

## CE QUE LA COUR DE CASSATION FAIT AU DROIT CIVIL

*Eric Savaux et Rose-Noëlle Schütz*

Professeurs émérites de la Faculté de droit et de sciences sociales  
Université de Poitiers, Institut Carbonnier

---

TITLE: *What the court of cassation is doing to civil law*

RESUMEN: Los autores abordan en este trabajo un tema que hasta el momento no ha sido suficientemente estudiado en la doctrina francesa que reflexiona sobre el Derecho civil actual. Se trata de saber en qué medida y modo la *Cour de cassation* francesa, la más alta jurisdicción del orden judicial, contribuye a la mutación, o tal vez a la extenuación, se pregunta, del derecho civil.

Dan noticia al lector de los cambios operados en las funciones de la *Cour de cassation* y en el modo en cómo está opera y redacta sus decisiones, lo que les da pie para detenerse en dos cuestiones fundamentales : las formas y las fuentes del derecho civil actual y el impacto de los derechos fundamentales en este ámbito, a través de la doble vía de su constitucionalización y de la influencia de los tribunales europeos, el Tribunal de Justicia y, en especial el Tribunal europeo de Derechos humanos, principal artífice de la llamada fundamentalización del derecho civil.

ABSTRACT: *The authors of this paper address a topic that has not been sufficiently studied by French doctrine focused on current civil law. It concerns understanding to what extent and in what way the French Cour de cassation, the highest authority in the judicial order, contributes to the evolution—or perhaps the exhaustion—of civil law.*

*They inform the reader of the changes that have occurred in the functions of the Cour de cassation, as well as in how it operates and drafts its decisions. This provides an opportunity to consider two fundamental questions: the forms and sources of current civil law and the impact of fundamental rights in this area, through the dual pathways of constitutionalization and the influence of European courts, particularly the European Court of Justice and, most notably, the European Court of Human Rights, regarded as the main architect of what they call the « fundamentalization » of civil law.*

PALABRAS CLAVE: Derecho civil, Cour de cassation, Tribunal europeo de derechos humanos constitucionalización del derecho civil, fundamentalización del derecho civil.

KEY WORDS: *Civil law, Cour de cassation, European Court of Human Rights, constitutionalization of civil law, fundamentalization of civil law.*

SUMARIO: 1. INTRODUCTION. 2. FORMES ET SOURCES DU DROIT CIVIL. 2.1. *Le mode d'expression du règlement des litiges civils.* 2.2. *L'apparition des normes jurisprudentielles.* 3. TENEUR ET ESPRIT DU DROIT CIVIL. 3.1. *La constitutionnalisation du Droit civil.* 3.2. *La fondamentalisation du Droit civil.* 4. CONCLUSION.

---

## 1. INTRODUCTION

1. Depuis une vingtaine d'années, les civilistes français, à qui l'interrogation pose aussi une question existentielle<sup>1</sup>, n'ont pas manqué d'occasions de s'interroger sur leur discipline. Sur ce laps de temps, ils ont eu plus précisément trois opportunités de le faire, de natures différentes mais qui ont partie liée.

La première, non par ordre chronologique mais par évidence, est, en 2004, le bicentenaire du Code civil. Comme l'avaient fait leurs devanciers un siècle plus tôt<sup>2</sup>, les civilistes se sont penchés sur leur code<sup>3</sup> pour évaluer les mutations qu'il a subies, estimer la place qu'il occupe encore dans le système du droit et le rôle qu'il joue dans la régulation des conduites sociales – en se demandant, notamment, s'il constitue toujours la « constitution civile de la France<sup>4</sup> » –, et, en conséquence, esquisser pour lui les voies d'une restauration jugée presque unanimement à la fois nécessaire et utile.

Certes, le code civil n'est pas le droit civil, parce qu'il existe, de longue date mais de manière accrue désormais, du droit civil hors du code civil. En outre, la célébration des codes scrute la codification elle-même autant, si ce n'est plus, que les matières qui en sont l'objet. Néanmoins, dans toutes les Nations qui codifient, les codes tendent à incarner les matières codifiées. D'ailleurs, il existe un lien substantiel entre les deux. Pour (re)codifier, il faut définir l'objet de l'opération, mesurer son extension, identifier ses sources, ses techniques et les fonctions qu'il remplit, mettre au jour ou forger les valeurs ou l'esprit qui l'animent... Le bicentenaire du code civil fut donc le temps d'une réflexion accessoire mais essentielle sur le droit civil.

<sup>1</sup> REMY, Ph., « Les civilistes français vont-ils disparaître ? », *Jurisprudence. Revue critique* (2010), Lextenso éditions, p. 13. Il s'agit de la reproduction du texte d'une conférence donnée à l'Université Mac Gill et publiée la première fois dans la Revue de cette université (Vol. 32, décembre 1986, n° 1).

Dans une très abondante littérature, les références ont été limitées à l'essentiel.

<sup>2</sup> *Le code civil, Livre du centenaire, 1804-1904*, Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1904. L'ouvrage a été réédité par les Éditions Dalloz en 2004 avec une présentation de J.-L. Halperin.

<sup>3</sup> V. part. *Le code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004 ; *Le code civil, 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004.

<sup>4</sup> V. not. GAUDEMET, Y., « Le Code civil, constitution civile de la France », in *Le code civil, 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, préc., p. 300 s.; ZOLLER, E., « Le code civil et la constitution », *Ibid.*, p. 975. La formule est attribuée au CARBONNIER, Doyen (« Le code civil », in *Les lieux de mémoire*, dir. P. Nora, T.2, Vol. 2, Bibl. illustrée des histoires, Ed. Gallimard, 1986, reproduit dans *Le code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, préc., p. 17. Son origine semble en réalité plus ancienne (NOUAL, P., « Sur les traces de la "Constitution civile de la France" », *RTD civ.* (2020), 563) et sa signification est discutée.

**2.** Quelques années auparavant, la matière avait connu le même type de traitement lors d'un autre anniversaire : le centenaire de sa Revue qui constitue la deuxième des occasions précédemment évoquées.

En 2002, le premier numéro de la Revue trimestrielle de droit civil, qui clame alors haut et fort qu'elle a cent ans et qui « change de présentation tout en restant fidèle à son esprit », s'ouvre sur un article où son directeur et son secrétaire général se demandent conjointement dans quelle mesure le programme des fondateurs de la Revue a été accompli<sup>5</sup>. Le dernier numéro de l'année publie les actes d'un colloque intitulé « Centenaire de la Revue trimestrielle de droit civil. Les revues juridiques du XX<sup>e</sup> au XXI<sup>e</sup> siècle » dont la première partie a pour thème « un siècle de Revue trimestrielle du code civil ». On y trouve notamment un retour sur « les intentions des fondateurs » et une vue sur « cent ans de chroniques » et sur « cent ans d'articles ».

Là encore, le droit civil ne constitue pas le centre de l'attention. Ce qui compte, c'est la manière dont un monument de la littérature juridique française – comme le Code l'est pour le droit lui-même – rend compte de la matière et, conformément aux vœux de ses fondateurs, œuvre à sa transformation. Mais comme pour le Code également, sous la Revue, c'est évidemment le droit civil qui pointe. Non seulement parce que la Revue, en plus d'être le recueil, le journal des événements du siècle, reflète les grandes évolutions du droit civil sur la période<sup>6</sup>, mais aussi parce que c'est à sa défense et à sa promotion que tous ses acteurs (directeurs, auteurs de chroniques et d'articles...) œuvrent.

**3.** Tournant de près autour du droit civil sans l'aborder de front, ces réflexions ont fini par convaincre qu'il fallait s'attaquer directement au sujet autour duquel elles rôdent : quelle est la place du droit civil lui-même dans la société française du début du XXI<sup>e</sup> siècle ? Ce fut l'objet de la troisième réflexion.

Sous le titre générique « Le droit civil aujourd'hui », la Revue trimestrielle de droit civil – encore elle – publie en 2020<sup>7</sup> les quelques réponses argumentées qu'elle a reçues de la part des sensiblement plus nombreux civilistes sollicités. Les intitulés des contributions traduisent des approches très différentes. Au côté de classiques « le droit civil aujourd'hui » (N. CAYROL) et « Qu'est-ce que le droit civil aujourd'hui ? » (F. ROUVIERE), on peut lire ainsi « Le droit civil au naturel (ou l'actualité d'un passé) » (F. CHENEDE) ou « Politique des formes civiles » (V. FORRAY et S. PIMONT).

<sup>5</sup> JESTAZ, Ph. et JAMIN, Ch., « Doctrine et jurisprudence: cent ans après », *RTD civ.* (2002), 1.

<sup>6</sup> V. part. REMY, Ph., « Cent ans de chroniques », *RTD civ.* (2002), 665.

<sup>7</sup> *RTD civ.* (2020), 501 s.

Bien qu'essentielles, les publications de la Revue trimestrielle et celles du centenaire du Code n'épuisent pas l'analyse critique du droit civil contemporain. Il faut y ajouter, outre les développements actualisés des ouvrages universitaires<sup>8</sup>, quelques articles de Mélanges<sup>9</sup> ou de monographies<sup>10</sup>, de rares ouvrages dédiés au droit civil lui-même ou à ses transformations<sup>11</sup>.

4. Il n'est pas possible, dans les dimensions de cette étude de reprendre ni même d'évoquer précisément tous les aspects du droit civil abordés dans cette littérature, le détail des constats faits par les civilistes contemporains sur l'état et le devenir de leur discipline. Il n'est pas non plus possible, ni même très utile d'y ajouter une autre analyse de la question qui ne serait qu'une opinion supplémentaire, pas plus autorisée que les autres. Il nous a semblé préférable de s'arrêter sur un aspect particulier, évoqué ici ou là dans les travaux cités précédemment, mais jamais être véritablement approfondi. Il s'agit de savoir dans quelle mesure et comment la Cour de cassation française, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire, contribue à la mutation, si ce n'est à l'exténuation du droit civil.

Si nous fixons la focale sur la manière dont la Cour de cassation évolue dans ses méthodes de travail, son raisonnement, ses décisions, ses projets de réforme et la (re)définition de ses missions... c'est parce qu'il nous semble que cela a un rôle décisif dans ce qu'il advient aujourd'hui du droit civil français. Pour bien mesurer le phénomène, il faut, sans renier l'impossible et inutile retour sur la problématique générale, revenir un bref instant sur quelques acquis de son traitement.

5. La première observation est que la réflexion repose ou débouche, selon les cas, toujours sur une interrogation cruciale dont la réponse est beaucoup moins évidente que jadis : qu'est-ce que le droit civil ? Elle est d'autant plus vertigineuse qu'elle comporte

<sup>8</sup> V. notamment : GHESTIN, J., BARBIER, H. et BERGE, J.-S., *Introduction générale, tome 1*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2018, n<sup>os</sup> 174 s. ; AUBERT, J.-L. et SAVAUX, E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Lefebvre Dalloz, Sirey Université, 19<sup>e</sup> éd, 2023, n<sup>os</sup> 51 et 246 s.

<sup>9</sup> JAMIN, Ch., « Mort du droit civil ? », In *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ-Lextenso, 2019, p. 541.

<sup>10</sup> ANCEL, P., « Le droit civil, modèle disciplinaire ? » in *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, dir. F. Audren et S. Barbou des Places, LGDJ, 2018, p. 227 ; LIBCHABER, R., «Le dépérissement du droit civil», in *Qu'est-ce qu'une discipline juridique?*, préc., p. 227 s.

<sup>11</sup> ROUVIERE, F., *Le droit civil*, Puf, coll. « Que sais-je ? », 2019 ; JESTAZ, Ph., *Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005 (recueil de presque une trentaine d'articles et de rapports de l'auteur) ; *Les métamorphoses du droit civil*, dir. L. Leveneur, C.-M. Péglan-Zika et A. Touzain, Éditions Panthéon-Assas, Coll. Pensée contemporaine, 2024.

une profondeur historique plurimillénaire et une perspective comparée qui, à défaut d'être universelle, couvre, selon une certaine perspective du moins, tout l'Occident et pas uniquement l'Europe continentale<sup>12</sup>. Pour s'en tenir au premier aspect, il est patent que de la Rome antique – et plus avant encore, de la Grèce antique –, à nos jours le droit civil, à supposer qu'il subsiste, n'a ni le même contenu, ni le même esprit. Il n'est dès lors pas exclu que sous un même mot gisent des mondes étrangers : de tout le droit des seuls citoyens d'une Cité-État régnant sur une grande partie du monde connu à une fraction réduite de celui d'un État-nation intégré à un espace économique européen ouvert sur le monde.

Au demeurant, même cantonné en un lieu et à un instant donnés, le droit civil peut apparaître comme un objet complexe, irréductible à une réalité unique. Par exemple, pour ce qui concerne la France du début du XXI<sup>e</sup> siècle, selon que l'on met l'accent sur son objet, son histoire, sa technique, son esprit, ses fonctions... et qu'on l'aborde avec un appareil théorique plus ou moins affirmé, le droit civil c'est, tout à la fois, ou plus ou moins : une branche du droit et/ou une discipline juridique<sup>13</sup>, des « formes<sup>14</sup> », un modèle historique, intellectuel et culturel<sup>15</sup>, « un corps de règles qui tente de faire exister et garantir la société, par les seules relations entre ses membres<sup>16</sup> », une méthode casuistique et dialectique forgée pour réaliser concrètement la justice particulière<sup>17</sup>...

Il y a du vrai dans tout cela, sauf à considérer qu'il existe un droit civil authentique, celui que les jurisprudents ont pratiqué de la Rome antique, jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle avant que le « scientisme », l'« historicisme », le « positivisme »... ne commencent à le dévoyer<sup>18</sup>. Mais ces raffinements d'analyse n'aident pas forcément à y voir plus clair. Ils ne sont heureusement pas indispensables lorsque l'on s'intéresse au droit civil vu par le prisme de l'activité de la Cour de cassation.

<sup>12</sup> V. part. ROUVIERE, F., *Le droit civil, op. cit.*, p. 104 et s. qui, contrairement à l'opinion commune, considère non sans raison mais peut-être pas avec assez de nuances que *civil law* et *common law* convergent par leur esprit et leur méthode.

<sup>13</sup> ANCEL, P., « Le droit civil, modèle disciplinaire ? », préc.

<sup>14</sup> V. FORRAY G., et PIMONT, S., « Politique des formes civiles » *RTD civ.* (2020), qui désignent par là « tout à la fois une architecture conceptuelle et une longue suite de commentaires, d'interprétations et d'explications qui rendent possible la formulation des normes ». Les auteurs n'indiquent pas en quoi ces formes sont civiles, si ce n'est en indiquant, incidemment, qu'elles sont utiles pour dire ce qui doit être : le bien, le juste ». La référence aux normes, totalement étrangère à la tradition civiliste ne peut être qu'une invention de « civilistes modernes ».

<sup>15</sup> ROUVIERE, F., *Le droit civil, op. cit.*, p. 75 s.

<sup>16</sup> LIBCHABER, R., « Le dépérissement du droit civil », préc.

<sup>17</sup> CHENEDE, F., *Le droit civil, au naturel (ou l'actualité d'un passé)*, préc.

<sup>18</sup> C'est l'esprit général de : REMY, Ph., « Les civilistes français vont-ils disparaître ? », préc.

6. Lorsqu'on adopte cette perspective, on bute d'abord sur un singulier constat. L'organisation de la Cour révèle, à première vue, une conception très particulière, à l'ancienne pourrait-on dire, du droit civil. Outre les formations solennelles (Assemblée plénière et chambres mixtes), elle est en effet divisée en six chambres : cinq chambres civiles et la chambre criminelle. A la Cour de cassation, le droit civil absorbe donc, dans une compréhension très large, tout le contentieux qui ne concerne pas la poursuite des infractions.

En fait, cette structure est le produit d'une évolution ayant affecté la juridiction originelle qui comportait une seule chambre civile et la chambre criminelle. Elle est la conséquence d'une spécialisation progressive des formations ordinaires due à l'augmentation du nombre des pourvois et à la diversification du contentieux. Elle a pris deux formes : d'une part, la création de la chambre commerciale puis celle de la chambre sociale ; d'autre part, la multiplication des chambres authentiquement civiles, passées d'une à trois. Aujourd'hui, le droit commercial et le droit social (droit du travail, formation professionnelle...) sont unanimement considérés comme détachés du droit civil, la discussion ne concernant plus guère que leur degré d'autonomie. Le droit civil au sens moderne ne relève donc plus, pour l'essentiel, que de la compétence des trois premières chambres, qualifiées justement de civiles *stricto sensu*, celle des cinq chambres civiles *lato sensu* concernant ce que l'on appelle aujourd'hui le droit privé. Cela n'empêche cependant pas que les chambres commerciale, sociale et même criminelle aient à connaître de questions civiles, le cloisonnement n'étant pas étanche.

Les compétences des trois premières chambres englobent en effet les matières qui constituent le droit civil « historique ». Le droit des personnes et de la famille, celui des contrats, l'état civil, la filiation, les incapacités, les libéralités, les majeurs protégés, certaines formes particulières de responsabilité, les successions, la vente mobilière...reviennent à la première chambre civile. La responsabilité extracontractuelle relève de la compétence de la deuxième chambre civile. La propriété immobilière et les baux, la vente immobilière, la propriété et la possession immobilières, les servitudes, les sûretés immobilières...sont de celle de la troisième chambre. Mais on y trouve aussi de nombreuses matières, plus ou moins neuves, qui n'en relèvent plus ou n'y ont jamais appartenu : par exemple, la propriété littéraire et artistique (première chambre), la procédure civile et la sécurité sociale (deuxième chambre), l'environnement (troisième chambre).

7. Ce n'est donc pas grâce à l'organisation de la Cour de cassation que l'on peut avoir une idée précise de ce qu'est le droit civil aujourd'hui. On pourrait penser l'affaire

anecdotique. Mais le détour par cette organisation permet de fixer un certain nombre de points indispensables pour cerner notre propos et ne pas se méprendre sur sa portée.

Le premier concerne la notion de droit civil. Loin des subtilités précédemment évoquées, c'est une conception simple, classique, mais au sens moderne, pour ne pas dire vulgaire que nous retenons. Il s'agit de la branche du droit qui régit les personnes privées dans leurs relations avec les biens et avec autrui, autrement dit les matières signalées un peu confusément par les trois Livres du code civil de 1804 (Des personnes, Des biens et des différentes modifications de la propriété, Des différentes manières dont on acquiert la propriété)<sup>19</sup> qui correspondent encore, en gros, au plan des Institutes (Personnes, choses, successions, actions). Nous y rangeons donc, avec leurs dénominations modernes : le droit des personnes et de la famille (patrimonial – régimes matrimoniaux, successions et libéralités – et extrapatrimonial – filiation, mariage et autres conjugalités, divorce –), celui des biens, le droit des obligations (contrat et responsabilité), les sûretés.

La seconde précaution concerne l'apparente et relative absence de singularité du droit civil s'agissant des phénomènes observables dans l'activité et la jurisprudence de la Cour. La redéfinition de ses missions, le changement de style de ses décisions, l'extension du *corpus* de normes qui fondent son contrôle... affectent dans une certaine mesure toutes les matières relevant de sa compétence : le droit commercial, le droit social, le droit de l'environnement, la protection des consommateurs... la procédure civile, le droit pénal. Il se peut même que plusieurs d'entre elles soient plus affectées que lui par certaines évolutions<sup>20</sup> qui, par ailleurs, atteignent aussi le droit public<sup>21</sup>. Mais les constater, même, éventuellement, sous une forme atténuée, pour le droit civil est autrement plus significatif. En admettant qu'il ne soit plus le principal soutien des relations privées qui se trouverait dans d'autres branches (aujourd'hui le droit des affaires, celui de la consommation; demain, peut-être, le droit de l'environnement ou celui du développement durable...) ou dans d'autres formes de droit (le droit souple, le droit

<sup>19</sup> Une ordonnance du 19 décembre 2002 a ajouté un Livre (devenu) Cinquième « Dispositions applicables à Mayotte » (art. 2489 à 2534 qui intéresse le droit civil uniquement dans la mesure où il en précise l'extension géographique. Le Livre Quatrième « Des sûretés » a été introduit à l'occasion de la réforme de la matière par l'ordonnance du 23 mars 2006. Il est généralement admis qu'elle appartient au moins pour l'essentiel au droit civil.

<sup>20</sup> Par exemple, en procédure civile le contrôle de proportionnalité fondé notamment sur le droit au procès équitable (V. not. Le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour de cassation en matière de procédure civile, *Étude de la deuxième chambre civile, Recueil annuel des études de la Cour de cassation*, 2023, 33),

<sup>21</sup> V. not. LABAYLE, H., SCHAHMANECHE, A. et SUDRE, F., « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », in *Le justiciable face à la justice administrative*, RFDA (2019). 731 ; DUPRE DE BOULOIS X. et MILANO, L., « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *Ibid.*, 740.

négocié...), et même en considérant que sa vocation de droit commun, réservoir de principes et de notions, ne soit plus qu'une illusion, le droit civil n'en demeure pas moins le modèle historique et culturel du droit français et de l'Europe continentale. Les atteintes qui lui sont portées accélèrent ou consomment donc, si ce n'est la fin d'une civilisation qui ne se réduit pas au droit et qui subit bien d'autres avanies, du moins celle d'un système d'organisation sociale et de pensée. Le destin du droit civil est symbolique de ce qui arrive au droit.

**8.** Quelques autres points doivent encore être fixés. D'abord, pourquoi s'intéresser à la Cour de cassation alors que le droit français est souvent présenté comme le modèle du légicentrisme où la loi, seule expression de la volonté du Peuple, fonde l'ordre juridique et où le juge n'en est que la bouche et alors que les maux actuels du droit civil lui sont donc logiquement imputés ?

Il est exact que c'est un législateur hyperactif, ne répondant plus, pour l'essentiel, à la « question sociale » mais à des demandes « sociétales » conjoncturelles, sans vue d'ensemble ni perspective à long terme, qui est le principal responsable du dépassement du droit civil, de son éparpillement et de sa perte de cohérence. Il est vrai aussi que c'est lui qui a fourni au juge les moyens que ce dernier déploie aujourd'hui pour transformer le droit civil en renouvelant son office. Ils sont au nombre de deux. D'une part, l'affirmation de la supériorité des traités internationaux sur la loi (Constitution du 4 octobre 1958, article 55), d'autre part, la possibilité de soumettre cette dernière à la question prioritaire de constitutionnalité (Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 16-1 de la Constitution). En leur absence, les principales mutations décrites, et souvent dénoncées, que constituent la constitutionnalisation du droit et sa fondamentalisation n'eussent pas été possibles.

Mais il y a beau temps que la jurisprudence n'est plus entravée par les obstacles institutionnels dressés contre son pouvoir créateur – prohibition des arrêts de règlement (code civil, article 5) et relativité de l'autorité de la chose jugée (code civil, article 1355) –. Sans même évoquer les véritables créations prétoriennes, elle constitue, dans presque tous les domaines, le droit vivant. Ce que juge la Cour de cassation en matière civile et la manière dont elle le fait participent donc grandement à la constitution du droit civil.

Surtout, le phénomène se déploie largement, à l'abri de discussions datées sur les sources du droit, grâce à une auto-promotion de la jurisprudence judiciaire décrétée par la Cour de cassation. Jouissant au maximum de la liberté que lui laissent les textes fixant son statut, elle redéfinit son rôle de telle sorte que, non seulement ses décisions aient une autorité au moins pratique accrue, mais également que celle-ci repose sur un

jugement de la loi qui n'a jamais été son rôle et que les textes précités ne fondent pas vraiment.

9. L'origine de la mutation est assez aisément identifiable dans les travaux de la Cour de cassation qui ne cache pas ses intentions – mais quel citoyen-justiciable, juristes compris, les lit ? Elle réside dans sa volonté de réaffirmer son pouvoir normatif<sup>22</sup> et sa nature de juridiction suprême dans l'ordre judiciaire.

On déduit classiquement des textes qui la régissent (Code de l'organisation judiciaire, art. L. 411-1 à LO. 461-2, pour l'essentiel et Code de procédure civile, art. 973 à 1031-2) et qui ne sont pas très explicites<sup>23</sup>, que la Cour a une double mission fondamentale : veiller à l'application correcte de la loi (au sens large) par les juges du fond (premier degré et appel) et, ce faisant, unifier l'interprétation de la règle de droit<sup>24</sup>.

Cette fonction normative traditionnelle de la Cour de cassation est aujourd'hui compromise par deux phénomènes. D'une part, l'augmentation du nombre des pourvois que les justiciables ont tendance à employer comme un moyen de faire juger l'affaire une troisième fois et de retarder l'issue des litiges, ce qui l'empêche de se concentrer sur ceux qui présentent un réel intérêt pour la fixation des règles de droit. D'autre part, une double concurrence qu'elle subit dans l'interprétation de la règle de droit. Dans l'ordre interne, celle du Conseil constitutionnel qui, en jugeant de la constitutionnalité des lois, peut en préciser, avec une autorité qui s'impose à toutes les autorités administratives et juridictionnelles (Constitution, art. 62, al. 2), le sens qu'il faut leur donner, particulièrement en usant des réserves d'interprétation<sup>25</sup>. Dans l'ordre international, ce sont les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne et celles de la Cour européenne des droits de l'homme qui, sans avoir en principe la même autorité et selon des modalités variables, influencent l'interprétation et l'application du droit français, y compris du droit civil.

<sup>22</sup> *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2018, La documentation française.

<sup>23</sup> Seul l'article 604 CPC relatif au pourvoi en cassation dispose clairement que ce dernier « tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ».

<sup>24</sup> La Cour de cassation les présente sur son site Internet (<https://www.courdecassation.fr>) de la manière suivante : « S'il n'existe qu'une seule Cour de cassation pour toute la République, c'est pour permettre à cette institution de mener à bien la mission qui lui a été confiée par le peuple français : donner aux tribunaux et cours d'appel la bonne interprétation des textes de loi, afin d'unifier celle-ci sur l'ensemble du territoire ». Elle ajoute comme autres missions : éclairer les juges par un avis, interroger la constitutionnalité des lois, prendre part à d'autres instances, proposer des réformes, dialoguer avec le reste du monde, partager la culture juridique.

<sup>25</sup> Pratique inventée par le Conseil lui-même qui consiste à dire, dans la décision qu'il rend sur la constitutionnalité d'une loi, dans quel sens telle disposition doit être interprétée pour être conforme à la Constitution. Elle suscite d'assez vives discussions.

**10.** Pour rétablir son autorité, la Cour de cassation a donc engagé depuis une dizaine d'années une vaste réflexion qui a débouché sur de nombreuses propositions<sup>26</sup>. L'adoption de certaines d'entre elles nécessiterait l'intervention du législateur, par exemple pour ce qui concerne l'ouverture du recrutement des Conseillers à la société civile. Mais la plupart peuvent s'en passer parce qu'elles relèvent de l'organisation interne et des méthodes de travail dont la Cour a la maîtrise et si certains projets très discutables ont été abandonnés, beaucoup d'autres qui ne le sont pas tous moins sont en cours de réalisation.

Sans entrer dans le détail, on peut signaler qu'un temps, la Cour a envisagé l'instauration d'une procédure de filtrage des pourvois en matière civile qui aurait consisté à refuser l'admission du pourvoi notamment « lorsqu'il ne soulève aucune violation d'un droit ou d'un principe fondamental, aucune question juridique de principe ou ne présente d'intérêt ni pour le développement du droit ni pour l'unification de la jurisprudence<sup>27</sup> ». Ce filtrage suscitait d'importantes objections tenant à l'absence de sanction de certaines erreurs de droit commises par les juges du fond et à l'atteinte à l'égalité de l'accès au juge. La Cour lui a donc finalement préféré un système de circuits différenciés de traitement des affaires selon leur complexité et l'intérêt qu'elles présentent pour la formation du droit (portée normative) mis en place à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2020.

Cette diversification de l'examen des pourvois s'ajoute à d'autres évolutions, encore à l'étude ou déjà en voie de réalisation. Certaines peuvent être qualifiées d'accessoires, même si quelques-unes d'entre elles sont tout sauf insignifiantes au regard de ce qu'elles traduisent de l'évolution du droit français vue par la Cour. Il s'agit principalement, outre de l'augmentation du personnel et des moyens électroniques, de l'élaboration d'une véritable politique de communication destinée à favoriser la connaissance de l'activité de la Cour et l'adhésion des citoyens à ses décisions.

**11.** L'essentiel se situe sur deux plans qui ne sont pas sans liens. Le premier, que l'on aurait tort de considérer comme secondaire, concerne le style des arrêts et le mode de raisonnement qui y est déployé. En rupture avec ce qui se faisait depuis la création de la

<sup>26</sup> V. not. *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, 2 avril 2017 ; *Rapport du groupe de travail Méthodes de travail*, juin 2020 ; *Rapport de la commission de réflexion sur Cour de cassation 2030*, juillet 2021 ; *Travaux de réforme : Assemblée plénière, chambre mixte, avis*, 5 octobre 2021, disponibles sur le site Internet de la Cour de cassation. Voir également les références citées *infra*.

<sup>27</sup> *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, 2 avril 2017, (disponible le site Internet de la Cour), Proposition 65.

Cour de cassation, sa portée sur le droit civil peut-être discutée. Certains sont tentés d'y voir, non un dévoiement de celui-ci, mais, au contraire, l'occasion d'une certaine restauration. L'analyse nous paraît optimiste et de nature à masquer la portée de ce qu'il advient réellement du droit civil, plus précisément, en l'occurrence, de ses formes et de ses sources **(2)**. Cela devient plus évident lorsque l'on situe dans la perspective plus générale d'autres mutations que la Cour de cassation fait subir à la jurisprudence.

L'autre évolution majeure concerne la mission que la Cour de cassation entend désormais remplir et les moyens, autres que ceux précédemment évoqués, qu'elle déploie à cette fin. Au-delà des traditionnels contrôle de l'application de la loi et de l'unification de son interprétation, en vue de (re)devenir une véritable Cour suprême nationale, la Cour considère en effet désormais que sa mission essentielle est de « garantir la fonction protectrice de la prééminence du droit », autrement dit l'état de droit, particulièrement par la défense des droits fondamentaux<sup>28</sup>. A cette fin, elle entend intégrer les textes nationaux et internationaux des droits de l'Homme (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) dans les normes à partir desquelles s'opère le contrôle de la légalité des décisions des juges du fond, avec le test de proportionnalité destiné à juger de l'opportunité de l'application de la règle au cas d'espèce et la « balance des intérêts » consistant à mesurer et à confronter les conséquences de l'application des règles pour chacune des parties. C'est la teneur même du droit civil et son esprit qui s'en trouvent affectés **(3)**.

## 2. FORMES ET SOURCES DU DROIT CIVIL

**12.** A la surface des choses, ce qui apparaît le plus évident et, à première vue, le moins important pour le droit civil, c'est le changement de l'expression de la Cour cassation. En vue de favoriser l'intelligibilité de ses décisions, elle-même destinée à accroître la compréhension et l'adhésion des justiciables, elle en a fait évoluer le style. Néanmoins, comme c'est presque toujours le cas, la forme est en lien avec le fond du droit. La modification du mode d'expression du règlement des litiges civils **(2.1)** accompagne et renforce l'affirmation des normes jurisprudentielles **(2.2)**.

<sup>28</sup> V. not. *Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, juillet 2021, disponible sur le site Internet de la Cour.

### 2.1. *Le mode d'expression du règlement des litiges civils*

**13.** S'agissant de la forme pure, ou presque, la Cour de cassation a abandonné la rédaction en une phrase unique scindée par des attendus pour adopter, de manière générale, à la fin de l'année 2019, un « style direct » dans lequel l'arrêt est divisé en trois parties identifiées et nommées comme telles : faits et procédure, examens des moyens du pourvoi (critique de la décision attaquée) et dispositif de l'arrêt<sup>29</sup>. Le changement pourrait être jugé anecdotique, mais il révèle beaucoup plus qu'il ne semble. D'abord, il permet de constater l'effet d'entraînement de la pratique de la Cour puisque de nombreuses juridictions du fond adoptent désormais ce style. Ensuite, si l'on veut bien admettre que le style des arrêts découle de la mission de la Cour<sup>30</sup>, par le changement de son écriture, celle-ci manifeste la mutation qu'elle opère concernant son rôle.

La modification du style est l'une des manifestations du désir de la Cour de cassation de susciter l'adhésion des citoyens au renforcement de son rôle normatif par l'acquisition d'une *auctoritas* plus que par l'exercice d'un *imperium*. Pour s'en convaincre plus sûrement, il suffit de rapprocher l'évolution d'une autre mutation, plus importante, à la lisière de la forme et du fond qui concerne la motivation des arrêts.

**14.** Afin d'améliorer l'accessibilité du droit et la sécurité juridique, la Cour de cassation pratique désormais les arrêts à motivation enrichie dont elle a fourni le mode d'emploi<sup>31</sup>.

Il s'agit d'une « motivation qui mentionne des éléments traditionnellement passés sous silence et qui les articule de manière à ce qu'ils constituent les maillons intermédiaires du raisonnement justifiant le principe posé dans la décision ». Elle se traduit généralement par une augmentation de la majeure du traditionnel syllogisme judiciaire expliquant le raisonnement qui conduit à l'affirmation de la règle ou du principe qui constitue cette majeure. Parmi ces facteurs généralement décisifs figurent: l'énoncé de la question de droit; les sources de la règle appliquée (les textes avec leur genèse, leur évolution, leur articulation avec d'autres textes, leur silence éventuel sur un point... et la jurisprudence constituée par les décisions de la Cour de cassation et celles d'autres

<sup>29</sup> V. *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts*, 5 juin 2019, disponible sur le site Internet de la Cour de cassation.

<sup>30</sup> WEBER, J.-F., « Le style et la Cour de cassation », *Justice et cassation* (2013), 287. Rédigée quelques années avant que la Cour de cassation n'évoque cette lecture d'une étude rédigée par un Président de chambre honoraire est édifiante, comparée aux arrêts évoqués dans le n° suivant.

<sup>31</sup> *Motivation enrichie. Guide rédaction*, septembre 2023, disponible sur le site Internet de la Cour de cassation. MARTINEL, V. A., La motivation enrichie prend racine à la Cour de cassation, *JCP G* (2024), doct. 172.

juridictions suprêmes nationales, internationales et étrangères, exceptionnellement des décisions des juges du fond, la doctrine – exceptionnellement aussi, notamment lorsqu’une opinion presque unanime peut conforter un raisonnement –, les méthodes d’interprétation (téléologique, analogique, *a contrario*... ); les travaux préparatoires des textes; les rapports au Président de la République sur les ordonnances de l’article 38 de la Constitution...; dans certains cas, l’avis de l’Avocat général...

Peuvent également figurer dans les motifs enrichissant l’arrêt : l’énoncé de solutions alternatives et les raisons pour lesquelles elles n’ont pas été retenues ; une « explication d’ordre pédagogique » à destination de non juristes (pour des affaires intéressant l’ensemble des citoyens ou ayant un fort retentissement social ou médiatique); les conséquences de la décision sur la pratique des juridictions du fond ou la portée de la solution à destination des spécialistes de la matière...

**15.** Le recours à la motivation enrichie est préconisée pour les arrêts opérant un revirement de jurisprudence, ceux répondant à un moyen tiré de la violation d’un droit ou d’un principe fondamental, en particulier lorsqu’il est recouru à un contrôle de proportionnalité (opéré dans le cadre d’un contrôle de conventionalité), ceux se prononçant sur un renvoi préjudiciel à la CJUE, et ceux contenant une demande d’avis à la CEDH. Les chambres peuvent également y recourir, sans que cela soit préconisé, notamment lorsque l’arrêt tranche une question de principe ou énonce une solution présentant un intérêt pour le développement du droit ou pour l’unité de la jurisprudence, lorsqu’il réaffirme un principe énoncé par un arrêt ancien ou lorsqu’il est rendu dans une affaire « susceptible d’avoir un retentissement social et/ou médiatique important ».

**16.** L’enrichissement de la motivation a été inaugurée, non par un arrêt, mais par une décision du 4 janvier 2016<sup>32</sup> dans laquelle l’existence d’une jurisprudence constante a été déterminante du rejet de la demande d’avis concernant l’application ou non de cotisations sociales sur certaines indemnités journalières de sécurité sociale.

Depuis cette date, la motivation enrichie s’est développée dans la jurisprudence de la Cour. Elle y reste très minoritaire, ce qui est normal compte tenu du domaine qu’elle lui attribue. En l’absence de statistiques accessibles, les exemples cités par le Guide de rédaction en motivation enrichie permettent de constater qu’elle est employée par toutes les formations, solennelles ou ordinaires, civiles ou criminelles. Seule la chambre

<sup>32</sup> Avis n° 16-70.004, D. 2016, Act. 133, obs. DEUMIER, P., *RTD civ.* (2016). 65, obs. DEUMIER, P.

mixte n’y figure pas. Curieusement, parce que celle-ci a pourtant rendu une série d’arrêts importants en motivation enrichie touchant à des questions au cœur du droit civil le plus classique. Trois constituent des revirements de jurisprudence concernant, l’un la nature relative ou absolue de la nullité sanctionnant la violation du formalisme du mandat des agents immobiliers<sup>33</sup>, deux autres les effets de la résolution de la vente sur le contrat de crédit-bail qui le finance (la caducité au lieu de la résiliation)<sup>34</sup>. Les autres, composés de quatre arrêts du 21 juillet 2023, mettent fin à des incertitudes et à une divergence de jurisprudence concernant le délai de l’action en garantie des vices cachés, sa nature (prescription ou forclusion), son point de départ (jour de la vente ou celui de la découverte du vice), le délai butoir dans lequel l’action, qui doit par ailleurs être intentée dans les deux ans de la découverte du vice, est enfermé (délai de la prescription extinctive de droit commun à compter du jour de la vente ou délai butoir de vingt ans fixé par l’article 2322 du code civil)<sup>35</sup>.

Parmi les décisions citées par le Guide de la rédaction en motivation enrichie qui ne constituent qu’un échantillon sans aucune valeur statistique, ont été traitées les questions civiles suivantes: la transcription sur l’acte de naissance français de la maternité d’intention d’enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui<sup>36</sup>, les conditions de la déclaration judiciaire unilatérale de délaissement parental d’un enfant<sup>37</sup>, celles de validité d’une clause dispensant de mise en demeure pour la mise en œuvre d’une clause de résiliation unilatérale d’un contrat de prêt<sup>38</sup>, les conditions de la délégation de l’autorité parentale à un tiers par les parents d’un enfant polynésien<sup>39</sup>, le juge compétent pour modifier le droit de visite et d’hébergement d’un parent en cas de

<sup>33</sup> Ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, publié au Bulletin, *D.* 2017. 793, obs. FAUVARQUE-COSSON, B., *D.* (2018). 371, obs. MEKKI, M., *AJ contrat* (2017). 175, obs. HOUTCIEFF, D., *RDC* (2017), 3. 415, obs. GENICON, Th., *RTD civ.* (2017). 377, obs. BARBIER, H.

<sup>34</sup> Ch. mixte, 13 avr. 2018, n°s 16-21.345 et 16-21.947, publié au Bulletin, *D.* 2018. 1185, note explicative de la Cour de cassation et note BARBIER, H. *D.* 2019. 279, obs. MEKKI, M., *RTD civ.* (2018). 388, obs. BARBIER, H., *RDC* (2018), 3. 367, obs. SEUBE, J-B., *JCP G* (2018). Doctr. 782, obs GROSSER, P., BUY, P., *JCP E* (2018). 1344, note Valette et Cannu, *Gaz. Pal.* 2018, n° 31, 27, obs. HOUTCIEFF, D.

<sup>35</sup> Ch. mixte, 21 juill. 2023, n°s 20-10.763, 21-19.936, 21-17.789 et 21-15.809, publiés au Bulletin, *D.* 2023, 1728, obs. GENICON, Th., *RTD civ.* (2023), 638, obs. BARBIER, H. et 923, obs. GAUTIER, P.-Y., *RDC* (2023), 4. 30, obs. THIBIERGE, L., *JCP G* (2023), Act. 1060, obs. MIGNOT, M., *JCP E* (2023), 1339, note DISSAUX, N.

<sup>36</sup> Qui constitue, à ce jour, la seule demande d’avis consultatif à la Cour européenne des droits de l’homme : Ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, publié au Bulletin, *D.* 2019. 228, note DEUMIER, P. et FULCHIRON, H., *RTD civ.* (2019). 90, obs. LEROYER, A-M., *RTD civ.* (2018). 847, obs. MARGUENAUD. J-P., V. égal., à propos de la mention du père d’intention : Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2019, n° 18-11.815, publié au Bulletin et dans le Rapport annuel.

<sup>37</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 juin 2019, avis n° 19-70.007, publié au Bulletin et dans le Rapport annuel.

<sup>38</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 2021, n° 20-12.154, publié au Bulletin (renvoi d’une question préjudicielle à la CJUE).

<sup>39</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 sept. 2022, n° 21-50.042, publié au Bulletin. L’arrêt opère en outre une modulation des effets dans le temps d’un revirement de jurisprudence (v. 20).

danger pour l'enfant<sup>40</sup>... On en trouve également qui concernent l'atteinte au respect de la vie privée et à l'image par voie de presse d'un article relatant la démission concomitante de deux membres du gouvernement et leur voyage privé à l'étranger<sup>41</sup>, la possibilité d'ordonner en référé un examen comparé des sangs dans le cadre d'une action relative à la filiation<sup>42</sup>, la conformité au droit au respect de la vie privée et familiale du délai de prescription de 10 ans pour agir en contestation de paternité<sup>43</sup>, l'interruption de la prescription par une déclaration de pourvoi entachée d'un vice de forme<sup>44</sup>, les conditions de l'interruption de la prescription de l'action en garantie d'un constructeur contre un autre constructeur ou un sous-traitant<sup>45</sup>...

De ce florilège, il résulte qu'aucune question, même les plus classiques ou les plus pointues, n'échappe *a priori* à la motivation enrichie dès lors que la formation saisie juge qu'elle répond aux conditions que la Cour a elle-même fixées et dans la mise en œuvre desquelles elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

**17.** Telle qu'elle est pratiquée pour l'instant, la motivation enrichie suscite des appréciations contrastées. On lui reconnaît le mérite de faciliter la compréhension des décisions et, plus généralement la « doctrine » de la Cour cassation. Mais on lui reproche notamment, outre le fait qu'elle révèle parfois des vices ou des lacunes qui minent l'autorité de l'arrêt et celle de la Cour<sup>46</sup>, de rester assez formelle, ne livrant que les raisons proprement juridiques de décider et non les justifications économiques, sociales et les motifs de politique juridique qui n'ont pas manqué de jouer<sup>47</sup>. Surtout, du point de vue qui nous intéresse, dès son apparition, sa compatibilité avec la tradition civiliste française a été mise en doute<sup>48</sup>, à plusieurs égards.

<sup>40</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 oct. 2021, n° 19-26.152, publié au Bulletin.

<sup>41</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2020, n° 19-13.716, publié au Bulletin. L'arrêt réalise une « balance des intérêts » entre le droit au respect dû à la vie privée et à l'image d'une personne et le droit à la liberté d'expression. V. égal. pour une « balance » entre le respect de la présomption d'innocence et le droit à la liberté d'expression : Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 2021, n° 19-21.718, publié au Bulletin.

<sup>42</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2018, n° 17-16.793, *Bull. civ. I*, n° 107.

<sup>43</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2018, n° 17-25.938, publié au Bulletin. L'arrêt effectue un contrôle de proportionnalité *in concreto* (V. ss 43).

<sup>44</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 2 mars 2023, n° 20-20.065, publié au Bulletin,

<sup>45</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 14 déc. 2022, n° 21-21.305, publié au Bulletin. L'arrêt se prononce sur l'application immédiate de la nouvelle règle qu'il énonce.

<sup>46</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 9 févr. 2017, n° 16-10.350, *D.* 2017. 1107, note CASU, G., *RDC* (2017) 2. 227, obs. LAITHIER, Y-M., sur l'application immédiate d'une loi nouvelle aux contrats en cours au seul motif qu'elle est d'ordre public.

<sup>47</sup> V. not. GARNIER-ZAFFAGNINI, M., « Des limites à l'enrichissement des arrêts de la Cour de cassation », mars 2023 (disponible sur le site Internet Hal Open science: <https://hal.science/hal-04093916>) et les références citées.

<sup>48</sup> JAMIN, Ch., « Motivation (suite) quelle tradition civiliste défendre ? », *D.* (2016). 1073 ; LIBCHABER, R., « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* (2016). doct. 632.

Au regard de la Cour de cassation elle-même, on a soutenu que, par l'investigation approfondie qu'elle nécessite dans les affaires, surtout lorsqu'elle est associée au contrôle de proportionnalité et à la balance des intérêts<sup>49</sup>, la motivation enrichie remettrait en cause la distinction du fait et du droit et la limitation de la compétence de la Cour à ce dernier. S'agissant du raisonnement, on a relevé que c'est le classique syllogisme judiciaire qui serait atteint, la solution du litige (conclusion) ne pouvant plus découler de la simple application de la règle de droit (majeure) aux faits de l'espèce (mineure). Enfin, pour ce qui concerne la jurisprudence, sa place dans les sources du droit serait considérablement renforcée par l'affirmation du pouvoir normatif de la Cour de cassation, le tout se faisant à l'imitation de certains pays étrangers (la crainte de l'américanisation du droit) et, surtout, sur le modèle et sous l'impulsion de juridictions internationales –la CJUE et la CEDH.

**18.** A nouveau, il est impossible d'approfondir l'analyse de ces critiques, mais nous pouvons du moins faire quelques constatations qui reposent encore, principalement, sur ce que la Cour fait et dit.

L'impression générale qui en ressort est qu'elle s'efforce d'atténuer autant que possible la transformation qui s'opère et de la faire entrer dans les cadres anciens. Ainsi le guide de rédaction en motivation enrichie indique que celle-ci « implique généralement une extension de la partie consacrée à la majeure ayant pour objet d'explicitier le cheminement logique qui conduit à l'affirmation d'une règle ou d'un principe ». La Cour l'intègre donc dans le traditionnel syllogisme judiciaire et uniquement au niveau de l'interprétation de la règle de droit. Surtout, s'agissant de la citation de la jurisprudence, en dehors des cas où elle impose la solution, comme c'est le cas des décisions du Conseil constitutionnel, du Tribunal des conflits et de la CJUE, il faut qu'elle « soit utilisée non comme fondant en elle-même la solution retenue mais intervienne seulement comme un maillon du raisonnement aboutissant à la solution ». La précaution est destinée à respecter l'interdiction des arrêts de règlement (c. civ., art. 5), l'autorité relative de la chose jugée (CPC, art. 480) et donc l'absence d'autorité des précédents judiciaires.

Mais ici ou là resurgissent des indications qui contredisent, plus ou moins, cette euphémisation. L'autorité relative de la chose jugée et l'interdiction des précédents n'empêchent pas que, dans certains cas, la motivation peut « préciser les conséquences de la solution retenue sur la pratique des juridictions du fond ». Son emploi est suggéré

<sup>49</sup> V. ss. 43, 46.

pour des décisions qui apportent « une solution globale » à un contentieux, en ce qu'ils prévoient « une réponse juridique qui parfois excède le strict cadre des moyens, et proposent une méthodologie à suivre ou une boîte à outils pour les juridictions du fond dans un souci de sécurité juridique<sup>50</sup> ». Les juges du fond ne sont pas obligés de les suivre, mais on peut aisément imaginer qu'ils auront tendance à le faire. La pression n'a d'ailleurs rien de surprenant puisque l'évolution tend à renforcer le pouvoir normatif de la Cour de cassation qui ne peut se satisfaire d'une trop grande résistance des juges du fond.

C'est une manifestation faible de l'apparition des normes jurisprudentielles dont il existe par ailleurs des traductions plus évidentes.

## 2.2. *L'apparition des normes jurisprudentielles*

**19.** D'autres évolutions que l'on ne peut évoquer que brièvement confirment la mutation qui s'opère dans les sources du droit civil par l'accroissement de l'autorité de la jurisprudence sous l'impulsion de la Cour cassation.

Il y eut, d'abord, l'application de la jurisprudence dans le temps pour laquelle la réflexion s'est développée à partir de la question des effets des revirements. Classiquement, la jurisprudence est dotée d'une instabilité et d'une rétroactivité – ou d'une déclarativité – naturelles. Les juges ne pouvant se lier pour l'avenir, la jurisprudence est toujours susceptible d'évoluer, y compris en adoptant une solution contraire à celle qui était retenue jusque-là. La règle nouvelle, indissociable des textes qui la fondent, s'applique immédiatement à l'affaire à l'occasion de laquelle elle est énoncée découlant de faits accomplis en considération d'une règle différente, alors même que le changement n'a pas été annoncé. Nécessairement décevante pour la partie qui supporte les effets du revirement, la déclarativité est critiquée par une partie de la doctrine comme portant atteinte à la sécurité juridique et aux droits du justiciable. Pour combattre ces conséquences jugées néfastes, la Cour de cassation s'est engagée dans la voie de la modulation dans le temps des effets des revirements. La première fois, ce fut par un arrêt de l'Assemblée plénière du 21 décembre 2006<sup>51</sup> concernant les conditions de

<sup>50</sup> La méthode a été notamment employée pour préciser comment la concentration des moyens, qui oblige le demandeur à présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, doit être mise en œuvre devant le juge pénal selon que la partie civile a ou non demandé au juge pénal qu'il se prononce selon les règles du droit civil (Ass. Plén., 14 avr. 2023, n° 21-13.516, publié au Bulletin).

<sup>51</sup> N° 00-20.493, *Bull. ass. plén.*, n° 15, D. 2007. 835, note MORVAN, P., *RTD civ.* (2007). 72, obs. DEUMIER, P., et *ibid.*, 2007. 522, obs. JACQUES, Ph., *JCP G* 2007. II. 10040, note VERPEAUX, M., et 10111, note LAGARDE, X.

l'interruption de la prescription de l'action en responsabilité pour atteinte à la présomption d'innocence par voie de presse. Elle juge que bien qu'une cour d'appel ait statué à tort comme elle l'a fait sur le point de droit litigieux, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate, dans l'instance en cours, de la solution issue du revirement qu'elle opère aboutirait à priver le demandeur d'un procès équitable, au sens de l'article 6, § 1, de la Convention des droits de l'Homme, en lui interdisant l'accès au juge.

Malgré le peu de précision qu'il offre quant au domaine et aux conditions de la modulation, c'est ce fondement de l'atteinte au droit à un procès équitable qui justifie le plus souvent qu'un revirement de jurisprudence ne soit pas appliqué à l'affaire qui le provoque<sup>52</sup>. Dans un cas concernant, non un revirement mais la fixation d'une jurisprudence par un arrêt statuant pour la première fois sur une question, elle a fondé la modulation des effets de cette jurisprudence nouvelle sur l'existence d'une atteinte disproportionnée au principe de sécurité juridique et de confiance légitime et, en l'espèce, sur celle d'une atteinte excessive à l'intérêt supérieur de l'enfant protégé par des conventions internationales<sup>53</sup>. Certaines décisions ne comportent même pas de justification explicite, même si l'on peut penser que ce sont globalement les mêmes raisons qui les fondent<sup>54</sup>.

**20.** On pourrait penser qu'il n'y a pas, dans la modulation de la jurisprudence dans le temps, de grands enseignements à tirer quant aux principes et aux sources du droit civil puisqu'il ne s'agit jamais que de juger des cas particuliers. Mais il y a de fortes raisons de penser le contraire puisque ce jugement se fonde sur des motifs de droit généraux.

L'enseignement essentiel est que la Cour de cassation ne raisonne plus sur le fondement de l'incorporation de la jurisprudence à la loi, qui a peut-être toujours été un mythe, et

<sup>52</sup> V. par ex. Com., 21 mars 2018, n° 16-28.412, *Bull. civ.* IV, n° 33 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 17 sept. 2020, n° 18-23.626, publié au Bulletin, *D.* 2020. 2046, note BARBA, M., *D.* (2021). 543, obs. FRICERO N., et 1353, obs. LEBORGNE, A., *RTD civ.* (2021). 479, obs. CAYROL, N. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mai 2021, n° 20-12.520, publié au Bulletin, *D.* 2021. 1854, note MENARD, A.

<sup>53</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 sept. 2022, n° 21-50.042, publié au Bulletin, *D.* 2022. 2134, note BARBA M. et MILLERIOUX, G., *RTD civ.* (2022). 877, obs. LEROYER, A-M., *RTD civ.* (2023). 63, obs. DEUMIER, P.

<sup>54</sup> V. par ex. Com., 12 mai 2021, n° 18-15.153, publié au Bulletin, préc. « Cette nouvelle interprétation ne saurait toutefois être opposée à la société Sogiphar, pour lui reprocher de ne pas avoir procédé à la régularisation de la situation résultant du défaut de mention dans sa déclaration de recours de l'organe la représentant, dans la mesure où la jurisprudence antérieure excluait toute possibilité de régularisation » ; Com., 1<sup>er</sup> déc. 2021, n° 20-10.875, publié au Bulletin, préc. : « Rien ne s'oppose, en l'espèce, à une application immédiate de cette nouvelle interprétation ».

que, si elle est encore « la bouche de la loi », c'est pour émettre des mots, fruits d'une pensée qui est la sienne et non celle du législateur.

Autre constat important : cette pensée s'alimente à des sources diverses parmi lesquelles le droit national n'a qu'une place relative, pour ne pas dire subalterne.

Enfin, derrière ou au-delà du cas, la Cour voit nettement la règle qu'elle énonce et qui est sur le même plan que la loi dont elle prétend la déduire en l'interprétant, essentiellement à la lumière des droits fondamentaux de surcroît. Cela ressort nettement de la motivation de certains arrêts qui décident, par exemple, que « Cette évolution de jurisprudence s'applique immédiatement aux contrats en cours, en l'absence de droit acquis à une jurisprudence figée et de privation d'un droit d'accès au juge<sup>55</sup> ». Il arrive même que la Cour en vienne ainsi à statuer en sens contraire de ce qu'imposent la loi et les principes du droit transitoire<sup>56</sup> : la jurisprudence devient aussi forte, si ce n'est supérieure à la loi.

**21.** L'évolution est loin d'être achevée puisque l'adoption d'autres propositions émises ici ou là transformerait encore grandement le paysage. Par exemple : le recours accru aux *obiter dicta*<sup>57</sup>, la possibilité d'intégrer une opinion minoritaire dans la motivation d'un arrêt<sup>58</sup>, l'organisation, dans certaines « affaires phares », sélectionnées « en raison de l'interférence qu'(elles) impliquent entre les champs juridique et politique, l'ampleur de leurs conséquences potentielles, l'intensité des débats qu'(elles) suscitent dans l'opinion et, pour autant qu'elle ne soit pas excessive, la complexité qu'(elles)

<sup>55</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mai 2021, n° 19-25.749, publié au Bulletin, préc., à propos de l'illicéité d'un contrat de franchise ayant pour objet des méthodes d'épilation définitive par lumière pulsée et de photorajeunissement. V. égal. Civ. 3<sup>e</sup>, 14 déc. 2022, n° 21-21.305, publié au Bulletin, préc. sur le point de départ de la prescription de l'action du constructeur tendant à être garanti de condamnations en nature ou par équivalent ou à obtenir le remboursement de sommes mises à sa charge en vertu de condamnations ultérieures : « La jurisprudence nouvelle s'applique à l'instance en cours, dès lors qu'elle ne porte pas une atteinte disproportionnée à la sécurité juridique (du défendeur) tout en préservant le droit d'accès au juge (du demandeur) ».

<sup>56</sup> Com., 24 mars 2012, n°s 19-14.307 et 19-14.404, publié au Bulletin : « Si, conformément au droit commun, les dispositions de cette ordonnance ne sont applicables qu'aux contrats souscrits postérieurement à son entrée en vigueur, il apparaît nécessaire, compte tenu de l'évolution de ce contentieux et du droit du crédit, de modifier la jurisprudence de la Cour pour juger, désormais... qu'en cas d'omission du taux effectif global dans l'écrit constatant un contrat de crédit conclu avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 juillet 2019, comme en cas d'erreur affectant la mention de ce taux dans un tel écrit, le prêteur peut être déchu de son droit aux intérêts dans la proportion fixée par le juge, au regard notamment du préjudice subi par l'emprunteur ».

<sup>57</sup> *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence. Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes ?*, juin 2022, disponible sur le site Internet de la Cour de cassation, proposition n° 30.

<sup>58</sup> *Rapport sur la Cour de cassation 2030*, préc. Recommandation n° 3.

comportent, d'une «procédure interactive ouverte» associant, en plus des parties et de leurs conseils, des « tiers intervenants, autorités extérieures, experts et *amicus curiae* »<sup>59</sup>...

La jurisprudence d'une société de la communication, de l'*open data* des décisions de justice, de l'intelligence artificielle et d'un droit transnational des droits de l'homme est en phase de développement.

**22.** En attendant son achèvement, il faut insister sur le stade auquel la Cour de cassation est déjà parvenue : l'affirmation de l'existence de « normes jurisprudentielles » à la portée incertaine.

L'Assemblée plénière y a procédé, dans un litige concernant la réparation du préjudice d'anxiété d'un salarié exposé à l'amiante, par un arrêt du 2 avril 2021. Elle a jugé que « la prise en considération d'un changement de norme, tel un revirement de jurisprudence, tant qu'une décision irrévocable n'a pas mis un terme au litige, relève de l'office du juge auquel il incombe alors de réexaminer la situation à l'occasion de l'exercice d'une voie de recours<sup>60</sup> ». Concrètement, cela l'a conduite, en l'espèce, à nuancer la solution classique selon laquelle est irrecevable le pourvoi formé contre l'arrêt de renvoi qui s'est conformé à celui de cassation. Désormais, elle l'assortit d'une limite nouvelle consistant à admettre la recevabilité d'un moyen qui critique la décision par laquelle la juridiction de renvoi s'est conformée à la doctrine de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie lorsqu'est intervenu « un changement de norme » constitué par un revirement de jurisprudence. Selon la motivation enrichie de l'arrêt, la prise en considération de la nouvelle norme jurisprudentielle « participe de l'effectivité de l'accès au juge et assure une égalité de traitement entre des justiciables placés dans une situation équivalente en permettant à une partie à un litige qui n'a pas été tranché par une décision irrévocable de bénéficier de ce changement » ; « elle contribue tant à la cohérence juridique qu'à l'unité de la jurisprudence ».

Depuis, tant les formations civiles que la chambre criminelle ont fait application de cette nouvelle jurisprudence à quelques reprises<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> *Rapport sur la Cour de cassation 2030*, préc. Recommandation n° 4.

<sup>60</sup> Ass. Plén., 2 avr. 2021, n° 19-18.914, publié au Bulletin, *D.* 2021. 1164, note HAFTEL, B., *RTD civ.* (2021). 607, obs. DEUMIER, P., *JCP G* (2021). Doctr. 591, obs. MAYER, L., *Gaz. Pal.* 27 avr. (2021), n° 16. 44, note AMRANI-MEKKI, S.

<sup>61</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 13 janv. 2022, n° 20-11.927 et n° 20-11.971, non publiés, rendus en matière de saisie-attribution ; Crim., 4 janv. 2022, n° 20-84.029, non publié ; Crim., 4 janv. 2022, n° 20-84.023, non publié ; Crim., 11 août 2021, n° 84-11.591, non publié.

**23.** La portée de la solution est incertaine. S'agissant de la source des « normes » considérées, elle ne peut guère concerner que la jurisprudence elle-même. Un changement de la coutume ne peut intervenir que progressivement, par effet d'accumulation. Quant au changement de loi, il faudrait qu'il s'agisse d'une loi rétroactive ou interprétative. En revanche, la jurisprudence de la Cour de cassation est pleinement concernée puisqu'elle change par l'effet d'une seule décision. Mais le fondement et l'application du nouveau principe supposent que la jurisprudence soit qualifiée de « norme », ce qui met en cause sa place dans les sources du droit.

Pour ce qui concerne la nature des normes, les choses sont moins claires. L'emploi de la notion, plus répandue en doctrine, surtout en droit public, est extrêmement rare dans la motivation des décisions de justice. Elle a manifestement été choisie, de préférence à celle de règle à laquelle on l'oppose classiquement, pour exprimer l'absence d'effet contraignant de l'énoncé considéré. La solution contraire reviendrait en effet à reconnaître l'effet obligatoire, pour la formation de la Cour de cassation qui examinera le pourvoi déclaré exceptionnellement recevable, du revirement de jurisprudence. Cela contredirait l'interdiction des arrêts de règlement et la relativité de l'autorité de la chose jugée. L'Assemblée plénière n'enjoint d'ailleurs pas, à la chambre qui serait saisie d'un second pourvoi après un revirement de jurisprudence, d'appliquer la nouvelle norme qui en résulte. Elle lui demande seulement de la « prendre en considération ». C'est une formule neuve qui ne correspond à aucune notion connue du régime des règles ou des normes. La Cour de cassation ne la définit pas. Si l'on exclut, pour la raison précédemment indiquée, l'application obligatoire de la nouvelle « norme jurisprudentielle », la prise en considération ne peut désigner que son simple examen, son analyse, pour décider, au regard des circonstances de l'espèce et des changements qu'en provoquerait l'application, s'il convient finalement de la mettre en œuvre ou non. La jurisprudence se rangerait ainsi, dans la catégorie discutée du droit souple, au côté des avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation, des codes de bonne conduite..., ce qui est pour le moins curieux.

**24.** En pratique et en théorie cette nouvelle règle prétorienne de la recevabilité des pourvois contre les arrêts de renvoi s'étant conformés à l'arrêt de cassation aboutit donc à accroître la force normative de la jurisprudence. A nouveau, il n'y a rien d'étonnant puisque c'est le but globalement recherché par la Cour de cassation. Mais il ne faut pas essayer d'en minimiser les conséquences sur le système du droit civil et les artifices et les acrobaties (le recours à la notion de norme et, pire, à celle de prise en considération) sur lesquelles sa réalisation repose.

Cette lucidité doit aussi conduire à écarter une argumentation parfois développée pour sauver le droit civil en prétendant le retrouver sous le droit nouveau élaboré par la Cour ou, plus exactement, à mettre en œuvre le second en ayant recours au premier, sous sa forme ancienne. L'analyse concerne tous les aspects du droit civil que nous évoquons. S'agissant des formes et des sources, l'idée que l'on retrouverait, comme dans la Rome antique, la prévalence du cas sur la règle n'est pas convaincante. Certes, on décèle bien, dans la jurisprudence de la Cour et la motivation des arrêts, une contextualisation accrue, une concrétisation, qui consiste à se fonder, non sur la généralité et l'abstraction des énoncés « normatifs », mais sur l'application particulière à l'affaire jugée et sur ses conséquences précises pour les parties. Mais c'est un trompe-l'œil. Tout, dans la pratique actuelle de la Cour, tend à démontrer qu'elle n'entend pas concrétiser son contrôle à ce point : le maintien de la forme syllogistique du raisonnement judiciaire et l'application de l'enrichissement de la motivation sa majeure, la préservation de la distinction du fait et du droit, la révélation des normes jurisprudentielles... l'affirmation de son rôle normatif qui justifie ces mutations aussi, bien sûr.

La Cour de cassation ne restaure pas la justice des cas particuliers. Elle élabore et applique un système nouveau de droit civil (ré)interprété à la lumière des droits fondamentaux.

### 3. TENEUR ET ESPRIT DU DROIT CIVIL

**25.** La teneur du droit civil désigne d'abord son objet, c'est-à-dire les matières qui en relèvent, tel qu'il a été défini précédemment<sup>62</sup> ; par exemple, le mariage.

Mais elle englobe aussi le contenu de ce droit, autrement dit la manière dont ces questions sont traitées ; par exemple, le fait qu'après n'avoir été permis qu'entre personnes de sexes différents, le mariage est désormais autorisé entre personnes de même sexe (c. civ., art. 143, Loi du 17 mai 2013).

Avant d'examiner la manière dont la Cour de cassation les traite nouvellement et pour ne pas commettre d'erreur quant aux enseignements que l'on peut en tirer, il faut fixer quelques points qui constituent pour la plupart le rappel d'évidences.

**26.** Le premier est que si le droit civil a une chance de survivre à toutes les mutations, ou presque, c'est précisément en raison de son objet. Régissant, de manière concrète – les

<sup>62</sup> V. ss 5.

cas du droit romain – ou abstraite – les règles du droit contemporain – les réalités du monde sensible et immatériel – les personnes, les biens, les actions –, il ne risque pas d'être dépassé tant que ces réalités demeurent.

Peu importe de ce point de vue qu'elles changent, même de manière plus ou moins radicale, en raison de l'évolution des sciences et des techniques ou de celle des modes de vie ou de pensée. Lorsque l'on se demande aujourd'hui s'il est possible de personnifier des éléments de la nature (les animaux, un fleuve, une forêt primaire...) ou de la vie sociale (les générations futures, par exemple) afin de les protéger, c'est toujours par référence aux catégories du droit civil – les personnes et les choses, la personnalité juridique, les personnes morales et les personnes physiques – que l'on raisonne. En cela, le droit civil demeure jusqu'alors un modèle indépassable.

Pour qu'il en aille autrement, il faudrait une révolution anthropologique ou technique qui brouillerait les frontières entre les hommes et les choses et transformerait radicalement leurs interactions : par exemple que des hommes « augmentés » se singularisent des autres humains « ordinaires » et les dominent ou que des algorithmes prennent le pouvoir. Nous n'y sommes pas, même si l'intelligence artificielle suscite interrogations et fantasmes.

**27.** La seconde observation concerne le contenu du droit civil. Dans son évolution contemporaine, depuis la Révolution, la loi en constitue la source principale. C'est encore vrai aujourd'hui. Il existe bien des domaines, telle la responsabilité civile où, en raison de la sobriété du code de 1804 et de l'absence d'intervention législative globale postérieure, c'est la jurisprudence qui, par des règles authentiquement prétoriennes, fournit le droit positif. Mais pour l'essentiel, dans les autres matières du droit civil où elle ne jouit pas de pareille latitude, l'œuvre des juges est enfermée et limitée par la législation qui s'impose à eux. Dans les années mil neuf cent soixante-dix, il a fallu un réformateur ambitieux pour que le droit du divorce et celui de la filiation s'ouvrent aux transformations du mariage et de la parentalité. Plus tard, c'est aussi le législateur qui a fait place, dans le droit, aux formes nouvelles de conjugalité avec le pacte civil de solidarité et le « mariage pour tous » et qui a autorisé, dans la mesure évolutive qu'il a fixée, l'emploi des techniques de procréation médicalement assistée. La jurisprudence ne le pouvait pas.

Cela ne signifie pas que son rôle soit négligeable, comme le prouve, par exemple, son évolution sur la mention, à l'état civil, de la filiation des enfants nés d'une gestation pour

autrui pratiquée à l'étranger<sup>63</sup> ou son revirement sur la modification, à l'état civil, du sexe des personnes transgenre<sup>64</sup>, mais il est contraint. Comme la loi, mais avec d'autres moyens, la jurisprudence est confrontée à toutes les évolutions scientifiques, techniques, sociales ... des sociétés modernes.

**28.** Le troisième et dernier rappel concerne le constat généralement fait, à un haut degré de généralité, sur le droit civil contemporain. Outre son éparpillement et son manque de cohérence précédemment évoqués, il serait mu par deux tendances majeures : sa constitutionnalisation et sa fondamentalisation. Les deux sont sujettes à d'amples discussions concernant leur définition, leur étendue, leur portée, leur opportunité, leur bien-fondé... Nous partirons néanmoins d'elles en raison du point de repère courant qu'elles fournissent désormais.

### 3.1. *La constitutionnalisation du Droit civil*

**29.** La constitutionnalisation du droit civil est une notion ambiguë en raison de la polysémie de l'expression qui peut désigner deux phénomènes différents<sup>65</sup>.

Le premier consiste à donner valeur constitutionnelle à un principe ou à une règle. A cet égard, les appréciations concernant le droit civil sont contrastées parce qu'elles ne s'appliquent pas toujours à la même chose. Ainsi, une spécialiste du droit constitutionnel a-t-elle estimé que le phénomène ne concerne pas le code civil parce qu'aucun article n'a reçu l'onction et rejoint le bloc de constitutionnalité<sup>66</sup>. C'est exact s'agissant des textes mêmes du code dont parle l'auteur. Mais au-delà, il faut considérer les principes qu'ils expriment.

Ainsi, l'ancien article 1382 qui consacre la responsabilité pour faute n'a en effet pas acquis, en lui-même, de valeur constitutionnelle. Mais, en présentant la règle comme une suite nécessaire du principe que nul n'a le droit de nuire à autrui (Déclaration des droits de l'Homme de 1789, art. 4), le Conseil constitutionnel a conféré à cette responsabilité une valeur constitutionnelle<sup>67</sup> : toute faute dommageable appelle

<sup>63</sup> V. ss 16.

<sup>64</sup> Ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900, *Bull. ass. Plén.*, n° 13, *RTD civ.* 1993. 325, obs. HAUSER, J., *JCP G* (1993). II. 21991, concl. JEOL M. et note MEMETEAU, G., *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2007, n° 26-27.

<sup>65</sup> V. surtout ZOLLER, E., « Le code civil et la constitution », in *1804-2004 : le code civil, un passé, un présent, un avenir*, dir. Y. Lequette et L. Leveneur, Dalloz 2004, préc., p. 975.

<sup>66</sup> ZOLLER, E., *ibid.*

<sup>67</sup> Décision n° 99-419 DC, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16962, *JCP G* 2000. I. 280, n° 1, obs. VINEY, G.

réparation, en principe. Le Conseil a précisé par la suite que si la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme, cette exigence ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée<sup>68</sup>. La responsabilité du fait personnel peut donc être limitée par la loi, sans que celle-ci soit nécessairement anticonstitutionnelle.

La liberté contractuelle, énoncée depuis la réforme de 2016 par le nouvel article 1102, est traitée à peu près de la même manière. Après que certaines décisions lui ont reconnu plus ou moins nettement valeur constitutionnelle sur le fondement de la liberté d'entreprendre, elle en est désormais distinguée pour s'affirmer en tant que telle. Le Conseil y attache, au côté de la force obligatoire<sup>69</sup>, la faculté de choisir le cocontractant et celle de déterminer librement le contenu du contrat. À ces facultés, le législateur peut apporter des limitations, mais celles-ci doivent être, soit liées à des exigences constitutionnelles, soit justifiées par l'intérêt général. En outre, il ne doit pas en résulter des atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi<sup>70</sup>.

**30.** La responsabilité extracontractuelle pour faute et la liberté contractuelle illustrent ainsi le second sens de la constitutionnalisation du droit : la production d'effets directs des règles constitutionnelles sur l'application du droit dans les relations entre l'État et les individus ou dans les relations entre ces derniers du fait du jugement de la valeur constitutionnelle des textes appliqués. Ce second type de constitutionnalisation se manifeste dans toutes les matières du droit civil.

D'abord, dans celle où la valeur constitutionnelle de ses principes est la plus flagrante. Ainsi de la propriété privée consacrée par l'article 544 du code civil qui peut se fonder sur les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>71</sup> à laquelle renvoie le préambule de la Constitution. Elle a été consacrée par une décision du Conseil

<sup>68</sup> Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-522 DC, *JCP G* 2006. I. 111, n° 8, obs. STOFFEL-MUNCK, Ph.

<sup>69</sup> Protégée par le principe selon lequel il ne peut être porté atteinte aux contrats légalement conclus que pour un motif d'intérêt général suffisant.

<sup>70</sup> Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, *JORF* 16 juin 2013, p. 9976, *RTD civ.* (2013). 832, obs. BARBIER, H., *Constitutions* 2013. 400, obs. CASSARD-VALEMBOS, A-L., *JCP G* (2013), n° 37, 929, note GHESTIN, J., *RDC* (2013), 4. 1285, obs. PERES, C.

<sup>71</sup> Art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». Art. 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

rendue en matière de nationalisations<sup>72</sup>. Elle n'est cependant pas absolue : comme le suggère l'article 544, les pouvoirs du propriétaire connaissent des limites et la propriété doit être conciliée avec d'autres droits, par exemple le respect à l'intimité de la vie privée. Le législateur peut donc apporter des limitations au droit de propriété, à condition qu'elles ne soient pas d'une gravité telle que son sens et sa portée soient dénaturés<sup>73</sup>, qu'elles soient justifiées par un motif d'intérêt général et qu'elles ne soient pas disproportionnées par rapport au but poursuivi<sup>74</sup>. Le législateur peut aussi réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général<sup>75</sup>, ce qui ne constitue pas une privation de la propriété.

Mais le contrôle de constitutionnalité s'applique aussi dans des domaines du droit civil moins évidemment « constitutionnalisables ». Le Conseil a ainsi récemment jugé que l'incapacité de recevoir à titre gratuit des auxiliaires de vie à domicile instituée par l'article L. 116-4, I du Code de l'action sociale et des familles porte atteinte disproportionnée à l'objectif de protection qu'elle poursuit et qu'elle est donc contraire à la Constitution<sup>76</sup>. Cela s'explique par le fait que le Conseil développe une jurisprudence ambitieuse en donnant aux textes formant le bloc de constitutionnalité une portée très large.

**31.** Le résultat est qu'*a priori*, aucun texte de droit civil, dans le code et hors de celui-ci, n'échappe au contrôle de constitutionnalité. Ainsi, la protection constitutionnelle du droit de propriété a entraîné la soumission à ce contrôle de dispositions vénérables, élaborées à une époque où n'existaient aucun des textes composant le bloc de constitutionnalité et où les droits de l'homme étaient balbutiants. Il en a été ainsi par exemple de l'article 661 c. civ. prévoyant la cession forcée de la mitoyenneté, qui a été jugé ne pas méconnaître les articles 2 et 19 de la Déclaration des droits de l'homme<sup>77</sup>.

Outre le droit des contrats, celui de la responsabilité et le droit des biens précédemment évoqués, il existe une abondante jurisprudence en droit des personnes et de la famille.

<sup>72</sup> Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, *Nationalisations, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, par L. Favoreu et L. Philip, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd., 2022, n° 34.

<sup>73</sup> V. par ex. : Cons. const., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, *JORF* juillet 1998, p. 11710, à propos de l'obligation faite à un créancier poursuivant d'acquiescer à un prix qu'il n'a pas fixé en l'absence d'enchérisseur.

<sup>74</sup> Au sein d'une abondante jurisprudence, v. par ex. : Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC, *RTD com.* 2012, 188, obs. A. martin-Serf.

<sup>75</sup> V. par ex. : Civ. 2<sup>e</sup>, 2 juin 2022, n° 21-16.072, publié au Bulletin.

<sup>76</sup> Cons. const., 12 mars 2021, n° 2020-888 QPC, *D.* 2021. 750, note REBOUL-MAUPIN, N. *RTD civ.* (2021). 464, obs. GRIMALDI, M. et 385, obs. LEROYER, A-M., *JCP G* (2021). Act. 541, note HOUSSIER, J. et GUILLAUME, C.

<sup>77</sup> Cons. const., 12 nov. 2010, n° 2010-60 QPC, *JORF* 13 nov. 2010, page 20237, texte n° 92.

**32.** Dans le premier domaine, le Conseil a notamment jugé conforme à la Constitution l'article 82 de la loi du 21 janvier 2016 supprimant le délai d'une semaine entre la demande de la femme d'interrompre sa grossesse et la confirmation écrite de cette demande. Selon lui, le texte n'a pas rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789, dès lors que l'article L. 2212-5 du code de la santé publique résultant de cette loi fait obstacle à ce que la demande d'interruption de grossesse et sa confirmation écrite interviennent au cours d'une seule et même consultation<sup>78</sup>.

A également été jugée conforme à la Constitution la disposition de l'article 16-11 du code civil qui interdit l'identification par empreintes génétiques d'une personne décédée en vue d'établir une filiation, notamment parce qu'elle ne porte pas atteinte au principe d'égalité devant la loi<sup>79</sup>. De longue date, le Conseil juge que la liberté personnelle consacrée par l'article 2 DDH implique le respect de la vie privée<sup>80</sup> mais que celui-ci doit être concilié avec d'autres droits et libertés, particulièrement avec la liberté d'expression<sup>81</sup>...

**33.** Les jugements de constitutionnalité sont également nombreux en droit de la famille.

L'importante décision du 9 novembre 1999 relative à la loi instaurant le pacte civil de solidarité<sup>82</sup> a jugé, notamment, que les dispositions prohibant la conclusion d'un pacte en raison d'un lien de parenté ou d'alliance ne méconnaissent, ni les exigences du principe d'égalité, ni celles découlant de la liberté définie à l'article 4 DDH. Celles relatives à la rupture unilatérale du pacte par l'un des partenaires ne sont contraires ni au principe de la dignité de la personne humaine, ni à aucun autre principe à valeur constitutionnelle (notamment pas à la faculté d'agir en responsabilité contre l'auteur d'une faute). L'indivision instaurée sur les biens acquis à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte ne portent atteinte, ni au droit de propriété des partenaires, ni à celui de leurs créanciers...

<sup>78</sup> Cons. const., 21 janv. 2016, n° 2015-727 DC, *JORF* n°0022 27 janv. 2016, texte n° 2.

<sup>79</sup> Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, *JORF* 1<sup>er</sup> oct. 2011, p. 16528, texte n° 110.

<sup>80</sup> Sur le principe : Cons. const., 23 juil. 1999, n° 99-416 DC, *JORF* 28 juill. 1999, p. 11250.

<sup>81</sup> V. ss 16.

<sup>82</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16962.

Le Conseil considère également que la subordination du divorce à la constitution d'une garantie de paiement par l'époux débiteur d'une prestation compensatoire (c. civ., art. 274) ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de mettre fin au mariage<sup>83</sup>, que la suppression de l'audience de conciliation obligatoire dans la procédure de divorce sans consentement mutuel ne porte d'atteinte, ni à l'intérêt de l'enfant, ni au droit de mener une vie familiale normale<sup>84</sup>... En revanche, l'exclusion du calcul de la prestation compensatoire des sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail ou de la compensation du handicap (c. civ., art. 272) a été jugée contraire à la Constitution en ce qu'elle méconnaît l'égalité devant la loi<sup>85</sup>. Quant à la constitutionnalité du texte permettant l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire (c. civ., art. 274), elle n'a été admise qu'au prix d'une réserve d'interprétation du Conseil qui en fait une modalité seulement subsidiaire ne pouvant être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les modalités ordinaires prévues n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation<sup>86</sup>.

**34.** Cette jurisprudence, dont les exemples précités ne donnent qu'une vue faible, est celle du Conseil constitutionnel, ce qui nous éloigne à première vue du sujet. Cela s'explique parce qu'en droit français, seul le Conseil est compétent pour juger de la constitutionnalité des lois. Cependant, il peut le faire par deux voies différentes dont la seconde ramène au cœur de l'étude.

La procédure classique est celle du contrôle *a priori* consistant à soumettre la loi au Conseil, avant sa promulgation, sur la saisine du Président de la République, du Premier ministre, du président de l'Assemblée nationale, de celui du Sénat, ou encore par soixante députés ou soixante sénateurs (Constitution, art. 61, al. 2). Le rôle de cette procédure dans la constitutionnalisation du droit civil n'est pas négligeable comme le prouve certaines des décisions précédemment évoquées<sup>87</sup>. Il est néanmoins sans commune mesure avec celui de la seconde procédure introduite par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010 : la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Celle-ci permet à toute personne de contester, devant toute juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, à l'exception de la Cour d'assises, la constitutionnalité des dispositions d'une loi déjà promulguée en ce qu'elles porteraient

<sup>83</sup> Cons. const., 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC, *JORF* n° 0177 31 juill. 2016, texte n° 34.

<sup>84</sup> Cons. const., 21 mars 2019 n° 2019-778 DC, *JORF* n° 0071 24 mars 2019, texte n° 4,

<sup>85</sup> Cons. const., 2 juin 2014, n° 2014-398 QPC, *JORF* 4 juin 2014, p. 9308, texte n° 120.

<sup>86</sup> Cons. const. 13 juillet 2011 n° 2011-151, *JORF* 14 juill. 2011, p. 12250, texte n° 83.

<sup>87</sup> Celles dont la référence ne comporte pas l'indication « QPC » ou sont signalées par « DC ».

atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Il n'appartient pas à la juridiction du fond devant laquelle la question est soulevée de se prononcer sur la constitutionnalité du texte ; seul le Conseil constitutionnel peut le faire. Il conserve le monopole du contrôle de la constitutionnalité, ce qui évite (en théorie) les divergences d'interprétation. Cette juridiction ne peut même pas saisir directement le Conseil constitutionnel. Elle doit décider de la transmission ou non de la question à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, selon l'ordre juridictionnel auquel elle appartient. Ces juridictions suprêmes dans leur ordre décident à leur tour de saisir ou non le Conseil de la question<sup>88</sup>. Le renvoi doit être ordonné lorsque la disposition critiquée est applicable au litige, qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux (Loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, art. 23-4).

Le texte confie donc à la Cour de cassation une mission essentielle de filtrage dont elle a su se saisir pour accroître son rôle normatif quitte à empiéter parfois sur celle du Conseil constitutionnel et sur le contrôle de la constitutionnalité des lois<sup>89</sup>.

**35.** Quelques exemples puisés dans la jurisprudence « QPC » récente de la Cour de cassation démontrent en effet que les conditions dans lesquelles la question doit être transmise au Conseil ne limitent guère sa liberté d'appréciation et qu'elle en use pour éviter les saisines qu'elle ne juge pas opportunes, notamment quand il s'agit de préserver sa propre jurisprudence<sup>90</sup>.

La Cour de cassation juge ainsi de manière constante, pour ordonner la démolition de constructions empiétant sur le terrain d'autrui, que la défense du droit de propriété ne peut dégénérer en abus. Contrairement à la doctrine dominante et à de nombreux juges du fond, la Cour de cassation refuse de prendre en considération les intérêts respectifs du demandeur et du défendeur et les conséquences de la démolition. La constitutionnalité de cette jurisprudence a été contestée par des plaideurs voulant

<sup>88</sup> Elles considèrent qu'après des tâtonnements ayant parfois conduit à des divergences, elles pratiquent désormais, au fond, le filtrage de la même manière : *Rapport du groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité*.

<sup>89</sup> V. not.: BALLOT-SURASKI, C., L'influence de la réforme QPC sur l'évolution de l'office de la Cour de cassation, *D.* 2023. 608.

<sup>90</sup> Après avoir, dans un premier temps, refusé de soumettre la jurisprudence au contrôle de constitutionnalité, la Cour de cassation s'est rangée à la position du Conseil constitutionnel qui a jugé que tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité « de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » : Cons. const., n° 2011-120 QPC du 8 avr. 2011, *RTD civ.* 2011. 495, obs. DEUMIER, P. La décision a joué un rôle essentiel dans la reconnaissance du pouvoir normatif de la Cour de cassation.

soumettre au Conseil constitutionnel la question de savoir si « l'article 545 du Code civil, tel qu'interprété par une jurisprudence constante de la cour de cassation... méconnaît... les articles 2, et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, garantissant le droit de propriété, le droit au respect de la vie privée et du domicile et le principe selon lequel la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

La Cour de cassation a refusé de transmettre la question, considérant qu'elle n'était ni nouvelle ni sérieuse, au motif, notamment que « la défense du droit de propriété, défini par l'article 544 du Code civil comme le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements, n'est pas susceptible de dégénérer en abus de droit ». Autrement dit, si la demande de démolition ne peut pas dégénérer en abus de droit, c'est parce que la défense du droit de propriété ne peut pas dégénérer en abus de droit... C'est le fondement avancé par la Cour de cassation elle-même au soutien de sa jurisprudence. Elle refuse donc, par ce biais, le contrôle de sa propre jurisprudence qu'elle estime conforme à la Constitution.

**36.** Au contraire, la chambre criminelle a accepté de transmettre au Conseil la question de savoir si la condition de cohabitation énoncée par le code civil (art. 1242 al. 4) pour engager la responsabilité civile des parents pour un dommage causé par un enfant mineur, telle qu'appliquée par la Cour de cassation comme attribuant la responsabilité de plein droit, en cas de divorce, au seul parent chez lequel la résidence habituelle de l'enfant a été fixée, quand bien même l'autre parent, bénéficiaire d'un droit de visite et d'hébergement, exercerait conjointement l'autorité parentale, ne porterait pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale et à l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant résultant des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi qu'au respect de la vie privée garanti à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

Les parties ont aussi demandé si ces dispositions ne méconnaîtraient pas le principe d'égalité devant la loi consacrée par l'article 6 de la Déclaration, en ce qu'elles encouragent le parent non cohabitant à se soustraire à son obligation de pourvoir au développement de l'enfant auteur du dommage et qu'elles imputent au parent cohabitant une charge financière inéquitable. La question a été jugée sérieuse par la chambre criminelle en ce que la disposition contestée est susceptible de porter atteinte

au principe d'égalité, en conférant à l'un d'eux un droit qui n'est pas assorti des mêmes devoirs. Elle l'a donc transmise au Conseil constitutionnel<sup>91</sup>.

Il s'agissait donc, à nouveau, de contrôler la constitutionnalité d'un texte tel qu'interprété par la Cour de cassation elle-même et, cette fois, la question est transmise. Mais elle l'est par la chambre criminelle alors que la jurisprudence considérée est essentiellement celle de la deuxième chambre civile. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il y a une divergence entre elles parce que la seconde formation citée n'a pas vraiment le choix, compte tenu des textes, et parce qu'elle doute certainement autant, au fond, comme une grande partie de la doctrine, de l'opportunité du maintien de la condition de cohabitation dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs.

Le texte, plus précisément la locution « habitant avec eux », a finalement été déclaré conforme à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel du 21 avril 2023<sup>92</sup>.

**37.** L'un des moyens employés par la Cour de cassation pour éviter de renvoyer une question prioritaire au Conseil constitutionnel est de donner elle-même, du texte incriminé, une interprétation qu'elle juge conforme à la Constitution.

Par exemple, a été soumise à la troisième chambre civile la question de savoir si l'article 60 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004 donnant aux associations syndicales de propriétaires constituées antérieurement à son entrée en vigueur, un délai de deux ans pour se mettre en conformité avec elle, sanctionné, selon une jurisprudence constante, par la perte du droit d'agir en justice desdites associations, n'est pas contraire au droit à un recours juridictionnel effectif découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme. La Cour a refusé la transmission au Conseil, en jugeant la question non sérieuse, après avoir précisé que les associations non régularisées à temps peuvent recouvrer leur droit d'ester en justice en accomplissant, même après l'expiration du délai

<sup>91</sup> Crim. 14 févr. 2023, n° 22-84.760, non publié.

<sup>92</sup> N° 2023-1045 QPC, D. 2023. 1787, note BLEUSEZ, M., *AJ fam.* (2023). 338, obs. HENRY, X., *RTD civ.* (2023). 602, obs. LEROYER, A.-M. Le Conseil considère notamment que l'inégalité de traitement des parents est fondée sur une disparité des situations, le parent chez lequel la résidence habituelle de l'enfant a été fixée ne se trouve pas placé dans la même situation que l'autre parent et que cette différence est en rapport avec l'objet de la loi qui est de déterminer la personne tenue de répondre sans faute du dommage causé par un enfant mineur afin de garantir l'indemnisation du préjudice subi par la victime. Il ajoute, dans une incidente que le texte ne méconnaît pas non plus l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, le droit au respect de la vie privée ou le droit de mener une vie familiale normale, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit. La décision affirme beaucoup plus qu'elle ne démontre.

prévu par l'article 60, les mesures de publicité prévues par l'article 8 de ladite ordonnance<sup>93</sup>.

Parfois la Cour invoque même une interprétation des textes conforme à la Constitution par pure affirmation, sans aucunement le justifier<sup>94</sup>. Sans aller jusque-là, la motivation des décisions QPC est souvent assez sommaire et, quitte à développer l'enrichissement de la motivation, la Cour de cassation devrait l'appliquer ici.

En statuant de la sorte sur les questions prioritaires de constitutionnalité, la Cour de cassation ne sort apparemment pas de son rôle traditionnel puisqu'elle ne fait qu'interpréter la loi. Par ailleurs, elle en assure la constitutionnalité à moindre frais puisqu'elle évite la saisine du Conseil constitutionnel. Mais, d'une certaine manière, elle anticipe sur l'appréciation de la constitutionnalité puisque le jugement de conformité suppose que la Cour de cassation décide elle-même ce que la Constitution implique concernant le principe ou l'objectif à valeur constitutionnelle invoqué.

Bien qu'une partie de la doctrine considère le procédé conforme à la procédure de la QPC, cette interprétation constitue un « pré-jugement » de constitutionnalité qui empiète sur la compétence du Conseil, renforce le pouvoir normatif de la Cour et la met en concurrence avec lui dans l'interprétation et l'application de la Constitution.

Au-delà de ces premières observations, la portée, sur le droit civil, du contrôle de constitutionnalité réalisé par la Cour de cassation paraît nuancée.

**38.** D'un premier point de vue, il apparaît que, même s'il y a beaucoup plus de QPC dirigés contre les textes du code pénal ou de celui de procédure pénale, aucune règle n'est immunisée contre ce contrôle, sauf, en raison de son régime, celles qui ont déjà été déclarées conformes à la Constitution. Tout dépend de l'imagination des parties et de leurs conseils.

<sup>93</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 13 févr. 2024, n° 13-22.383, *Bull. civ.* III, n° 22.

<sup>94</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 2012, n° 12-40.028, non publié, refusant de transmettre la question de savoir si les articles 237 et 238 c. civ. interprétés de façon constante par la Cour de cassation qui, inversant l'ordre des critères légaux, tirerait de l'existence d'une séparation de deux ans portant atteinte aux droits de la défense, tels qu'établis par l'article 6 DDH. La Cour juge que la question ne présente pas un caractère sérieux dès lors qu'il ne résulte ni des textes, ni de l'interprétation que la jurisprudence de la Cour de cassation en donne que ceux-ci institueraient une présomption quasiment irréfragable de cessation de vie commune tant matérielle qu'affective, privant le défendeur de tout moyen effectif de défense.

Au regard de la jurisprudence la plus récente, on constate ainsi que des QPC ont été dirigées : en droit des successions, contre les règles du rapport des libéralités en cas d'aliénation du bien donné (c. civ., art. 860, al. 2)<sup>95</sup> et celles du délai de l'action des copartageants contre la succession (c. civ., art. 1746, 864 et 865)<sup>96</sup>; en droit des régimes matrimoniaux contre le risque, pour un époux, de voir un bien immobilier à usage d'habitation lui appartenant saisi et vendu sur des poursuites engagées par des créanciers contre son conjoint (c. civ., art. 1413)<sup>97</sup>; en droit des contrats, contre la règle du régime des baux d'habitation (Loi du 6 juillet 1989, art. 15-III, al. 1<sup>er</sup>) qui, en substance, interdit en principe au propriétaire de moins de 65 ans désireux de reprendre le logement loué à un locataire âgé de plus de 65 ans et doté de faibles ressources de le faire sans qu'un logement correspondant à ses besoins et à ses possibilités lui soit offert dans les limites géographiques proches<sup>98</sup>...

La Cour devra prochainement se prononcer sur la constitutionnalité des articles 1240 nouveau et 1382 ancien du code civil, tels qu'interprétés par elle<sup>99</sup>, qui permettent au juge d'évaluer les dommages et intérêts alloués à la victime d'un acte de concurrence déloyale en se fondant sur l'avantage indu retiré par l'auteur lorsque le dommage subi est difficile à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées<sup>100</sup>. Elle devra également le faire s'agissant de l'obligation faite aux couples de femmes ayant recours à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur de procéder à une reconnaissance conjointe anticipée pour établir la filiation à l'égard de la femme qui n'accouche pas de l'enfant (c. civ., art. 342-11)<sup>101</sup> ou pour ce qui concerne l'exclusion des logements-foyers de la réglementation des baux d'habitation (L. 6 juillet 1989, art. 2)<sup>102</sup>...

<sup>95</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 févr. 2024, n° 23-19.059, publié au Bulletin (non renvoi; question non nouvelle et ne présentant pas un caractère sérieux).

<sup>96</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janv. 2024, n° 23-40.015, publié au Bulletin, (non renvoi; question non nouvelle et ne présentant pas un caractère sérieux).

<sup>97</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 2024, n° 23-18.056, publié au Bulletin (non renvoi; question non nouvelle et ne présentant pas un caractère sérieux).

<sup>98</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 30 mars 2023, n° 22-21.763, publié au Bulletin. Cette question jugée sérieuse a été renvoyée au Conseil constitutionnel qui a considéré que le texte ne contient pas une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de protection des locataires âgés dotés de faibles ressources qui met en œuvre l'objectif à valeur constitutionnelle de possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent (Cons. const., 26 mai 2023, n° 2023-1050 QPC).

<sup>99</sup> Com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, publié au Bulletin, *D.* 2020. 1086, note BORGHETTI, J-S. *RTD civ.* (2020). 391, obs. BARBIER, H. et 401, obs. JOURDAIN, P., *RTD com.* (2020). 313, obs. CHAGNY, M., *RDC* (2020), 1. 36, obs. PELLET, S.

<sup>100</sup> Saisine du 7 mars 2024, pourvoi contre CA Paris, 4 oct. 2023, n° 23-22.122.

<sup>101</sup> Saisine du 19 février 2024, pourvoi contre TJ Créteil, 16 janv. 2024, n° 24-40.001.

<sup>102</sup> Saisine du 2 février 2024, pourvoi contre CA Versailles, 4 juill. 2023, n° 23-21.590.

Si l'on remonte un peu dans le temps, on trouve des QPC sur d'autres questions importantes du droit civil. Par exemple, celle concernant l'interdiction de l'établissement de la filiation après le placement de l'enfant en vue de l'adoption transmise au Conseil par un arrêt de la première chambre civile du 20 novembre 2019<sup>103</sup> ou, à l'inverse, celle non renvoyée par la même formation tendant à faire juger inconstitutionnel le texte instaurant l'action en recherche de paternité (c. civ. art. 327) en ce qu'il empêcherait tout homme géniteur de se soustraire à une paternité non désirée<sup>104</sup>...

Les nouveaux textes du code civil issus de la réforme du droit des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016 ont aussi fait l'objet de QPC. Par un arrêt du 17 octobre 2019, la troisième chambre civile a refusé de renvoyer au Conseil la question de savoir si l'exécution forcée des promesses unilatérales de contrat prévue par le nouvel article 1124 du code civil ne viole pas le principe de la liberté contractuelle. La Cour a jugé la question non sérieuse parce que, selon le texte, dans une promesse unilatérale de vente, le promettant donne son consentement à un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire<sup>105</sup>. Au contraire, la chambre commerciale a transmis au Conseil la question de savoir si l'article L. 211-40-1 du code monétaire et financier, en ce qu'il exclut l'application du nouvel article 1195 relatif à l'imprévision aux obligations résultant de certains contrats financiers ne viole pas le principe d'égalité devant la loi<sup>106</sup>. Le Conseil constitutionnel a finalement jugé qu'il n'en est rien parce qu'il existe une différence

<sup>103</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 nov. 2019, n° 19-15.921, publié au Bulletin, *Dr. famille* 2020, comm. 26, FULCHIRON, H. Le texte a été déclaré conforme à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel du 7 février 2020 (n° 2019-826 QPC, JORF n° 0033 8 févr. 2020, texte n° 90, *Dr. famille* 2020, comm. 69, L. de Saint-Pern) dans laquelle celui-ci juge notamment qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la conciliation qu'il y a lieu d'opérer, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, entre le droit des parents de naissance de mener une vie familiale normale et l'objectif de favoriser l'adoption de cet enfant, dès lors que cette conciliation n'est pas manifestement déséquilibrée. En conséquence, la Cour de cassation statuant après casse l'arrêt des juges du fond pour ne pas avoir recherché si les décisions d'irrecevabilité de l'action du père prétendu ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale (civ. 1<sup>re</sup>, 27 janv. 2021, n°s 19-15.921, 19-24.608 et 20-14.012, publié au Bulletin).

<sup>104</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2013, n° 13-40.001, non publié (absence de caractère sérieux au regard du principe d'égalité entre hommes et femmes dès lors que la maternité hors mariage peut-elle-même être recherchée).

<sup>105</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 17 oct. 2019, n° 19-40.028 QPC, *D.* 2020. 353, obs. MEKKI, M., *RTD civ.* (2019). 851, obs. Barbier, H., *AJDI* (2020). 386, obs. COHET, F., *AJ contrat* (2019). 550, note LAGELEE-HEYMANN, M., *JCP G* (2019), n° 50, doct. 1308, obs. HOUTCIEFF, D., *JCP G* (2020), n° 15, 446, obs. NAJJAR, I. Le demandeur soutenait aussi que le texte porte atteinte au droit de propriété garanti par l'article 17. La question est également jugée non sérieuse, pour la même raison.

<sup>106</sup> Com., 15 mars 2023, n° 22-40.023, inédit, *RTD com.* 2023, 411, obs. RONTCHEVSKY, N.

objective de situation qui peut justifier un traitement différencié des contrats financiers qui intègrent nécessairement un risque d'évolution imprévisible de leur valorisation<sup>107</sup>.

**39.** Mais, à un second égard, si tout le droit civil est *a priori* concerné, le rendement de ce que l'on peut appeler l'exception d'inconstitutionnalité se révèle particulièrement faible, et cela doublement comme le suggèrent les décisions précédemment citées sur les nouveaux textes de droit des contrats<sup>108</sup>.

Le premier sas est le filtrage réalisé par la Cour de cassation. En 2018, le bilan quantitatif dressé sur les huit premières années de la QPC faisait apparaître que, sur les un peu plus de 3000 décisions rendues par la Cour sur la QPC, le taux de renvoi au Conseil constitutionnel par les chambres civiles avait baissé en tendance de 25 % en 2011 à 12% en 2017 alors que le taux de renvoi en matière pénale variait sensiblement selon les années (environ 10 % en 2011, 4% en 2012 et 2013, 18 % en 2016, pour se situer à 10% en 2017). Plus récemment, les rapports d'activité et les lettres de rentrée de la Cour de cassation indiquent notamment les chiffres suivants : pour 2021, 19% de renvois ; pour 2022, 12% ; pour 2023, 20,6%. S'il existe donc une augmentation sensible pour la dernière année observable, le taux de renvoi demeure quand même faible.

Le rendement de la QPC est ensuite réduit dans la phase de jugement par le Conseil constitutionnel. Ses statistiques, disponibles sur son site Internet, révèlent que du 1<sup>er</sup> mars 2010 au 31 décembre 2023, sur les 1088 questions qui lui ont été transmises – 481 par le Conseil d'État, 607 par la Cour de cassation –, 66,3% ont débouché sur une décision de conformité, 8,2% sur une non-conformité partielle et 22,4% sur une non-conformité totale. Pour la période du 14 avril 2010, date de la première saisine du Conseil, au 29 février 2024, « QPC 360° », le portail de la question prioritaire de constitutionnalité livre cependant des taux légèrement différents : 54% de conformité, 35 % de non-conformité, 11% de conformité avec réserves.

S'agissant plus précisément des renvois effectués par la Cour de cassation, ces taux sont respectivement de 53,6%, 36,3% et 10,1%. Le Conseil ne livre pas ces informations par matière. Mais il indique le pourcentage de décisions qu'il a rendues dans chacune d'elles. Il en ressort que le droit civil est celle qui lui est le moins soumise : selon sa nomenclature,

<sup>107</sup> Cons. Const., 26 mai 2023, n° 2023-1049 QPC, *JORF* n°0233 du 7 octobre 2022, texte n° 78, *RTD com.* (2023). 411, obs. RONTCHEVSKY, N. et 685, obs. MOURY, J., *Rev. soc.* (2023), 514, obs. FAGES, B., *JCP E* (2023), 1301 obs. DONDERO, B., *RDC* (2023), 4. 42, obs. HEINICH, J.

<sup>108</sup> Au préalable, il faut noter que le nombre de pourvois qui soulèvent une question prioritaire de constitutionnalité est tout à fait marginal dans l'ensemble : par exemple, en matière civile, en 2020, 139 pourvois sur 14340 (soit un peu plus de 0,90%) et, en 2021, 114 sur 15209 (près de 0,75%).

4,5% en « civil » contre 23,2% en « pénal », 16,2° en « social », 25,4% en « affaires publiques », 9,5% en « économie », 4,8% en « environnement » et 16,4% en « fiscalité ». On ne peut rien tirer de cette proportion quant aux taux de rejet et de renvoi des questions en matière civile, mais on sait au moins que ce n'est pas elle qui fournit le gros contingent du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Une autre façon de le constater se trouve dans le nombre des décisions par matières : sans entrer dans le détail, 49 pour le « civil » sur un total de 1079 !

En cherchant plus, on trouve quand même des taux par matière, mais ils sont un peu datés. Livrés dans le dossier « QPC 2020 », couvrant la période 2010-2020, ils font apparaître que c'est le « droit civil » qui détient le plus fort taux de conformité totale ou partielle : 85% contre un peu plus de 60% pour le droit pénal et un peu plus de 70% pour le droit social, par exemple.

A défaut de chiffres plus précis que l'on pourrait croiser par année ou sur une période, il apparaît quand même que le droit civil, qui donne lieu à moins de saisines du Conseil constitutionnel, est le domaine où les textes soumis à la critique sont le plus jugés conformes à la Constitution.

**40.** Les raisons de cette singularité du droit civil restent à approfondir. On pressent néanmoins qu'elles doivent se trouver des deux côtés du contrôle de constitutionnalité : son objet, le droit civil en l'occurrence ; son étalon : la Constitution.

S'agissant de cette dernière, malgré l'extension considérable que le Conseil lui a donné en inventant le « bloc constitutionnalité<sup>109</sup> » et en dépit de la portée très vaste reconnue par lui, au-delà des prévisions des constituants, aux droits et libertés évoqués par les textes, ceux-ci, qu'ils soient substantiels ou procéduraux, concernent des types de rapports collectifs différents, dans l'ensemble, de ceux régis par le droit civil.

Il existe cependant des exceptions notables concernant, par exemple, l'égalité devant la loi, le droit de propriété, la liberté contractuelle, la responsabilité pour faute, la dignité de la personne humaine... Lorsque ces droits et libertés rencontrent le droit civil, c'est l'esprit général des textes qui peut tenir la sanction de l'inconstitutionnalité à distance, si l'on veut bien admettre que le droit civil est libéral, qu'il promeut la liberté dans les

<sup>109</sup> Il comprend, au côté de la Constitution de 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les « principes particulièrement nécessaires à notre temps » et les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » énoncés dans le préambule de la Constitution de 1946 ainsi que les « principes de valeur constitutionnelle » trouvés dans sa propre jurisprudence.

relations privées. Mais la liberté des uns (celle du propriétaire, du contractant, des époux...) doit se concilier avec celles des autres (l'occupant de l'immeuble, le consommateur, l'autre époux...) et il existe des législations interventionnistes promouvant des intérêts collectifs. Dans l'équilibre toujours recommencé, les principes constitutionnels peuvent parfois servir de guide.

**41.** Si la question prioritaire de constitutionnalité, telle qu'elle est pratiquée par la Cour de cassation, n'est donc pas de nature à bouleverser le droit civil, on aurait pourtant grand tort de considérer son rôle comme négligeable dans l'évolution de ce dernier au seul vu des données quantitatives. Il y a d'autres raisons de la juger importante.

D'abord, comme nous l'avons déjà indiqué, elle renforce le pouvoir normatif de la Cour de cassation en en faisant un autre juge de la constitutionnalité de la loi, au-delà des apparences du régime de la QPC. Elle habitue ainsi les esprits à ce que le juge ordinaire juge la loi, ce qui n'est pas sa mission.

Ensuite, elle fournit de ce jugement un critère unique, au-delà de la grande diversité de ses incarnations, et étranger au droit civil : la sauvegarde des droits et des libertés fondamentaux.

Enfin, elle le fait avec une méthodologie et des instruments pareillement extravagants, au sens propre, pour le droit civil : la notion de droits fondamentaux, justement, leur conciliation, la proportionnalité... Autrement dit, la fondamentalisation du droit.

### *3.2. La fondamentalisation du droit civil*

**42.** Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitue en effet l'une des deux sources de l'autre mutation majeure du droit civil français contemporain : sa fondamentalisation.

Globalement, le néologisme décrit la pénétration des droits et des libertés fondamentaux dans les matières qui relèvent traditionnellement du droit civil. Le phénomène ne lui est pas non plus propre ; il s'étend à tout le droit privé et au droit public. Mais il constitue un débordement, une colonisation particulièrement significative à son égard puisqu'on y voit un système originellement conçu pour les relations entre les personnes privées et l'État pénétrer le domaine réservé, depuis l'époque moderne, aux rapports entre les personnes privées et les biens et les personnes privées entre elles. Les chiffres précédemment indiqués révèlent quand même une certaine résistance à la fondamentalisation de source constitutionnelle puisqu'il est moins soumis, avec le moins de risque d'échec, à la question prioritaire de constitutionnalité.

Mais il existe une seconde source de fondamentalisation, quantitativement et théoriquement plus importante que la constitutionnalisation : le contrôle de la conventionnalité de la loi opéré au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La compétence du juge judiciaire pour l'application de la Convention n'est pas récente. La Cour de cassation a déclaré dès la fin des années mil neuf cent soixante dix que la Convention ratifiée « a force de loi en France<sup>110</sup> ». Elle a été confortée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il a décliné sa propre compétence en jugeant, beaucoup plus récemment, que « l'autorité qui s'attache à ses décisions » ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir (les) engagements (internationaux de la France) sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution<sup>111</sup> ». La Convention européenne n'a en effet pas seulement « force de loi » ; elle a une autorité supérieure à la sienne en vertu de l'article 55 de la Constitution.

Depuis la fin du XX<sup>e</sup> siècle, le contrôle de conventionnalité s'est considérablement développé et aucun des textes du droit civil, dans le code et hors de celui-ci, comme leur interprétation jurisprudentielle n'y échappent. Pour les parties et leurs conseils, c'est un argument supplémentaire pour soutenir leurs prétentions. Pour la Cour de cassation, il s'agit encore une fois, en répondant à ces demandes, d'affirmer son rôle normatif en évitant les condamnations ultérieures de la France par la Cour européenne des droits de l'homme.

**43.** Malgré des incertitudes concernant leur signification exacte, il est usuel de distinguer deux types de contrôle<sup>112</sup>.

Le contrôle de conventionnalité *in abstracto* porte sur le texte lui-même dont il s'agit d'apprécier la conformité aux principes énoncés par la Convention. Un jugement négatif conduit à en écarter l'application dans toute affaire invoquant le texte. Compte-tenu de la portée normative de la décision qui conduit à évincer le texte, la Cour de cassation

<sup>110</sup> Crim., 30 juin 1976, n° 75-93.296, *Bull. crim.*, n° 236.

<sup>111</sup> Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *JORF* 13 mai 2010, p. 8897, texte n° 2.

<sup>112</sup> V. not. Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, 16 oct. 2020, disponible sur le site Internet de la Cour de cassation. Les critères de distinction et sa portée sont discutés : REGIS, N., « En quels sens peut-on dire du contrôle de conventionnalité mis en œuvre par la Cour de cassation qu'il est abstrait ou concret ? », *Justice et cassation* (2023), 575.

exerce alors un « contrôle lourd » consistant à vérifier que les juges du fond ont fait une exacte application de la loi, c'est-à-dire, en l'occurrence, de la Convention<sup>113</sup>.

Au contraire, le contrôle de conventionnalité *in concreto* ne porte pas sur la règle de droit elle-même, dont la conformité à la Convention n'est pas contestée ou est acquise, mais uniquement sur son application à l'espèce en voie d'être jugée « qui fait naître un conflit au regard des droits et des principes conventionnels » ou qui porte une atteinte excessive à des droits fondamentaux. Selon des critères variables à préciser et en fonction des circonstances de l'affaire, le contrôle peut être lourd ou léger, se contentant dans le second cas de vérifier la rectitude du raisonnement des juges du fond<sup>114</sup>.

Le contrôle concret de conventionnalité suscite de nombreuses objections et alimente une assez vive controverse. Il lui est reproché, entre autres, de porter lui-même atteinte à des principes fondamentaux, telle que l'égalité devant la loi, la sécurité juridique et la prévisibilité du droit. Il a pourtant été inauguré par un arrêt retentissant de la première chambre civile du 4 décembre 2013<sup>115</sup>. Celui-ci casse une décision qui avait reconnu l'intérêt à agir d'un fils en nullité du mariage contracté par son père avec sa bru, l'ex-femme du demandeur, donc, (C. civ., art. 161). Le motif est que la nullité constituait à l'égard de cette dernière une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que le mariage avait été célébré sans opposition et que l'union avait duré plus de vingt ans. La décision a suscité de vives réactions<sup>116</sup>. Rendue au seul visa de l'article 8 de la CEDH, elle ne comporte aucune interprétation ni même d'éviction, sur le fondement d'une règle supérieure, du texte du code civil dont la légalité n'était, ni contestée, ni contestable. Elle se contente de décider qu'il n'est pas applicable à l'espèce considérée en raison des circonstances particulières de l'affaire et

<sup>113</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 2018, n° 17-21.850, *Bull. civ. I*, n° 113, considérant que les juges du fond ont « à bon droit » considéré qu'une disposition validant rétroactivement des décisions nulles prises par une autorité incompétente n'avaient pour but que de maintenir le niveau de financement d'une association professionnelle et qu'elle en a exactement déduit que l'intervention du législateur n'obéissait pas à d'impérieux motifs d'intérêt général.

<sup>114</sup> V. not. CANAS, S. et le COTTY, R., « L'intensité du contrôle opéré par la première chambre civile en cas de mise en œuvre d'un contrôle de conventionnalité/proportionnalité », *in Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, préc.

<sup>115</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ. I*, n° 234, *D.* 2014. 153, Point de vue FULCHIRON, H., 179, note CHENEDE, F., et 1342, obs. LEMOULAND, J-J. et Vigneau, D., *RTD civ.* (2014). 88 obs. HAUSER, J., et 307, obs. MARGUENAUD, J-P. ; Jestaz, Ph., MARGUENAUD, J-P. et JAMIN, Ch., « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* (2014). 2061.

<sup>116</sup> D'autant qu'elle a été rendue sur un moyen relevé d'office par la Cour de cassation et qu'il s'agit d'une cassation sans renvoi par laquelle la première chambre civile décide elle-même que l'action en annulation du mariage doit être rejetée.

des effets excessifs que la solution contraire aurait à l'égard de l'une des parties. C'est le type même du jugement d'équité que le système légaliste prohibe.

**44.** Parmi les instruments du contrôle de conventionnalité figure en bonne place la proportionnalité<sup>117</sup>. Elle tend même parfois à être confondue avec lui alors qu'elle n'en constitue qu'une étape, la dernière en fait. Comme pour la conventionnalité qui la fonde, on oppose la proportionnalité *in abstracto* à la proportionnalité *in concreto*, dans les mêmes termes que la conventionnalité et avec également des hésitations sur le contenu et la portée exacte de la distinction.

Quant à la notion générale de proportionnalité, elle est d'autant plus difficile à cerner qu'elle est employée dans d'autres domaines qui n'ont rien à voir avec le contrôle de conventionnalité de la loi mais qui concernent le fond du droit. Par exemple, la disproportion manifeste du cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel, sanctionnée par l'article 2300 du code civil ou, depuis la réforme de 2016, celle du coût de l'exécution forcée pour le débiteur par rapport à son intérêt pour le créancier (c. civ., art. 1221, *in fine*). Cela donne l'impression pas totalement fautive qu'en droit français contemporain, il y a de la proportionnalité partout. Mais, au-delà d'une vague ressemblance résidant dans l'établissement d'un rapport entre deux facteurs, il s'agit de concepts différents. Seule est ici concernée la proportionnalité mise en œuvre à l'occasion d'un contrôle de conventionnalité.

Signalons quand même, pour commencer, qu'il est tout à fait notable que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, en se fondant sur la jurisprudence de la CEDH dans le domaine des « droits de procédure », ne se livre qu'à un contrôle de proportionnalité *in abstracto*. Elle considère le contrôle *in concreto* incompatible, en principe, avec les impératifs de prévisibilité et de sécurité juridiques que requièrent les règles de procédure civile<sup>118</sup>. Il n'est pas sûr que le droit de fond, notamment le droit civil, mérite moins d'attention, mais la Cour de cassation comme la Cour européenne n'en sont manifestement pas convaincues.

**45.** Le Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rédigé par la commission de réforme de la Cour de cassation (décembre 2018) propose une trame de

<sup>117</sup> V. not. *Le contrôle de proportionnalité*, Revue Justice actualité (Revue de l'École nationale de la magistrature, disponible sur le site Internet de l'École), n° 24, décembre 2020.

<sup>118</sup> Le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour de cassation en matière de procédure civile, Étude de la deuxième chambre civile, *Recueil annuel des études de la Cour de cassation*, 2023, p. 17, précité. V. égal. *Le contrôle de proportionnalité*, Justice et actualités, n° 24, préc.

rédaction des décisions statuant sur la conventionnalité de la loi. Elle révèle les étapes du contrôle de conventionnalité et permet de bien situer le contrôle de proportionnalité. Ces étapes sont les suivantes :

- 1) « L'application du droit invoqué » : appréciation de l'appartenance, ou non, de l'atteinte alléguée au champ d'application de la Convention ;
- 2) « L'ingérence dans l'exercice du droit » : détermination de la susceptibilité du texte ou de la mesure contestée d'affecter un droit ou une liberté que la partie tient de la Convention ;
- 3) « La base légale de l'ingérence » : texte ou jurisprudence constante fondant l'ingérence dans le droit concerné. Ils doivent être suffisamment accessibles, précis et prévisibles ;
- 4) « La légitimité du but poursuivi » : analyse de la disposition légale au regard des buts admissibles définis par la Convention ou la jurisprudence de la Cour EDH ;
- 5) « Le contrôle de proportionnalité proprement dit » : détermination du point de savoir si l'ingérence dans le droit considéré constitue ou non un moyen proportionné pour parvenir au but qu'elle poursuit.

Selon les cas, le contrôle peut être étendu ou restreint.

Le contrôle étendu s'impose lorsque sont concernés les «droits relevant de la clause d'ordre public parce que les articles les consacrant prévoient des possibilités de dérogations par les autorités nationales : articles 8, 9, 10 et 11. Le contrôle doit alors comporter les trois sous-étapes suivantes: « 1) Contrôle de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi ; 2) Contrôle de la nécessité de la mesure au regard du but recherché ; 3) Contrôle de proportionnalité au sens strict... appréciée *in concreto*, revenant à vérifier que la mesure considérée n'impose pas à la personne concernée des charges démesurées par rapport au résultat recherché ».

Au contraire, le contrôle de proportionnalité restreint se contente de vérifier si « un juste équilibre » a été ménagé entre l'intérêt général de la communauté et les droits individuels, s'il existe un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » ou encore si « les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés ». Ce contrôle est appliqué lorsque sont concernés les droits protégés par l'article 1 du protocole additionnel n° 1, ceux garantis par l'article 6 §1 de la Convention et lorsque deux droits fondamentaux entrent en conflits (le droit au respect de la vie privée et le droit de propriété, par exemple).

**46.** Le Mémento permet aussi de mesurer la place de la « balance des intérêts », que l'on tend aussi à confondre avec le contrôle de proportionnalité, ajoutant encore à la confusion qui s'installe parmi les juristes français.

Il insiste avant tout sur le fait qu'il ne s'agit pas de transformer la Cour de cassation en troisième degré de juridiction mais uniquement de déterminer, à partir des faits tels qu'ils ont été constatés par la décision attaquée, si l'atteinte à un droit fondamental est justifiée par la nécessité d'assurer l'effectivité d'une autre norme. Cette dernière peut être, soit conventionnelle (un autre droit reconnu par la Convention), soit nationale (un texte du code civil, par exemple). La balance des intérêts « doit porter sur des normes et non sur des faits ». Là réside une grande source d'incompréhension pour les civilistes qui pensent souvent que cette balance des intérêts porte sur la situation concrète des parties au litige.

Ils ne sont d'ailleurs pas infondés à le faire. Dans le même document, la Cour confesse en effet que la méthode présente l'inconvénient de « renforcer la casuistique au détriment de la clarté de règles affirmant le caractère non susceptible de dérogations des prérogatives découlant de l'exercice des droits (exemple : le droit au respect de la vie privée, face au principe de la liberté de l'information) ». La casuistique ? Selon le Centre national des ressources textuelles et lexicales rejoignant nombre de dictionnaires c'est la « Partie de la théologie morale qui a pour objet de résoudre les cas de conscience en appliquant les principes théoriques aux situations de la vie. Par extension : Examen d'un cas particulier à la lumière des principes de la discipline dont il relève ». La casuistique ce sont les faits, même si l'on prétend s'abstraire de l'affaire particulière jugée pour les considérer de manière (plus) objective et abstraite<sup>119</sup>.

Lorsque l'on examine les arrêts qui pratiquent le contrôle concret de proportionnalité, on a d'ailleurs beaucoup de mal à se convaincre que la Cour de cassation fait ce qu'elle dit. Non qu'elle remette en cause ouvertement les constatations des juges du fond ni qu'elle se fonde sur des faits qu'ils n'ont pas retenus, mais parce que, dans le contrôle concret de proportionnalité et dans la balance des intérêts, ce sont ces faits qu'elle place au fondement de son jugement de conventionnalité<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> V n° 54.

<sup>120</sup> Voici d'ailleurs comment une ancienne présidente de la Cour de cassation présente ce contrôle : « ...il conduit à faire... une application différenciée de la norme législative ou réglementaire selon la gravité des conséquences pratiques emportées au regard des droits fondamentaux. Il ne s'agit pas d'écarter une norme parce qu'elle est contraire à un engagement international mais de l'écarter lorsque, au regard de la mise en balance des intérêts en cause, l'application de la norme au cas d'espèce apparaît

**47.** Le contrôle de conventionnalité *in concreto*, la proportionnalité, la balance des intérêts... on comprend que ces concepts plus ou moins exotiques fassent craindre un chamboulement du droit français.

Selon une récente étude qui fait le point sur dix années d'application du contrôle concret de proportionnalité<sup>121</sup>, il n'en serait rien, du moins sur le plan quantitatif. Le nombre d'arrêts invoquant la Convention européenne paraît relativement faible : en 2013, 1562 sur un total de 10637 ; en 2022, 1414 sur 12587. C'est encore plus net s'agissant d'arrêts invoquant précisément une atteinte disproportionnée à un droit consacré par la Convention : 122 en 2013 contre 212 en 2022, après avoir culminé à 266 en 2017, 286 en 2018 et 256 en 2019. Sur la période, leur nombre a certes doublé, mais il demeure faible.

En outre, une analyse plus précise de 2022, la dernière année disponible, révèle, selon la même source, que nombre de ces arrêts ne mettent pas en œuvre un contrôle de proportionnalité *in concreto*. Ceux qui le font se répartissent de la manière suivante : quatre arrêts cassent des décisions de juges du fond qui n'avaient pas effectué ce contrôle, trois cassent des arrêts qui avaient écarté l'application de la loi au terme du contrôle, un qui rejette un pourvoi contre une décision du même type, trois arrêts par lesquels la Cour a elle-même considéré un texte inapplicable après avoir effectué le contrôle et aucun arrêt ayant censuré les juges du fond pour avoir refusé d'écarter la loi à l'issue du contrôle de proportionnalité. Les auteurs concluent à l'extrême rareté de l'éviction de la loi au terme d'un contrôle concret de proportionnalité.

Il ne faut cependant pas s'arrêter au nombre de décisions écartant l'application d'un texte au terme d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* pour mesurer l'importance de celui-ci pour le droit civil. Celles rejetant le grief d'inconventionnalité ou refusant d'exercer le contrôle sont tout aussi essentielles comme le prouve la courte sélection d'arrêts suivante qui démontre en outre le caractère complexe et nuancé de la jurisprudence de la Cour de cassation.

**48.** Selon la Cour, l'action en revendication d'un bien appartenant au domaine public de l'État, qui empêche un acquéreur de bonne foi d'invoquer la prescription acquisitive prévue par l'article 2276 du code civil, relève de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n°

disproportionnée » (ARENS, C., « Conclusion », *in Le contrôle de proportionnalité*, Justice et actualités, n° 24, préc.).

<sup>121</sup> GOUËZEL A. et MEGRET, G., « Dix ans de contrôle de proportionnalité » *in concreto* à la Cour de cassation, *D.* 2024. 321.

1 dès lors qu'elle s'exerce à l'encontre d'une personne qui pouvait nourrir une espérance légitime de le conserver ou d'obtenir une contrepartie. Cependant, cette ingérence est prévue par des dispositions législatives (Code général de la propriété des personnes publiques, article L. 3111-1) qui présentent l'accessibilité, la clarté et la prévisibilité requises par la Convention. Elle poursuit un but légitime, au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole, dès lors que la protection de l'intégrité du domaine public relève de l'intérêt général. Enfin, elle ne saurait être disproportionnée eu égard à ce but légitime dès lors que l'action en revendication est la seule mesure de nature à permettre à l'État de recouvrer la plénitude de son droit de propriété. Le moyen critiquant la décision ordonnant la restitution à l'État du bien considéré n'est donc pas fondé<sup>122</sup>. La première chambre civile met en œuvre le contrôle de conventionnalité selon la trame et les étapes préconisées. Les trois premiers tests étant positifs, il reste à effectuer *in fine* le contrôle de proportionnalité. Mais à bien y regarder, la Cour exclut finalement de procéder à un contrôle concret en considérant que l'ingérence ne saurait être disproportionnée, en aucun cas pourrait-on ajouter. S'il en va ainsi, c'est parce que la mesure critiquée – en l'occurrence, la revendication du bien – est la seule qui permet de réaliser le but légitime qu'elle poursuit : la protection du domaine public.

C'est une façon singulière de comprendre la proportionnalité qui repose normalement sur l'établissement d'un rapport entre deux facteurs, non sur la faculté de remplacer l'un d'eux par un autre.

En outre, l'impossibilité d'adopter une autre mesure est une pure affirmation, sans aucune démonstration, qui ne convainc pas nécessairement. C'est un moyen facile d'écarter le grief d'inconventionnalité mais pas de prévenir le risque de condamnation par la CEDH ce qui est pourtant le but poursuivi par cette jurisprudence<sup>123</sup>. Son application illustre une nouvelle fois la préservation assez nette de la propriété contre les limitations que pourraient lui imposer les autres droits fondamentaux, même s'il s'agit en l'occurrence de la propriété publique.

<sup>122</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 févr. 2019, n° 18-13.748, publié au Bulletin.

<sup>123</sup> On le retrouve pourtant dans d'autres décisions. V. par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 4. juill. 2019, n° 18-17.119, publié au Bulletin, qui juge que « l'expulsion étant la seule mesure de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement, l'ingérence qui en résulte dans le droit au respect du domicile de l'occupant, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété ».

**49.** A l'opposé, on trouve, plus volontiers aujourd'hui qu'hier, des décisions qui réalisent un contrôle de conventionnalité plus conforme à la jurisprudence européenne qu'elles n'hésitent pas à citer au fondement de la solution qu'elles consacrent.

Tel est le cas, par exemple, de l'arrêt remarqué de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2023<sup>124</sup>. Dans cette affaire, une association demandait, sur le fondement de l'article 16 c. civ. consacrant le droit à la dignité, la réparation de l'atteinte aux intérêts collectifs qu'elle représente, contre un centre d'art contemporain qui avait organisé une exposition affichant des messages qui faisaient état de traitements particulièrement violents et abjects, attribués à des parents à l'égard de leurs enfants (esclavage, mutilations, viols, assassinat...), et accessibles à la vue de tout enfant. Le pourvoi critiquait la décision des juges du fond ayant rejeté cette demande en se fondant sur le fait que « lorsque la dignité est appréhendée dans le contexte de la confrontation de la liberté d'expression et d'autres droits en concurrence [...], le droit au respect de la dignité ne constitue pas en soi une restriction autonome à la liberté d'expression, dont seul l'abus peut être sanctionné au terme d'un contrôle de proportionnalité avec lesdits droits en concurrence ».

Le pourvoi soutenait au contraire, pour l'essentiel, que la dignité constitue le fondement de tous les droits affirmés par la Convention, qu'elle constitue un droit absolu qui ne peut être mis en concurrence avec aucun droit qui en dérive.

En se fondant sur des décisions de la CEDH dont elle fournit les références et sur sa propre jurisprudence qui en dérive, l'Assemblée plénière rejette le pourvoi en réalisant un « contrôle lourd » du bien fondé de la décision des juges du fond : « la Cour d'appel a exactement retenu que le principe du respect de la dignité humaine ne constitue pas à lui seul un fondement autonome de restriction à la liberté d'expression ». Finalement, c'est donc en application du droit européen des droits de l'homme que la prohibition des atteintes à la dignité humaine portée par l'article 16 du code civil est comprise et mise en œuvre, particulièrement dans sa conciliation avec la liberté d'expression. On conviendra aisément que ce n'est pas un petit enseignement pour le droit civil.

**50.** D'autres décisions, que nous n'épuiserons pas, confortent grandement le constat de l'importance du contrôle de proportionnalité, quel qu'en soit le résultat, en fournissant l'occasion de quelques constats supplémentaires.

<sup>124</sup> N° 21-20.723, Publié au bulletin.

Par un important arrêt du 5 juillet 2023, la chambre commerciale s'est prononcée sur la conformité à l'article 6, § 1 CEDH de la présomption irréfragable de connaissance du vice caché qu'une jurisprudence constante, appliquant l'article 1645 c. civ., fait peser sur le vendeur professionnel. Elle juge cette conformité acquise au motif que « le caractère irréfragable de cette présomption, fondée sur le postulat que le vendeur professionnel connaît ou doit connaître les vices de la chose vendue, qui a pour objet de contraindre ce vendeur, qui possède les compétences lui permettant d'apprécier les qualités et les défauts de la chose, à procéder à une vérification minutieuse de celle-ci avant la vente, répond à l'objectif légitime de protection de l'acheteur qui ne dispose pas de ces mêmes compétences, est nécessaire pour parvenir à cet objectif et ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit du vendeur professionnel au procès équitable<sup>125</sup> ». Cette citation qui reproduit l'entière motivation du rejet, prouve qu'elle est assez formelle. Des développements persuasifs seraient bien venus.

La Cour de cassation a par ailleurs jugé, au visa de l'article 8 CEDH, que l'intervention volontaire du père de naissance dans la procédure d'adoption de l'enfant et sa reconnaissance de paternité (c. civ., art. 351, al. 2 et 352, al. 1<sup>er</sup>) ne peuvent pas être annulées sans que soit recherché, comme il était demandé, si l'irrecevabilité de l'action du père, qui n'avait pu, en temps utile, sans que cela puisse lui être reproché, faire valoir ses droits au cours de la phase administrative de la procédure, ne porte pas, eu égard aux différents intérêts en présence, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale en ce qu'elle interdisait l'examen de ses demandes<sup>126</sup>.

Sur le fondement du même texte, elle considère également que les délais de prescription de l'action pour faire constater la possession d'état d'enfant (C. civ., art. 330 et 321) constituent une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale. Cette ingérence a, dans les textes précités, une base légale accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets. Elle poursuit un but légitime, au sens de l'art. 8, §2 CEDH, en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers et la sécurité juridique. Les délais de prescription des actions en vue d'établir la paternité, qui laissent subsister un délai raisonnable pour permettre à l'enfant d'agir après sa majorité, constituent des mesures nécessaires pour parvenir au but poursuivi et adéquates au regard de cet objectif. Néanmoins, il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces délais légaux « ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'intéressé, au regard du but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre est ménagé entre les intérêts

<sup>125</sup> Com., 5 juill. 2023, n° 22-11.621, Publié au bulletin.

<sup>126</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janv. 2021, n°s 19-15.921, 19-24.608 et 20-14.012, publiés au Bulletin.

publics et privés concurrents en jeu ». En l'occurrence, la Cour impose donc un contrôle de proportionnalité concret.

Dans le domaine de la protection des majeurs, la première chambre civile a considéré, le 27 janvier 2021<sup>127</sup>, que les juges du fond ont violé l'article 6, §1 CEDH, l'article 1239 CPC et l'article 340 du code civil en déclarant recevable l'appel d'une ancienne concubine contre une ordonnance du juge des tutelles autorisant le fils de l'ex-concubin, nommé tuteur de ce dernier, à modifier la désignation des bénéficiaires du contrat d'assurance-vie souscrit par son père. Selon la Cour d'appel, si l'ex-concubine était dénuée de qualité à agir au vu des textes, dans le cas d'espèce, la privation du droit d'appel est sans rapport raisonnable avec le but poursuivi de protection des majeurs vulnérables et d'efficacité de ces mesures dès lors que l'ex-concubine est privée de tout recours contre une décision qui porte atteinte de manière grave à ses intérêts. Au contraire, selon la Cour de cassation, en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que le concubinage avait pris fin en mars 2015 et qu'après la séparation du couple, l'ex-concubine n'avait pas entretenu avec le majeur protégé des liens étroits et stables au sens de l'article 430 du code civil, ce dont il résultait que l'absence de droit d'appel de celle-ci ne portait pas atteinte à son droit d'accès au juge, la Cour d'appel a violé les textes. L'arrêt est particulièrement intéressant parce qu'il recèle un « contrôle lourd », à partir de leurs constatations, de la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité *in concreto* effectué par les juges du fond. C'est évidemment nécessaire pour unifier la jurisprudence et pour éviter des différences de traitement difficilement supportables par les justiciables.

Le contrôle concret de proportionnalité se développe en effet naturellement devant les juges du fond avec des conséquences parfois assez discutables. Ainsi la Cour d'appel de Paris a-t-elle jugé, le 5 décembre 2023, dans le cadre d'une procréation avec double don de gamètes, que la filiation d'un homme ayant reconnu un enfant dont il n'est pas le père et à l'égard duquel il ne dispose pas d'une possession d'état suffisante, doit néanmoins être maintenue dès lors que son annulation porterait une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant et de celle de l'homme dont la paternité était contestée<sup>128</sup>. Il est en effet souhaitable que la Cour de cassation exerce son contrôle sur pareille application de la proportionnalité concrète.

<sup>127</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janv. 2021, n° 19-22.508, publié au Bulletin.

<sup>128</sup> CA Paris, 5 déc. 2023, n° 23/00510, *AJ famille* 2024. 47.

**51.** Ces décisions et bien d'autres<sup>129</sup> démontrent que, même lorsqu'il ne conduit pas à l'éviction spécifique d'un texte dans une affaire donnée, le contrôle concret de proportionnalité exerce désormais une influence considérable sur le droit civil en obligeant à l'apprécier à l'aune du système européen des droits de l'homme. On trouve ici les mêmes implications que celles du contrôle de constitutionnalité : évolution des sources avec l'affirmation du pouvoir normatif de la Cour de cassation, affaiblissement de la légalité... S'y ajoute évidemment une dimension supplémentaire considérable. La conformité du droit civil n'est plus appréciée au regard de la norme fondamentale du droit français mais par rapport à un droit supranational à l'élaboration duquel la France n'a fait que participer avec d'autres.

L'argument final qui doit convaincre de l'opportunité du contrôle de proportionnalité le fait clairement ressortir : « si l'objectif poursuivi est l'appropriation par chaque système judiciaire national des règles découlant de l'application des principes conventionnels, les juridictions internes ne doivent-elles pas, dans les domaines où ces règles sont en cause, s'orienter vers les modes de raisonnement des juges européens ? ». Une justification politique, donc qui évoque l'ancienne sagesse exprimée par le proverbe tiré de la réponse d'Ambroise de Milan à l'interrogation de Saint-Augustin concernant les jours de jeûne : « A Rome, fais comme les romains ». Cependant, il ne s'agit plus d'adopter temporairement, par courtoisie et par opportunisme, les mœurs d'une Cité étrangère d'accueil sans renier les siennes, mais bien d'abandonner celles-ci, dans son État d'origine, au profit d'autres forgées ailleurs.

**52.** Tout est en effet politique dans la réforme de la Cour de cassation. Qu'on nous pardonne la citation un peu longue d'extraits du Rapport sur la Cour de cassation 2030 qui va suivre, mais elle est nécessaire pour comprendre ce qu'elle fait et pourquoi elle le fait.

« (La Cour de cassation) détient institutionnellement une puissante autorité qu'il lui faut mettre en œuvre avec attention, ouverture et mesure, en faisant de l'élaboration de la

<sup>129</sup> V. not. Com., 15 mars 2023, n° 21-20.399, publié au Bulletin, par lequel la chambre commerciale, invoquant notamment la modification opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, s'est ralliée à la troisième chambre civile et a censuré, pour violation de l'ancien article 1134, une décision qui avait refusé d'ordonner l'exécution forcée d'une promesse unilatérale de cession d'actions. Selon la Cour, invoquant, en réponse aux prétentions du demandeur, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la sécurité juridique et à la confiance légitime des justiciables, l'application du nouveau principe, ne prive pas rétroactivement le promettant du droit à un procès équitable. En outre, les conséquences de l'application de ce revirement de jurisprudence n'apparaissent pas disproportionnées dès lors qu'en l'état de la jurisprudence antérieure, le promettant aurait dû payer des dommages et intérêts pour réparer le préjudice causé au bénéficiaire par sa faute.

justice un espace vivant de dialogue démocratique... Au sein d'un monde complexe et instable, elle doit apparaître comme une source d'autorité légitime, apportant à tous la protection que constitue la prééminence du droit et répondant à la demande de justice selon des modalités transparentes et ouvertes... Chargée de coordonner l'interprétation et l'application d'un droit composite, difficile d'accès et de maniement, il lui appartient de pleinement mettre en œuvre toutes les ressources dont elle peut disposer... Même si d'indispensables relations d'autorité existent, elles ne se réduisent pas à une soumission hiérarchique mais font place à une interaction permanente et féconde. C'est dire que cet exercice, qui conjugue maîtrise technique, créativité et diplomatie, participe d'une forme nouvelle d'éthique en ce qu'il commande d'animer mais aussi de protéger un système de droits et de libertés qui constitue un bien commun pour toutes les juridictions, à qui il doit permettre d'assurer cohérence et sécurité juridique... (La Cour de cassation) assure la mise en œuvre d'un ordre juridique dans lequel tous, y compris l'État, sont soumis au principe de légalité et elle veille à la sauvegarde des droits fondamentaux qui forment la substance concrète de la démocratie. Dès lors que la Cour de cassation a la charge, avec d'autres, de la protection de l'état de droit, elle est en quelque sorte « co-responsable de la démocratie » sur le plan institutionnel et doit pouvoir contribuer à sa revitalisation, à l'heure de la réduction déjà évoquée des espaces démocratiques... ».

On conseille vivement la lecture du Rapport sur la Cour de cassation 2030.

**53.** Que peut-il alors bien advenir du droit civil dans un tel projet ? La réflexion de la Cour de cassation est globale ; elle ne distingue pas, en principe, entre les matières concernées, sauf pour ce qui concerne le contrôle de proportionnalité qui est pratiqué de manière différente selon les domaines, comme l'indique l'exemple précité de la procédure civile. Par ailleurs, l'application du principe de sécurité juridique est doté d'une force particulière en droit pénal. Mais le droit civil, qui ne présente ni les mêmes traits ni les mêmes impératifs, que ce dernier, la procédure civile ou le droit social, est donc pleinement soumis, sans spécificité apparente à l'entreprise d'affirmation de l'état de droit fondé sur la protection des droits fondamentaux.

C'est justement la sécurité juridique qui justifie la seule évocation précise du droit civil dans le rapport sur la Cour de cassation 2030. L'instauration, dans la philosophie platonicienne, des lois civiles comme mode d'établissement de l'ordre contre le chaos est présentée comme la source du principe de sécurité juridique transmis jusqu'à nous depuis la Rome antique. Mais la sécurité juridique ne doit pas être comprise « comme un 'fixisme juridique', entravant les indispensables adaptations du droit à un monde complexe et mouvant ». Elle désigne désormais un ensemble de qualités de la norme permettant aux personnes, non seulement d'échapper à l'arbitraire, mais également de

prévoir les conséquences juridiques de leurs actions. Dans cette acception, la sécurité juridique doit composer avec la nécessaire flexibilité du droit avec laquelle elle doit être mise en balance, comme le fait la jurisprudence de la CEDH<sup>130</sup>.

Ce n'est donc pas la sécurité juridique, vue au prisme des droits de l'homme, qui sauvera le droit civil.

**54.** Mais celui-ci est-il vraiment menacé et a-t-il besoin d'être préservé ? La question peut sembler incongrue après le tableau qui vient d'être brossé. Elle s'impose pourtant, compte tenu d'une certaine réaction que suscitent les mutations en cours du droit français. Certes, chez d'assez nombreux auteurs – sans surprise : des civilistes, particulièrement – ce sont l'inquiétude et une certaine hostilité qui dominent. Mais il s'en trouve aussi pour soutenir le mouvement au nom de la nécessaire adaptation du droit au monde moderne. C'est affaire d'opinions sur lesquelles il est inutile de revenir. Il est plus intéressant de considérer l'analyse la plus optimiste pour le droit civil. Dans la mutation en cours, elle ne retient pas tant le déclin du droit civil moderne que l'occasion de revivifier le droit civil classique en l'utilisant pour maîtriser le contrôle de proportionnalité.

Revenant à la philosophie du droit d'Aristote, par-delà les erreurs d'interprétation et les critiques infondées dont elle a été l'objet, un auteur considère en effet que, bien comprise, elle est de nature à justifier et à rendre praticable le contrôle de proportionnalité, sans atteinte à l'égalité et à la sécurité juridique, et sans recourir aux droits fondamentaux qui ne sont pas nécessaires à « la réalisation de « cette œuvre prudentielle et casuistique de la dogmatique civiliste, si éloignée de la caricature qui conduit aujourd'hui à redouter ou prophétiser sa disparition<sup>131</sup> ».

Selon cet auteur, tel qu'il est actuellement pratiqué par la Cour de cassation, le contrôle concret de proportionnalité correspond à l'équité que l'on peut appeler modératrice évoquée dans la Rhétorique. Cette œuvre de bonté, d'indulgence n'est pas de la mission du juge qui « voit la loi », mais de l'arbitre « qui voit l'équitable ». En revanche, il existe une autre forme de l'équité, développée dans l'Éthique à Nicomaque, qui appartient à l'office du juge parce qu'elle œuvre en complément de la loi. Celle-ci ayant été conçue pour la généralité des cas, elle peut ne pas être adaptée à des hypothèses marginales ou apparues après l'adoption de la loi. Dans ce cas, le juge n'est pas tenu d'appliquer la loi.

<sup>130</sup> *Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2020*, préc., pp. 67-68.

<sup>131</sup> CHENEDE, F., *Le droit civil, au naturel (ou l'actualité d'un passé)*, préc.

Il peut l'écartier en précisant le domaine, non en l'écartant dans l'unique affaire dont il est saisi, mais par l'énoncé d'une exception forgée par généralisation, par abstraction, à partir des circonstances qui y ont donné naissance. Ainsi, la dérogation énoncée ne porterait pas atteinte à l'égalité des citoyens devant la loi, ni à la légalité.

**55.** Il n'est pas exclu que les membres de la Commission de réforme de la Cour de cassation aient lu cette doctrine à laquelle certains développements du rapport semblent adhérer.

Malgré son intérêt, elle ne rassure pas vraiment sur le sort du droit civil. Elle nous dit, en résumé, qu'« il ne s'agirait plus de permettre au juge d'évincer la loi ponctuellement, au cas par cas, mais de cantonner son empire, de manière générale, aux seuls cas visés par le législateur, et, par suite, d'écartier son application à tous les cas semblables à celui du litige ». En procédant ainsi, « la Cour de cassation se contenterait de faire ce qu'elle fait depuis toujours dans ses arrêts de principe : compléter l'œuvre du législateur, en déterminant, au-delà des cas visés ou envisagés par lui, de nouvelles règles de justice ». Ce n'est pas sûr. La Cour pourrait effectivement s'abriter derrière l'interprétation de la loi qui relève de sa mission traditionnelle. Mais comment procéder pour concrétiser la limitation de son domaine ? Si, pour respecter les principes de la prohibition des arrêts de règlement et de la relativité de l'autorité de la chose jugée qui structurent encore le droit français, elle n'est décrétée que pour l'affaire jugée, on retombe dans l'éviction ponctuelle, au cas par cas, dans l'équité modération risquée pour l'égalité, la légalité, la sécurité et la prévisibilité du droit. Si, pour éviter ces écueils, la formulation des conditions d'éviction de la loi est générale et dotée de force contraignante, au regard de la conception moderne du droit en France, le juge se substitue au législateur.

**56.** Le dilemme n'est peut-être pas insurmontable. On voit en effet poindre, ici et là, des propositions qui, sans reconnaître aux arrêts de la Cour le même pouvoir normatif que celui du législateur, permettraient de fonder la casuistique préconisée. Il s'agirait pour la Cour, selon les uns de développer les *obiter dicta*, selon les autres, d'adopter des arrêts-pilotes. Les premiers sont connus de longue date, mais le rôle traditionnel de la Cour en limite considérablement l'emploi. Les seconds, imités de la jurisprudence européenne des droits de l'homme, sont totalement étrangers à cette tradition. Malgré tous les efforts déployés, le droit civil moderne est sérieusement malmené par l'évolution de la Cour de cassation.

Quant au droit civil antique, pour le retrouver, il faudrait que la Cour abandonne les habits des droits de l'homme. Elle n'est pas du tout disposée à le faire puisque c'est sur leur défense qu'elle assoit son pouvoir normatif.

57. Pour illustrer cette ultime entreprise doctrinale de sauvetage du droit civil, on pourrait évoquer le Phoenix, oiseau légendaire qui renaît de ses cendres. Ainsi ferait le droit civil à travers les âges, survivant à toutes les transformations qui l'atteignent, ayant déjà donné naissance à ce que l'on appelle le droit civil des affaires, en passe de le faire pour le droit constitutionnel et conventionnel des personnes, de la famille, des biens... On aurait tort : le Phoenix revient tel qu'il était, non défiguré. Mais après tout, dans les choses humaines, ni l'éternité, ni la permanence n'ont cours et il n'y a pas lieu de s'étonner ni de s'émouvoir que le droit civil du début du XXI<sup>e</sup> siècle ne ressemble pas du tout à celui de la Grèce ou de la Rome antiques, ni même simplement à celui du Code civil.

La question est de savoir si la référence à la notion a encore un sens ou si elle ne constitue plus qu'une formule creuse, le mot désignant des réalités tellement différentes que leur rapprochement est dénué de pertinence. Avec ce que fait actuellement la Cour de cassation au droit civil, ce point critique paraît dépassé. Par son action, elle assure, dans une mesure variable selon les questions, une réévaluation et une réécriture de toute la législation civile au regard, non seulement de la norme supérieure du droit national, mais également du système supranational des droits de l'homme dans un esprit et selon une méthode qui lui étaient totalement étrangers. Rien à voir avec le droit civil, donc, ni classique, ni moderne.