéité des institutions, la séparation des ordres juridictionnels constitutionnels et ordinaires, administratifs ou judiciaires, induit celui des disciplines, droit privé et droit public. Ici, secrétant ses propres principes fondateurs, le droit privé revendique son autonomie – son autarcie – par rapport au droit applicable aux rapports de droit public, tandis que la moindre interpénétration réciproque des matières publiques et privées affaiblit et même, dans certains cas, ruine la cohérence normative et la continuité de la politique jurisprudentielle qui s'y rapporte.

Pour me faire comprendre je vous dois un exemple: Il est tiré d'une affaire qu'a récemment eu à connaître la Cour de cassation.<sup>1</sup> Il s'agissait de juger si le fait, pour le commandant de bord d'un avion de transports de passagers d'avoir participé à un mouvement de grève commencé lors d'une escale de repos entre deux vols long courrier aller-retour – et par conséquent de ne pas assurer le vol de retour –

\* Premier président de la Cour de cassation française.

<sup>1</sup> Cass, AP, 26 juin 2006.

autorisait la compagnie à lui infliger une sanction disciplinaire pour usage illicite ou abusif du droit de grève. L'affaire conduisait la Cour de cassation à confronter deux principes, en France, à valeur constitutionnelle, le droit de grève, d'une part, la sécurité des personnes et des biens, génératrice du principe de continuité du vol, d'autre part. Dès lors qu'aucun contrôle de constitutionnalité n'est possible sur la décision rendue par la Cour de cassation, la juridiction judiciaire a procédé, sans recours, à cette mise en balance, donnant ainsi une portée totalement autonome à son interprétation de la constitution, dans les rapports privés du travail, sans aucune sanction possible du Conseil constitutionnel et sans qu'aucun mécanisme puisse assurer la cohérence avec l'interprétation, éventuellement différente qu'aurait pu faire le juge spécifique de la Constitution. Dans le système français, il y a donc deux interprétations possibles du droit constitutionnel de la grève, celle du Conseil constitutionnel et celle des juridictions judiciaires, voire trois, si les juridictions administratives venaient à développer leur propre théorie.

Mais le droit comparé nous habitue à ce que les points de convergence entre des pôles contraires soient plus nombreux qu'il n'y paraît, ou du moins, plus exactement, à ce que la réalité soit plus complexe.

Revisitant récemment la question du *judicial review* sous un angle comparatiste, un auteur américain suggère qu'au vu de l'orientation contemporaine des pratiques respectivement en Europe et aux Etats-Unis, où la conformité des lois à la constitution fédérale est entendue aujourd'hui de façon abstraite, à la manière du contrôle exercé par les organes constitutionnels européens, "it may not matter."<sup>2</sup>

Cependant, au-delà d'un certain rapprochement des méthodes, on est frappé plutôt par l'émergence, dans un grand nombre de démocraties occidentales, d'une vague puissante qu'un auteur a qualifiée de "juristocratique",<sup>3</sup> signalant, par ce néologisme provocateur, un besoin croissant de constitutionnalité dans toutes les branches du droit.

La réponse à ce besoin est recherchée du côté du juge, juridiction ordinaire ou organe spécialisé, qui se voit confier la mise en œuvre d'une charte constitutionnelle de droits fondamentaux à effet tant horizontal que vertical, c'est-à-dire de droits subjectifs, invocables aussi bien à l'égard des autorités publiques que dans les rapports interindividuels régis par le droit privé.

Or, pareil mouvement incite à réfléchir *aux raisons* de ce besoin, besoin largement et puissamment ressenti, de principes de gouvernance du droit privé puisés dans le modèle du droit public, et *aux implications* qu'il revêt pour un système cloisonné comme en France, où s'opère cependant, indiscutablement, une pénétration croissante des valeurs constitutionnelles dans les rapports de droit privé. Ce sont les deux axes, *raisons et implications*, autour desquels je tenterai d'articuler cette brève variation.

En premier lieu, du point de vue des raisons du phénomène, il semble, de plus en plus difficile de conclure à l'étanchéité de la sphère de rapports interindividuels,

<sup>2</sup> A. Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review – And Why it May Not Matter*, 101 Mich L. Rev. 2744 (2003).

<sup>3</sup> R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The origins and Consequences of the New Constitutionalism* (2004); R. Hirschl, *Constitutionalism, Judicial Review, and Progressive Change: A Rejoinder to McClain and Fleming*, 84 Tex L Rev 471 (2005).

qui échapperait par sa spécificité aux principes de gouvernance qui régit le fonctionnement des institutions publiques. A vrai dire, la catégorie "droit privé" est bien difficile à cerner. L'utilisation de techniques de droit privé dans la sphère publique à la faveur de la régulation économique, comme la prise en charge d'intérêts collectifs par le droit privé, par exemple dans le droit de l'entreprise ou le droit de la consommation, induisent un "décompartimentage" progressif du domaine juridique qui fait douter de la pérennité de la catégorie "droit privé", du moins dans son acception traditionnelle.

Or, ce brouillage fonctionnel s'accompagne d'une prise de conscience aigüe de la diffusion, dans la société civile, de foyers de pouvoirs échappant aux classifications et dont le modèle ne se retrouve pas exclusivement au sein des institutions politiques. Ces foyers de pouvoirs privés appellent toutefois la mise en œuvre de principes de gouvernance inspirés du droit public (B). Il en résulte un besoin de gouvernance qui retentit sur la fonction même du droit privé.

En second lieu, s'agissant des implications, bien que l'appel de plus en plus fréquent par le juge judiciaire français à des principes supérieurs d'origine constitutionnelle représente indubitablement un facteur potentiel de transformation du raisonnement juridique jusqu'alors puisé aux seules sources du Code civil, ce phénomène nouveau est loin d'avoir la portée que revêt, sous le même rapport, n'en déplaise à certains, la pénétration des droits fondamentaux d'origine supranationale dans l'ordre juridique interne.

Autrement dit, concrètement, le juge judiciaire français peut appliquer directement, dans un litige privé, le principe constitutionnel de protection de la vie privée mais il s'interdit de déclarer une loi contraire à ce principe constitutionnel. Toutefois, par la conjugaison de l'effet direct et de la primauté du droit international dans l'ordre juridique français, il a le pouvoir, dans le même litige, d'écarter l'application de la même loi comme contraire à l'article 8 de la Convention de européenne de sauvegarde des droits de l'homme selon lequel, on le sait "Toute personne a droit au respect de sa vie privée ..."

On comprend que la disponibilité massive de droits individuels, telle la protection de la vie privée, droits individuels à valeur constitutionnelle, directement invocables dans les litiges d'ordre privé, est de nature à transformer en profondeur le rôle du juge ordinaire. Elle transforme son rôle par l'emprunt de méthodologies ou de raisonnements spécifiques – tel le principe de proportionnalité – qui accompagnent ces droits. Elles le transforment aussi par la possibilité désormais offerte aux justiciables de contester par voie d'exception la conventionnalité des normes nationales, c'est-à-dire d'invoquer la non compatibilité de la loi interne avec la CEDH.

Du point de vue d'un système cloisonné comme la France, la cohérence normative des diverses sources, qui se heurte traditionnellement à la distribution des rôles entre le juge ordinaire et le Conseil constitutionnel, se reconstitue plus aisément sous l'emprise des droits de l'homme d'origine conventionnelle. L'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme transporte les valeurs constitutionnelles dans le champ traditionnellement réservé au droit privé (C).

Les raisons de la gouvernance du droit privé (B) impliquent une nouvelle mission des juridictions qui l'appliquent (C).

## **B. Les raisons de la gouvernance du droit privé**

Le besoin contemporain de constitutionnalité semble liée à la prise de conscience de la diffusion des lieux du pouvoir dans la société civile – notamment au profit des grands opérateurs économiques – et au brouillage qui en résulte quant à la fonction propre du droit applicable aux rapports interindividuels.

La découverte de la nécessité de protéger la personne privée qu'elle soit salarié, consommateur ou locataire contre les pouvoirs privés: entreprises, grands distributeurs ou grands prestataires, propriétaires, rend désuète la perception du droit privé comme 'autoréférentiel', en ce sens qu'il s'appuierait exclusivement sur des catégories propres, politiquement neutres, ou qu'il se préoccuperait des seuls intérêts individuels à l'exclusion de l'organisation collective (I). Or, dès lors que le droit privé participe directement à la régulation sociale, émerge naturellement un besoin vital de principes de gouvernance à valeur constitutionnelle encadrant l'application de ce droit privé (II).

### **I. Le déclin de l'autoréférentialité du droit privé**

Le critère distinctif du droit privé par rapport au droit public varie évidemment d'un contexte culturel à l'autre, tout comme la signification institutionnelle et épistémologique – la tradition et la justification – d'un tel clivage.<sup>4</sup>

La relativité même de la *summa divisio* droit privé/droit public est certainement liée aux exigences variables imputées à l'état de droit, impératifs propres à l'ordre juridique qui commandent ou non que l'Etat soit assujéti au droit commun, impératifs propres à chaque organisation juridictionnelle qui commandent ou non que l'Etat soit soumis aux juridictions de droit commun.

Toutefois, il existait traditionnellement une tendance convergente en droit comparé à revêtir la distinction du droit public et du droit privé, où que soit placé le curseur, d'une portée d'ordre axiologique, c'est-à-dire que l'un et l'autre, droit privé et droit public, mobiliseraient des valeurs différentes. Tournées vers la réalisation d'une justice purement interindividuelle, les valeurs de droit privé seraient immanentes, isolées des contingences politiques et collectives, lesquelles transformeraient le législateur en ingénieur social guidé par des valeurs transcendantes.

La première conséquence de cette conception est la négation de tout rôle normatif de la jurisprudence. Le juge civil se bornerait, sans contempler, sans prévoir, sans anticiper, sans mesurer les conséquences sociales et économiques de sa décision, à réaliser entre les parties les exigences d'une justice neutre et

---

<sup>4</sup> D. Fairgrieve & H. Muir Watt, *Common Law et Tradition Civiliste: Convergence ou Concurrence?* (2006).

immanente.<sup>5</sup> Le droit privé, représenté le plus souvent sous les traits d'un code aux propositions abstraites, formerait un système holistique – un système fermé – avec des instruments d'évaluation propres, qui se passeraient de paramètres extérieurs. C'est le paradigme de la 'clôture' analysé par Roland Barthe dans "Le vivre ensemble".

C'est sans doute ce qui explique l'emprise sur la pensée civiliste de la vision kelsenienne de l'énoncé normatif – celle d'une norme pure – qui, de la définition de la juridicité, évacue la référence extérieure, qu'elle soit sociale ou morale: le droit est alors un instrument de mesure axiologiquement neutre, l'ordre juridique privé est nécessairement complet, parfait en lui-même sans interférences externes. On est loin de l'idée – saugrenue! – que le droit privé serait du droit constitutionnel appliqué, ou encore de la figure du "juge-juristocrate" dont il faut pourtant une imagination active – ou un total aveuglement – pour nier la fonction proprement normative.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Au regard de cette conception, le sens des concepts est sinon déterminé, du moins déterminable: le problème de la *right answer* dans les cas difficiles de lacune ou d'incertitude du droit positif ne se pose pas, ou, du moins, se résout selon une dialectique circulaire où le dernier mot revient au juge-oracle du code exclusif.

<sup>6</sup> La difficulté de maintenir une telle conception en présence de la consistance évolutive du droit privé contemporain ne serait plus à souligner, s'il ne se décelait pas dans les projets actuels relatifs au droit privé européen une curieuse adhésion à cette manière de penser. Ceux-ci sont portés par un discours technocratique qui tend à réduire le droit privé, notamment des contrats, à un rôle purement facilitatif de la volonté individuelle, exclusive de toute perspective collective plus large et dont est remarquablement absente toute reconnaissance des "dimensions régulatrices implicites" du droit civil, représenté comme abrité des politiques régulatrices ou redistributives de l'Etat. Pourtant, la définition du droit privé européen, désormais impliqué dans la gestion du massif, du prospectif et du complexe, est actuellement l'une des questions qui mobilisent le plus l'attention des comparatistes et des politologues. La difficulté de tracer une ligne de démarcation entre les sphères publique et privée est précisément exacerbée sur le plan communautaire par l'émergence très apparente de la fonction de régulation économique qu'assument dans ce cadre les règles destinées à régir les rapports entre individus. Il apparaît très clairement que le droit substantiel communautaire tend avant tout, par des mécanismes de droit privé, à répondre à des défaillances du marché. Mais les distinctions traditionnelles sont encore brouillées par l'avènement, tant dans les droits internes qu'au niveau européen, du phénomène de la régulation, qui emprunte très largement aux techniques de droit privé afin de réaliser des objectifs relevant de la sphère publique. Par ailleurs, il est indiscutable que même dans le champ apparemment neutre du droit privé traditionnel – la partie du droit des contrats qui fait l'objet des grands codes du XIX<sup>ème</sup>, qui demeure à l'abri de l'harmonisation communautaire et relève dans les échanges transfrontières de l'article 3 de la Convention de Rome – on trouve une certaine vision régulatrice du marché. Dès lors, se donner comme projet, comme le fait le cadre commun de référence, de dégager des concepts fondamentaux communs du droit des contrats, c'est occulter la dimension régulatrice, et donc idéologique, de l'entreprise. L'approche technocratique renferme ainsi une part de mystification qui détourne du vrai débat, qui est de déterminer, démocratiquement, les valeurs que l'Europe veut intégrer dans le droit privé de demain. En partie, au demeurant, celles-ci s'induisent du projet avorté de Constitution européenne, qui fournit aujourd'hui l'occasion de mener cette réflexion (Comp. The Study Group on Social Justice in European Contract Law, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, 10 Eur. Law Journ. 653 (2004)).

On sait aujourd'hui que la prise en compte des contingences politiques ou collectives confère le même caractère transcendantal à la fonction du juge judiciaire, dont les valeurs de droit privé sont pourtant la province naturelle.

La prise de conscience de ce que le droit applicable aux rapports entre individus n'est pas sans relevance pour la sphère publique rend très difficile de maintenir la conception dite de "l'autoréférentialité" du droit privé.

La catégorie "droit privé" recouvre, en effet, aujourd'hui un ensemble très hybride, droit des contrats, droit du travail, droit de la consommation ... dont il est difficile d'identifier la spécificité, que ce soit sur un plan axiologique ou fonctionnel. Les valeurs transcendantes de droit privé prêtées aux grands Codes sont fortement diluées dans les considérations politiques qui en font un instrument de régulation économique et sociale.

Les techniques de droit privé, tel le contrat ou la responsabilité civile ou encore la propriété sont mis au service d'objectifs qui relèvent très clairement de "l'ingénierie" collective. Comment ignorer désormais les implications du droit des contrats pour la régulation du marché, du droit de la responsabilité pour la gestion des risques, du droit de propriété pour le progrès économique? La transformation progressive du procès civil est en le reflet immédiat;<sup>7</sup> il ne s'agit plus seulement de régler des conflits isolés d'ordre privé mais de réaliser, par la méthode contentieuse, des équilibres économiques et sociaux.

Ce brouillage des valeurs et des objectifs est lié à son tour, fondamentalement, à l'idée selon laquelle le pouvoir n'est pas absent de la sphère des rapports interindividuels, rapports qui ne se cantonnent pas à des problématiques d'ajustement d'intérêts particuliers. L'exercice du pouvoir au sein d'une société commerciale, la dépendance créée par un rapport de travail, la signification économique d'un contrat de distribution, l'implication sociale d'un bail, le pouvoir de marché conféré par la propriété d'une ressource essentielle, sont autant de raisons de voir apparaître un droit privé fortement régulateur.

L'enjeu d'intérêt public que peut représenter l'accès à la justice appelle une observation identique. Ce n'est plus tant avoir la faculté de soumettre le règlement d'un litige à un juge mais le droit de recourir démocratiquement à un mode de régulation de la vie en société.

Or, aucune raison ne permet d'exclure de cette sphère, qui n'a désormais de 'privé' que la qualité formelle des acteurs, les principes de gouvernance applicables aux rapports entre l'individu et l'Etat, rapports qui vont de la sauvegarde de l'égalité dans l'accès aux droits au respect de la dignité de chacun dans leur mise en oeuvre. C'est bien d'un besoin impérieux de "constitutionnalité" qu'il s'agit.

## II. L'exigence de constitutionnalité

Ainsi est-il démontré que le brouillage des frontières entre les disciplines du droit tend à faire apparaître un besoin de constitutionnalisation des rapports privés.

<sup>7</sup> V. pour une présentation très claire du changement de paradigme de la justice privée, v. A. Chayes, *The Role of the Judge in Public law Litigation*, 89 Harvard Law Review 1281 (1976).

En France, où la distinction des disciplines demeure très enracinée dans la culture privatiste, l'idée de réduire ainsi le droit privé à du "droit constitutionnel appliqué" risque de heurter. Il n'en reste pas moins que l'émergence, sous l'impulsion du Conseil constitutionnel, d'un "droit constitutionnel privé", se déclinant selon les diverses catégories contemporaines du droit privé: droit constitutionnel privé économique, droit constitutionnel des biens, de l'état des personnes, etc. est aujourd'hui acquise. En intégrant la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le préambule de la constitution de 1946, le bloc de constitutionnalité s'étend progressivement à de nouveaux domaines du droit privé.

Réciproquement, on relève que le juge judiciaire puise de plus en plus volontiers dans des principes constitutionnels pour fonder directement ses décisions. Par exemple, la construction jurisprudentielle de l'obligation contractuelle du médecin d'informer le patient des risques encourus par un traitement ou une opération s'assied directement sur le principe constitutionnel de dignité de la personne humaine. Il y a de multiples autres cas dans lesquels la solution du litige privé résulte directement de la mise en œuvre de la Constitution.

Le débat se situe bien moins sur le terrain de l'existence de ce double phénomène que sur celui de son opportunité et de sa portée. Les doutes s'expriment relativement à la "commensurabilité" – de la compatibilité – de la possible cohérence – de ces deux corps normatifs parallèles et de la qualité du dialogue qui en accompagne l'élaboration. On s'interroge à la fois sur l'existence réelle d'une communauté de principes fondateurs et sur l'aptitude effective de la jurisprudence constitutionnelle à enrichir les catégories de droit privé et réciproquement sur la capacité du droit privé à "civiliser le droit constitutionnel", autrement dit à exercer une influence sur le droit constitutionnel.<sup>8</sup>

Plus fondamentalement, cependant, il importe de se pencher sur le postulat qui semble sous-tendre les objections ainsi opposées au mélange des genres, le postulat d'une réelle spécificité du droit privé, lequel par sa nature profonde ou du moins par les caractéristiques des intérêts qu'il protège, ne se prêterait pas, au fond, à la création de principes visant à la gouvernance de relations engageant l'autorité publique. L'argument, qui mobilise tout à la fois l'autonomie que de l'autosuffisance du droit privé, oblige donc à justifier sous ces deux rapports la pertinence de références constitutionnelles extérieures.

D'abord, s'agissant de l'autonomie, il est sans doute vrai que, dans de nombreux cas, le droit civil traditionnel est à même de mobiliser des principes fondateurs qui présentent une certaine équivalence avec ceux qui porteraient une étiquette proprement constitutionnelle. Pour prendre un exemple simple, l'interdiction de discrimination, invoquée pour assurer l'accès d'un citoyen à l'emploi, pourrait trouver son fondement le cas échéant dans des principes propres au droit des contrats, telle la bonne foi. Mais il n'est pas certain que les règles générales que consacre le droit des contrats – par exemple l'autonomie de la volonté – suffisent toujours, ni qu'elles aient la portée exemplaire voulue. On ne peut guère expliquer

<sup>8</sup> V. notamment le débat publié à la Revue française de droit constitutionnel (1991.435) entre Christian Atias et Jean-Yves Chérot sur "La civilisation du droit constitutionnel".

autrement la constitutionnalisation contemporaine du droit du travail, qui résulte du besoin de puiser dans les principes qui régissent les rapports entre l'usager et l'Etat, ceux qui doivent gouverner la relation interindividuelle entre employeur et salarié. De même on fixera, par le recours à des principes constitutionnels de protection de la vie privée, les limites au pouvoir de police de l'employeur au sein de l'entreprise.

En second lieu, l'émergence de principes de gouvernance des sociétés commerciales puisés fortement dans un modèle constitutionnel atteste que l'entreprise est pareillement un lieu de pouvoir qui appelle la mise en œuvre d'une discipline appropriée. Ces évolutions marquent un besoin de briser "l'autoréférentialité" du droit des rapports privés dès lors que le droit qui leur est applicable participe à un objectif de régulation économique et sociale.

Soit que ces dispositions du droit privé, élaborées en fonction de finalités tout autres, autonomie de la volonté, liberté du commerce et de l'industrie, pour le droit des contrats s'avèrent insuffisamment attentives à la dimension régulatrice qu'il est appelé désormais à assumer, c'est toute la question du solidarisme contractuel. Soit que le besoin qui se fait ainsi sentir participe si clairement à la définition d'une problématique transversale que tout cloisonnement disciplinaire est dépourvu de sens, tel est par exemple, le cas du droit de propriété, il ne peut y avoir une rupture entre la conception constitutionnelle du droit de propriété et son application dans les rapports de droit privé.

Mais l'objection essentielle consiste à faire valoir la nécessité, impérieuse, de respecter la sphère privée, sous peine de tomber dans le totalitarisme redoutable du "tout constitutionnel".<sup>9</sup> La spécificité fonctionnelle et axiologique du droit privé commanderait donc de l'exempter du contrôle de constitutionnalité. Par exemple, si l'on comprend sans difficulté que la gouvernance d'un service public se fasse sous l'égide du principe d'égalité, il serait insupportable dans une société démocratique que le particulier qui organise un dîner chez lui ne puisse pas sélectionner ses convives selon des critères subjectifs – quel que soit, au demeurant, le caractère scélérat et discriminant des critères de sélection utilisés.<sup>10</sup> Mais il importe de s'entendre sur ce que signifie véritablement la constitutionnalisation des rapports privés. Elle n'emporte nullement que ces rapports soient absorbés dans un régime totalitaire qui méconnaîtrait l'exigence, tout aussi impérieuse, de la liberté individuelle dans certains cas. Plutôt, elle signifie qu'il revient précisément au droit constitutionnel de fixer les limites de ses propres exigences, ou, inversement, de tracer le seuil de la liberté individuelle. Dans l'exemple du dîner privé, le souci d'assurer l'égalité des citoyens doit être mis en balance avec le respect de la liberté fondamentale de choix de l'hôte. En revanche, la liberté de choix, entière lorsqu'on organise un dîner privé, lorsqu'on réunit des amis, disparaît aussi radicalement pour l'employeur, le commerçant ou le bailleur exposés aux sanctions propres aux discriminations illicites. La méthodologie propre des droits fondamentaux est celle de la mise en balance

<sup>9</sup> V. pour une discussion approfondie de cet argument, l'excellent article de M. Kumm, *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, 7(4) German Law Journal 1 (2006).

<sup>10</sup> Kumm, *supra* note 9.

des intérêts lorsque ceux-ci sont a priori également respectables. Il est temps de passer à l'implication de la "conventionnalisation" du droit privé: le nouveau rôle du juge ordinaire en tant que protecteur de la démocratie.

### **C. L'implication d'une nouvelle mission des juridictions de droit privé**

Le "constitutionnalisme à niveaux multiples" qui accompagne aujourd'hui en Europe la protection des droits fondamentaux, signifie que le droit privé national découvre ainsi progressivement son génome<sup>11</sup> dans des valeurs issues de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Le "nouveau constitutionnalisme"<sup>12</sup> dont parle Ran Hirschl n'est pas un catalogue de principes fondateurs régissant la seule action des autorités publiques, il comprend des droits individuels à effet horizontal, des droits invocables dans les rapports entre particuliers. Du point de vue singulier du système français, cette évolution implique tout d'abord l'émergence d'une exception de "conventionnalité", qui tend à restaurer la continuité normative jusqu'ici empêchée ou freinée par le traditionnel cloisonnement des disciplines juridiques ajouté à la séparation des juridictions (I). Plus généralement, elle incite à s'interroger sur la signification de l'avènement de ce que l'on désigne par provocation comme la «juristocratie», pour exprimer ce qui renforce le pouvoir créateur de droit du juge investi de la sauvegarde de valeurs constitutionnelles ou fondamentales (II).

#### **I. L'exception d'incompatibilité avec la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme**

Le questionnement suscité par l'opposition traditionnelle entre les *have* et les *have-not*, c'est à dire les systèmes qui pratiquent, ou ne pratiquent pas, le *judicial review* à l'américaine, semble à certains égards dépassé aujourd'hui en Europe au vu de l'immixtion spectaculaire des droits fondamentaux d'origine supranationale dans les ordres juridiques nationaux.

La portée de cette évolution considérable est double, selon que l'on envisage "l'invocabilité" verticale de ces droits à l'égard de l'État ou dans les rapports horizontaux entre individus. Dans le premier cas, il n'est guère besoin de souligner que le justiciable est désormais recevable à contester la conventionnalité – la compatibilité avec la CEDH – d'une mesure législative ou réglementaire devant le juge judiciaire. Quand le droit des successions s'avère attentatoire à l'égalité successorale entre les enfants nés hors et dans le mariage, ou la procédure de jugement *in absentia* – par coutume – contraire au procès équitable, le citoyen lésé est à même de déclencher, devant les juridictions ordinaires, un processus

<sup>11</sup> Un "juristisches Weltenei", selon l'expression d'Ernst Forsthoff. Ce serait, pour imprimer les termes de Mattias Kumm, "kind of juridical genome that contains the DNA for the development of the whole legal system."

<sup>12</sup> V. Hirschl, *Towards Juristocracy*, *supra* note 3.

qui, à terme, peut conduire à l'invalidation de la loi. Même si elle demeure dans l'ordre écrit la loi non compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme n'est plus applicable. Confrontée à l'instrument conventionnel, la loi nationale revêt désormais une normativité toute relative.<sup>13</sup> Le juge judiciaire a prise sur elle. Il peut en écarter l'application. Elle perd alors tout effet, sans qu'il soit besoin de l'abroger.

En second lieu, de tels droits sont devenus aujourd'hui l'instrument d'une "constitutionnalisation" potentielle de tous les contentieux devant les juges nationaux, y compris ceux qui opposent des individus régis par le droit privé. Le même constat peut être fait à l'identique dans de nombreux systèmes nationaux. Un catalogue de droits fondamentaux opposables à l'Etat se transforme en un système normatif complet qui tend à constitutionnaliser les rapports horizontaux entre les justiciables.<sup>14</sup> Relevé et fortement discuté dans le cas de l'Allemagne,<sup>15</sup> le constat est également vrai pour le système français. Le juge constitutionnel suprême qui assure désormais l'effectivité en dernier recours des droits fondamentaux est la juridiction supranationale de la conventionnalité des normes nationales. Si le pouvoir de contrôle de compatibilité de la loi nationale avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est, à la base, donnée aux juges nationaux, le régulateur final passe de l'ordre interne à l'ordre international.

Ce rayonnement de la norme conventionnelle à la faveur de l'invocabilité directe des droits fondamentaux s'illustre par le fait que le respect la dignité, la protection de la vie privée ou la liberté d'expression ne se traduisent pas seulement par des droits opposables à l'Etat mais pénètrent le champ des rapports interindividuels en conférant une créance de réparation à celui dont le droit fondamental a été atteint. La liberté d'expression peut être revendiquée pour s'opposer à la censure étatique d'un livre ou d'un film mais aussi pour résister à l'action en justice de la personne privée qui vise à les faire interdire en invoquant une atteinte à sa vie privée.

Le phénomène qu'a vu naître la fin du XX<sup>ème</sup> siècle est bien le "tout constitutionnel", la "*total constitution*" au regard de laquelle tous les conflits juridiques et politiques sont susceptibles de s'exprimer dans le langage des droits fondamentaux qui fournissent une grammaire normative de portée générale. Aucune question de société d'importance ne se règle désormais en France sans recours à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. On en trouve une trace statistique dans les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Dans le cadre de l'Europe des droits de l'homme, les décisions des juges nationaux représentent la mise en œuvre des principes supérieurs, supervisée par la juridiction constitutionnelle qu'est la Cour de Strasbourg. Le droit privé devient alors du droit constitutionnel appliqué. Plus remarquable encore, le phénomène

<sup>13</sup> G. Canivet, Conférence-débat sur "La circulation des méthodes de jugement", Cour de cassation, 2005.

<sup>14</sup> Kumm, *supra* note 9.

<sup>15</sup> *Id.*

de “*total constitution*” transforme le rôle du juge; il provoque la mutation de la démocratie parlementaire en démocratie juridictionnelle.<sup>16</sup> C’est sur ce point que je terminerai.

## **II. La protection juridictionnelle de la démocratie**

Faut-il le regretter, ou doit-on célébrer l’émergence d’une justice constitutionnelle “intégrée”? Aux Etats-Unis on sait que le débat se resserre, à nouveau, sur le rôle politique du juge.

En France, si l’on met de côté ce qui relève de la vive polémique liée à la perte de souveraineté nationale devant l’emprise d’un organe constitutionnel supranational, c’est le spectre récurrent du gouvernement des juges qui réapparaît.

L’avènement du nouveau constitutionnalisme signale indiscutablement celui du juge protecteur de la démocratie, fût-il, dans notre cas, supranational. L’invasion de la sphère du droit privé par le juge constitutionnel représenterait en quelque sorte la prise du dernier bastion contre la suprématie du politique, une revanche contre le “légicentrisme” à la française, ce que l’on appelle encore “l’écran de la loi” pour expliquer l’impossibilité pour le juge ordinaire de contrôler la conformité de la loi démocratiquement votée à la Constitution.

Immanquablement, on voit s’agiter le chiffon rouge de la légitimité démocratique de ces nouvelles avancées du pouvoir judiciaire. Ce n’est évidemment pas le lieu ici d’entrer dans ce débat. On pourrait seulement se demander si, en opposant le pouvoir judiciaire au pouvoir législatif à propos de l’application de la CEDH, les termes du conflit ne sont pas mal définis. La question qu’il importe de se poser en effet concerne l’apport du “tout constitutionnel” à la cohérence du droit applicable aux rapports interindividuels. Or, comme le montre Matthias Kumm, sous ce rapport, la contribution essentielle des droits fondamentaux est de fournir un cadre conceptuel permettant de structurer les contestations relatives aux choix essentiels qui sous-tendent le droit privé. Mais cela se fait, sans aucunement préjuger du résultat, ni substituer le juge au législateur dans le choix des options de fond. Ce que le juge applique ce sont les garanties d’une convention internationale instituant des droits fondamentaux, convention ratifiée par l’Etat et interprétée par une juridiction supranationale issue du même traité, donc d’un ordre juridique et juridictionnel démocratiquement accepté et intégré au droit national.

Du point de vue social, l’avènement de ce nouveau rôle du juge dans les sociétés occidentales ne coïncide pas nécessairement, selon Ran Hirschl, avec une amélioration significative de la protection accordée aux intérêts des catégories sociales défavorisées.<sup>17</sup> Bien au contraire, cet auteur entend démontrer que l’expansion de la protection judiciaire des droits fondamentaux s’accompagne du maintien, voire de la restauration d’une certaine étanchéité de la sphère privée, induisant cette même protection des intérêts de la société libérale qui a été instrumentée en France à travers le cloisonnement du droit civil par rapport au

---

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> Hirschl, *Towards Juristocracy*, *supra* note 3.

droit public. Il se pourrait donc, à suivre cette thèse, que ce nouveau pouvoir du juge soit utilisé non pas pour corriger le droit privé des considérations progressistes ou libératoires, mais pour prolonger des situations acquises.

Quoiqu'il en soit, la structure conceptuelle ainsi offerte – tout particulièrement à travers la texture ouverte du principe de proportionnalité – est à même d'accueillir l'éventail entier de considérations, d'arguments et d'intérêts qui entrent dans le dessein et l'interprétation des règles de droit privé.

Si, au regard de la proportionnalité, telle qu'elle est mise en œuvre par le juge, le bon équilibre des intérêts divers est atteint par les règles existantes, celles-ci sont justifiées au regard des droits fondamentaux. Ces règles satisfont au test de compatibilité avec la CEDH. Si en revanche, la balance penche excessivement dans un sens ou dans l'autre, trop de protection ou trop d'autonomie, alors les droits fondamentaux fournissent un cadre dans lequel la contestation peut être mise en forme. Il y a débat judiciaire sur la compatibilité de la règle nationale avec les garanties de la Convention et le cas échéant éviction de la règle nationale.

Autrement dit, l'exigence essentielle dont les droits fondamentaux sont porteurs en matière de droit privé est celle d'une reconstitution raisonnée dans le langage de la dignité, de la liberté et de l'égalité, c'est-à-dire des catégories, doctrines et institutions qui – tout comparatiste le sait bien! – font partie du bagage culturel invisible du juriste dans chaque système national. Ce que certains appellent les plis ineffaçables du droit.

Par le recours à ces principes généralement constants dans toutes les grandes démocraties, le juge devient alors comparatiste, comparatiste dans la méthode comme dans les fins, en “constitucionalisant” du droit privé, c'est la convergence des droits qu'il réalise.

*“S'il n'y avait pas de montagnes, les plaines n'apparaîtraient pas”, dit le Proverbe chinois.*