

LA CONSTITUTION, SOURCE DU DROIT PRIVÉ

En 1972, Gabriel Marty et Pierre Raynaud, dans leur célèbre manuel d'introduction au droit, traitent évidemment des sources du droit privé sur plusieurs dizaines de pages, selon l'exercice imposé. Pour autant, ils ne consacrent que quelques lignes à la Constitution, préférant souligner : « Nous ne nous attacherons pas à décrire l'organisation des pouvoirs publics qui relève du droit constitutionnel, et nous ne retiendrons que ce qui concerne la loi écrite, source de droit¹. » La table alphabétique ne réserve d'ailleurs aucune entrée à la Constitution et pas davantage au Conseil constitutionnel. Nous sommes alors encore sous l'ancien droit (constitutionnel). Aucune introduction au droit privé ne pourrait désormais faire l'impasse sur la Constitution et le Conseil constitutionnel.

59

Comment concevoir qu'un texte de droit public, ayant pour objet l'organisation des pouvoirs publics, puisse devenir source du droit privé, et ainsi régir les relations entre personnes privées ? L'explication tient, on le sait, à la mutation de la Constitution elle-même. En se « fondamentalisant », comme le montre parfaitement Marc Guillaume dans le présent numéro², et en ajoutant ainsi une logique de protection des droits fondamentaux à des dispositions essentiellement de nature procédurale, la Constitution a lié une dimension horizontale à celle, verticale, qu'elle avait initialement. Elle est entrée chez les personnes privées. Cela s'est fait progressivement et non sans difficultés.

1. *Droit civil*, t. 1, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1972, p. 151.

2. Voir, *supra*, Marc Guillaume, « Les révisions constitutionnelles : une Constitution moins procédurale et plus fondamentale », p. 27-39.

UNE INTRODUCTION PROGRESSIVE
DANS LE DOMAINE DU DROIT PRIVÉ

Cette transformation n'a pu se faire que parce que le Conseil constitutionnel lui-même a choisi, il y a plus de quarante-cinq ans, de faire sa révolution. Dans l'intention des rédacteurs de la Constitution, le Conseil devait avoir pour principale fonction d'assurer le respect de la répartition des compétences entre le Parlement et le gouvernement. Les articles 34 et 37 étaient censés asseoir un partage des territoires, entre la loi et le règlement, sans que la loi puisse être l'objet d'un contrôle substantiel. Il n'était ainsi pas question que le Conseil contrôle la conformité de la loi aux principes et aux droits auxquels le préambule de la Constitution de 1958 renvoie, c'est-à-dire à ceux qui sont énoncés dans la
60 Déclaration des droits de l'homme de 1789 comme dans le préambule de la Constitution de 1946. Au demeurant, si une telle hypothèse avait pu être envisagée au cours des travaux du Comité consultatif constitutionnel, c'était bien pour en exprimer les dangers et pour en empêcher l'éventualité. Selon les termes du vice-président du comité consultatif évoquant la possibilité de conférer valeur constitutionnelle aux textes protecteurs des droits de l'homme, « il y a un risque, et ce risque, c'est le contrôle du Conseil constitutionnel³ ». Les rédacteurs de la Constitution redoutaient ainsi qu'il ne soit plus possible de légiférer sans que le Conseil ait, en la matière, son mot à dire. Aux origines du Conseil constitutionnel, il y a le spectre du gouvernement des juges⁴.

Les audaces du Conseil constitutionnel

La transformation s'est faite progressivement. Consacrant la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958 par une décision du 19 juin 1970⁵, le Conseil constitutionnel a admis, comme nul ne l'ignore, à partir d'une célèbre décision du 16 juillet 1971⁶, de contrôler la conformité de la loi aux principes et droits contenus dans

3. Cf. les propos de René Dejean dans *Documents pour servir à l'élaboration de l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La Documentation française, 1988, t. 2, p. 256.

4. Cf. les observations de Raymond Janot, commissaire du gouvernement, au cours des travaux préparatoires de la Constitution : « Ni la Déclaration ni le préambule n'ont, dans la jurisprudence actuelle, valeur constitutionnelle. Leur donner valeur constitutionnelle aujourd'hui, au moment où l'on crée un Conseil constitutionnel, c'est aller au-devant de difficultés considérables, et c'est s'orienter dans une très large mesure vers le gouvernement des juges, que beaucoup d'entre vous croyaient redoutables » (*ibid.*).

5. Décision 70-39 DC du 19 juin 1970 ; *Rec.*, p. 15.

6. Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971 ; *Rec.*, p. 29.

le préambule de la Constitution de 1958. Il devenait ainsi protecteur des droits et libertés à l'encontre de la loi tandis que la Constitution pouvait être considérée comme un « texte de 135 articles⁷ » dont la juridicité ne devait plus être contestée. L'enrichissement du bloc de constitutionnalité s'est d'ailleurs poursuivi, notamment par l'insertion en 2005 dans la Constitution de la Charte de l'environnement, dont le Conseil constitutionnel contrôle désormais le respect.

C'est ensuite une réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974, ouvrant la saisine du Conseil constitutionnel à soixante députés ou soixante sénateurs, qui vint combler la principale déficience du contrôle de constitutionnalité, le Conseil ne pouvant jusqu'alors être saisi que par le président de la République, le Premier ministre et les présidents de chaque assemblée.

Il faut ajouter, au rang des évolutions ayant permis l'essor du Conseil constitutionnel, le rôle essentiel de sa jurisprudence. Il s'est manifesté par une interprétation constructive de la Constitution, par laquelle le Conseil délimite et élabore le régime de principes et de droits à valeur constitutionnelle, là où le texte ne se signale que par sa généralité ou son imprécision. Devenu acteur de la vie juridique et politique, le Conseil constitutionnel a alors pris une place de premier plan dans nos institutions. Son influence se fait sentir en tous domaines, de la politique de sécurité à l'économie, de la santé à l'urbanisme, en passant par l'organisation des collectivités territoriales, l'identité culturelle, la langue, etc.

De même, les méthodes que le Conseil a mises en place et, plus généralement, l'influence de ses audaces jurisprudentielles, ont joué un rôle déterminant dans la possibilité même pour les tribunaux de se saisir de ses décisions. Il en est ainsi de l'emploi, désormais routinier dans les décisions, de réserves d'interprétation, qui consistent à formuler des directives à l'encontre du texte de loi examiné pour en corriger les termes ou en imposer le sens afin de pouvoir le déclarer conforme à la Constitution.

L'effet multiplicateur de la question prioritaire de constitutionnalité

Mais, pour achever cette transmutation, il fallait que le texte suprême puisse appartenir à tous, et descendre, en quelque sorte, dans les prétoires. On sait que c'est l'importante réforme constitutionnelle du

61

7. Selon une formule de Louis Favoreu. Cf. Louis Favoreu et Thierry Renoux, « Rapport général introductif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 15-33, notamment p. 18.

23 juillet 2008 qui l'a permis, en ajoutant au contrôle de constitutionnalité *a priori* un contrôle *a posteriori*, par voie d'exception. L'avancée est considérable, qui est venue ouvrir le contrôle de constitutionnalité aux justiciables pour leur permettre d'invoquer l'inconstitutionnalité de textes de loi en vigueur. Elle a été réalisée par la loi organique du 10 décembre 2009, les décrets du 16 février 2010 et une décision portant réforme du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel. Entrée en vigueur en mars 2010, la réforme a transformé la nature même du Conseil constitutionnel. Intervenant dans les litiges en cours, ce dernier est devenu une véritable juridiction, avec toutes les conséquences en résultant sur la procédure qui doit être suivie devant lui et qui se trouve soumise au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme⁸. Le succès de la procédure a été immédiat et fulgurant. 62 La première année, ce sont plus de cent QPC qui ont pu être traitées par le Conseil constitutionnel. Comme on l'a justement souligné, « rarement, dans la vie juridique française, acronyme se sera imposé avec tant de promptitude et de facilité⁹ ». Le succès ne faiblit guère : en huit ans, plus de sept cents QPC ont été tranchées par le Conseil constitutionnel.

L'avènement d'une nouvelle source du droit privé

Ces différentes évolutions ont toutes joué un rôle essentiel dans l'avènement d'une Constitution devenue source du droit privé. Comme une machine, dont la mise en place de chacun des rouages permettra au bout du compte le fonctionnement, chacune des étapes était bien ici nécessaire. La décision du 16 juillet 1971 a consacré un contrôle substantiel de la loi : elle est l'acte fondateur de cette juridicisation de la Constitution sans laquelle elle ne pouvait avoir vocation à se placer à l'horizontal. La Constitution devient source au sens propre, car ses dispositions orientent la règle de droit et influent sur sa signification. La réforme de 1974 a été un accélérateur de la jurisprudence constitutionnelle, élément essentiel de la vitalité même de cette source de droits et libertés fondamentaux. Les réserves d'interprétation, différemment, ont créé un dialogue entre le Conseil constitutionnel et les deux ordres de juridiction,

8. La Cour européenne des droits de l'homme juge que l'article 6-1 de la Convention s'applique dans les cas de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et concret. Cf. CEDH, 16 septembre 1996, *Süssmann c. Allemagne*, req. n° 20024/92 ; et, en cas de question préjudicielle posée par une juridiction ordinaire, CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/87 ; 3 mars 2000, *Krémár et autres c. République tchèque*, n° 35376/97.

9. Christine Maugué et Jacques-Henri Stahl, *La Question prioritaire de constitutionnalité*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 1.

administratif et judiciaire, qui jusque-là n'avaient pas à se soucier de l'article 62 de la Constitution et de l'effet *erga omnes* des décisions du Conseil constitutionnel. Elles ont préfiguré cet aval de la décision de constitutionnalité, indispensable pour que le droit constitutionnel quitte le stade de l'élaboration de la loi. L'instauration de la QPC, quant à elle, a offert la Constitution aux justiciables et à leurs avocats, achevant de transformer un symbole en droit, et permettant au droit constitutionnel de devenir source d'arguments juridiques ayant cours lors de procès en tous domaines. Elle a imposé aux magistrats de se saisir de ce droit qui ne faisait pas partie de leur pratique.

On sait que, bout à bout, il en est résulté une « constitutionnalisation » de l'ensemble du droit. Le terme exprime classiquement un phénomène affectant le droit objectif, par lequel se manifeste ici l'influence de la Constitution ou du Conseil constitutionnel sur une ou plusieurs branches du droit. C'est dire par là que le contrôle de constitutionnalité de la loi oriente le droit positif et conduit à faire du respect des droits constitutionnels le fondement des diverses règles de droit. Mais la constitutionnalisation emporte, dans ses contours les plus récents, une influence de la Constitution, non pas seulement sur les branches du droit et leurs règles, mais aussi sur le procès et son issue.

La Constitution traverse désormais le droit et les ordres de juridiction. Le rôle de filtre que les juridictions ordinaires jouent dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité permet de faire participer l'ensemble des juridictions aux débats constitutionnels. Dans les relations entre particuliers, la Constitution peut devenir argument juridique, sans qu'une QPC soit soulevée. D'abord parce que les décisions du Conseil constitutionnel, dont celles rendues sur QPC, entraînent des difficultés d'application – et donc d'interprétation – qui les soumettent au contentieux¹⁰. Ensuite parce que les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel deviennent, de plus en plus, autant d'invitations faites aux justiciables de se saisir du message délivré par le Conseil, et ce d'autant plus que la Cour de cassation ne rechigne plus à les viser au fondement

10. On pourrait parler ici d'un contentieux lié à l'effet des QPC, en aval de celles-ci, tenant à leur insertion dans le temps ou à leur rayonnement. Sur la période la plus récente, cf. Crim., 21 mars 2018, pourvoi n° 17-81160; Crim., 22 novembre 2017, n° 16-83549; Civ., 2^e, 4 mai 2017, n° 16-14240; Crim., 20 avril 2017, n° 16-82363; Crim., 22 mars 2017, n° 16-80124 et 15-87441; Soc., 23 mai 2016, n° 15-24489. Ou encore, avec d'autres formes de motivations, mais toujours sur les effets des QPC: Crim., 28 juin 2017, n° 16-81149; Soc., 31 mai 2017, n° 16-16949; Soc., 7 mars 2017, n° 15-22709; Crim., 14 décembre 2016, n° 16-80403; Civ., 1^{er}, 6 juillet 2016, n° 15-17346 et 15-19341; Soc., 13 mars 2016, n° 14-16242.

de ses décisions¹¹. Enfin parce que la Constitution reste assurément invocable hors QPC par les justiciables, qu'il s'agisse pour eux de se plaindre de la conformité à la Constitution d'une procédure ou d'une enquête, ou encore de stipulations contractuelles¹².

MOUVEMENTS TECTONIQUES ET NOUVEAU PAYSAGE

64 Ainsi rapidement brossé, le tableau reste sans nul doute grossier. En s'approchant de chacune des parties qui le composent, lumières ou ombres, on verrait se déployer les mouvements du système juridique et de ses acteurs. Car l'avènement de cette source nouvelle n'a pu se faire qu'au prix de mouvements tectoniques considérables, chacun jouant sa propre chorégraphie. Si l'on s'en tient à celle qu'ont pu jouer les privatistes, on sera amené à faire différents constats, qui témoignent du fait que l'accoutumance, en matière juridique, est un élément indispensable du succès des greffes.

Une difficile acculturation par la doctrine privatiste

Le développement de la Constitution, et avec lui celui de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ne s'est pas fait sans soulever des interrogations et provoquer des ondes systémiques. Les critiques, ou plus sobrement les réticences, ont porté, de façon récurrente, sur la compétence et la légitimité du Conseil pour statuer sur l'ensemble des problèmes juridiques que recèlent les diverses lois dont il est saisi¹³. La modélisation du droit par le Conseil constitutionnel et l'avènement du constitutionnalisme ont longtemps été redoutés par certains juristes, généralement pas constitutionnalistes, qui craignent les dérives et les excès du « tout constitutionnel »¹⁴. Pour le dire vite, le fondamentalisme des droits fondamentaux n'a pas que des thuriféraires. En dépit – ou bien à cause ? – de l'avènement de la QPC, certains s'interrogent encore sur

11. Sur la période récente, cf. Civ., 1^{re}, 14 mars 2018, pourvoi n° 17-14424; Civ., 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-13139; 21 septembre 2016, n° 15-24054. Ou encore : Civ., 2^e, 4 avril 2018, n° 17-11490, 17-11518, 17-11489 et 17-11491; Crim., 27 mars 2018, n° 16-87585; Civ., 2^e, 12 octobre 2017, n° 16-21686.

12. Sur l'invocation récente, par exemple, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, hors QPC, cf. Com., 5 avril 2018, pourvoi n° 16-19186 et 16-19274; Crim., 5 avril 2018, n° 17-81317; Crim., 4 avril 2018, n° 17-83433; Crim., 21 mars 2018, n° 16-87189; Com., 7 mars 2018, n° 16-17225 et 16-17223.

13. Cf. Guillaume Drago, Bastien François et Nicolas Molfessis (dir.), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999.

14. L'expression est de Roland Drago (note sous Ass. plén., 30 juin 1995; D., 1995, p. 513).

l'utilité même du contrôle de constitutionnalité des lois et les dangers, en termes d'insécurité juridique, de son essor. Question de culture et de génération, 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 Jean 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*¹⁵ ? » La thématique est récurrente : elle s'exprime sous des labels bien connus, ceux du « gouvernement des juges » et du désordre juridique¹⁶, qui ont conduit certains, encore ces dernières années, à prôner un système juridique qui se passerait de contrôle de constitutionnalité des lois plutôt qu'à risquer leur censure pour cause de méconnaissance des droits et libertés fondamentaux.

65

À vrai dire, et même si la pesée est impossible à effectuer, les réticences s'amenuisent. C'est la vertu de tout problème générationnel de savoir s'atténuer, jusqu'à s'effacer, avec les ans ! Aujourd'hui, à l'Université, c'est davantage une forme d'indifférence – faut-il dire d'ignorance ? – qui prédomine. Les privatistes ne s'intéressent guère à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le pli a été pris de traiter de la Constitution dans l'introduction des cours et de ne guère l'aborder sur le fond dans les parties substantielles concernées par les décisions. Il faudra sans doute du temps et des efforts – ceux des éditeurs privés qui ont introduit, au sein des codes, les décisions dans les notes de jurisprudence sous les articles concernés sont notables – pour que les mentalités et les réflexes évoluent. La distinction des concours d'agrégation n'aide pas au décloisonnement et à l'acclimatation des esprits. La nouvelle source, il est vrai, emprunte souvent ses raisonnements au droit administratif et au Conseil d'État qui la joute, plus qu'aux juridictions de l'ordre judiciaire. Les décisions, sous cet aspect, conservent pour les privatistes des allures de corps étrangers.

Au surplus, l'intrusion du droit constitutionnel dans les sources du droit privé ajoute à la complexité d'un droit qui a depuis longtemps

15. *Droit civil. Introduction*, 26^e éd., 1999, p. 220.

16. En dernier lieu, cf. Pierre Mazeaud et François Terré, « Vers un gouvernement des juges », *Le Figaro*, 26 janvier 2011 ; Yves Gaudemet, *La Question prioritaire de constitutionnalité. Étude critique*, Paris, Le Cridon, 2011.

abandonné le schéma tranquille et rassurant que suivait notre système légaliste. La normativité a supplanté la légalité, dans une image toute kelsenienne de l'ordonnement des sources¹⁷. Elle ne trouve pas aisément sa place dans un ordre juridique qui croise à présent les hiérarchies et entremêle les sources¹⁸, mélange droit dur et droit mou, droit interne et droit international, règles supralégislatives et « petites sources »¹⁹. À ce titre, la coexistence d'un ordre constitutionnel et d'un ordre conventionnel dont les normes ont souvent la même portée reste une source de complexité et renforce l'incompréhension. Deux normes quasi identiques, qui permettraient de sanctionner sur le fond par exemple la méconnaissance du droit de propriété ou encore la violation du procès équitable, sont l'objet de rouages procéduraux parfaitement dissemblables, l'une exigeant que soit soulevée une QPC, là où l'autre est immédiatement invocable et peut justifier la mise à l'écart de la loi par le juge judiciaire. Le mode d'emploi des sources du droit est un labyrinthe.

66

Les réticences initiales de la Cour de cassation

Côté juridictions, la Cour de cassation a très vite marqué sa défiance à l'égard du contrôle *a posteriori*. Chacun sait que, dans une décision du 16 avril 2010, elle a laissé entendre, sans autre raison que de défendre son prestige, que la nouvelle procédure constitutionnelle pourrait être contraire au droit de l'Union européenne²⁰. Le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité pouvait, à suivre son raisonnement, empêcher la Cour de justice de l'Union européenne de statuer, dès lors que le Conseil constitutionnel jugerait la loi conforme au droit de l'Union. Le raisonnement mené pouvait paraître juridiquement surprenant : si le constituant a tenu à donner à la question de constitutionnalité un

17. « Tandis que la loi empruntait sa force obligatoire à un phénomène extérieur – l'image mentale de la volonté de la nation –, la norme puise la sienne en elle-même ou dans une autre norme sur laquelle elle s'appuie. Car, en contraste avec le principe de légalité, qui tendait à traiter le droit comme un champ horizontal, la normativité en fait une structure verticale, une hiérarchie : chaque type de norme reçoit sa validité du type immédiatement supérieur, l'arrêté du décret, le décret de la loi ordinaire, jusqu'à la norme qui n'a rien au-dessus d'elle, la norme fondamentale au sommet de la Constitution » – Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 39, cité par François Terré, « Conclusions », in Guillaume Drago, Bastien François et Nicolas Molfessis (dir.), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 408.

18. François Terré, « L'hétéroarchie juridique », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré. La création du droit jurisprudentiel ?*, Paris, Dalloz, 2007, p. 79 et suiv.

19. Cf. Stéphane Gerry-Vernières, *Les « Petites » Sources du droit*, Paris, Economica, 2012.

20. Guy Carcassonne et Nicolas Molfessis, « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 22 avril 2010.

caractère prioritaire, cette priorité n'a aucunement été conçue comme une supériorité sur le droit communautaire. Les deux contrôles sont différents et indépendants l'un de l'autre; ils peuvent se succéder s'il y a lieu, la loi organique s'étant bornée à préciser dans quel ordre. Mais peu importe désormais l'absence de pertinence de la réaction de la Cour de cassation. Elle signifiait surtout son désaveu d'une procédure dans laquelle le premier président de l'époque voyait un risque d'hégémonie du Conseil constitutionnel et, corrélativement, un danger de soumission voire de sujétion de sa juridiction. Comme on l'a justement observé, la Cour de cassation avait en réalité choisi, parmi les deux cent vingt questions de constitutionnalité dont elle était jusqu'alors saisie, celle qui lui permettait de contester directement le dispositif prioritaire voulu par la loi organique: « Il s'agit donc bien d'une attaque frontale contre une appréhension de la loi organique qui aurait pour effet, selon la Cour de cassation, de mettre en cause la fonction du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union et sa faculté inaliénable de procéder à un renvoi préjudiciel selon l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²¹. »

67

À la même période et comme pour clairement entrer en résistance, la Cour de cassation consacrera une conception pour le moins stricte de la notion de « disposition législative » susceptible d'être l'objet d'une QPC au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Elle fera ainsi échapper au contrôle de constitutionnalité l'interprétation qu'elle donne des dispositions législatives critiquées²². La solution reviendra ainsi à placer la jurisprudence, et plus généralement les interprétations formulées par la Cour de cassation, à l'abri des normes constitutionnelles et du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel.

Le changement de composition de la Cour de cassation favorisera l'armistice. La pacification des relations de la Cour de cassation avec le

21. Cf. Denys Simon et Anne Rigaux, « Drôle de drame: la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, n° 5, mai 2010, étude 5. En réponse, la Cour de justice de l'Union européenne validera la procédure de la QPC, mais n'admettra son caractère prioritaire que « pour autant que les autres juridictions nationales restent libres [...] de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, [...] d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et [...] de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union » (CJUE, 22 juin 2010, Aziz *Melki et Sélim Abdeli*, affaires jointes C-188/10 et C-189/10).

22. Sur le rapport que cette question entretient avec « la guerre des juges », cf. François Chénéde, note sous Cass., 6 octobre 2010, QPC 2010-39; *D.*, 2010, p. 2744.

Conseil constitutionnel succédera à cette guerre des juges, qui voyait la première chercher à se dérober au second, sans aucune considération pour le justiciable lui-même, pris dans une joute juridictionnelle davantage guidée par l'amour-propre du juge que par la logique du droit.

Et maintenant ?

68 Nous voici en 2018. Moins d'une décennie après les premières QPC, loin des querelles initiales, le premier président en exercice porte désormais une réforme en profondeur de la Cour de cassation consistant, notamment, à modifier le traitement des pourvois pour tenir compte de l'essor des droits fondamentaux : « L'introduction d'un filtrage à la Cour de cassation, concomitamment à l'adaptation du mode de contrôle, répond au souci d'accorder toute l'importance qu'il convient à la garantie des droits fondamentaux²³. » Voilà pourquoi le pourvoi serait admis, selon le projet proposé, en présence d'« une violation grave et manifeste d'un droit ou d'un principe fondamental ». L'explication d'une telle évolution relève de la psychologie judiciaire autant que de la sociologie des institutions. Pour assurer sa subsistance dans un univers de concurrence des juridictions suprêmes et de bouleversement des sources du droit, la Cour de cassation propose de s'institutionnaliser, officiellement, garante des droits et libertés fondamentaux. La survivance par la concurrence et la concurrence par l'imitation. On ne sait pas si la réforme verra le jour, chahutée par ceux qui entendent la maintenir dans son état actuel. Qu'elle ait eu lieu ou pas, au prochain anniversaire de la Constitution, espérons que l'on puisse convier la Cour de cassation.

23. Bertrand Louvel, « La réforme du traitement des pourvois », CourdeCassation.fr, 20 mars 2018.

R É S U M É

À son origine, la Constitution intéressait les sources du droit privé essentiellement parce qu'elle délimitait les compétences de la loi et du règlement. Progressivement, à partir du début 1970, elle a changé de nature, pour devenir, par différents mécanismes, procéduraux comme substantiels, source du droit privé. La Constitution y a gagné une dimension horizontale. L'argument constitutionnel est entré dans les prétoires. Mais cette mutation, fondamentale, ne se fait pas sans difficultés. La Constitution reste un corps étranger au droit privé, dont la réception et l'acclimatation sont incertaines.