

Études

Contentieux

Le Conseil constitutionnel
est-il une juridiction sociale ?

L'essentiel

Comparé à ses homologues à l'étranger, le Conseil constitutionnel ne remplit pas les conditions qui pourraient conduire à le qualifier de Cour suprême ou de Cour constitutionnelle. Cette faiblesse constitutive explique la médiocre qualité juridique et argumentative de ses décisions ainsi que son incapacité à s'affirmer comme un gardien crédible de la « République sociale » proclamée par l'article 1^{er} de la Constitution.

par **Lauréline Fontaine**

Professeure à l'université Sorbonne-Nouvelle, Paris 3

et **Alain Supiot**

Professeur au Collège de France

Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale au sens plein du terme ? Une réponse positive à cette question supposerait qu'il s'agisse bien d'une juridiction, et que sa jurisprudence participe de la mise en œuvre des principes fondateurs du droit social. Or il est permis de douter que ces conditions soient remplies. Certes, la littérature juridique s'accorde sur le constat d'une constitutionnalisation de ce droit, et notamment du droit du travail¹. Les réformes incessantes dont ce dernier fait l'objet sont fréquemment soumises au contrôle du Conseil, dont le domaine d'intervention en ce domaine a été

encore accru par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)². Mais une chose est de prendre acte de cette emprise et une autre de voir dans le Conseil une véritable juridiction, répondant aux exigences d'un État de droit et ayant acquis la légitimité d'une véritable gardienne de la « République sociale » visée par l'article 1^{er} de notre Constitution. De ces trois points de vue, on peut hésiter à le qualifier de « juridiction sociale ».

I. — LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL N'EST TOUJOURS PAS UNE VÉRITABLE JURIDICTION

Les fonctions attribuées au Conseil constitutionnel incitent à y voir une cour suprême, surtout depuis l'introduction de la QPC, qui lui confère un droit du dernier mot sur les questions de constitutionnalité soulevées en matière tant judiciaire qu'administrative. Mais la faiblesse de ses capacités réelles handicape l'exercice de sa mission. Ce handicap procède tout d'abord – ce point est à juste titre souvent souligné – du caractère éminemment « politique » de sa composition, qui ne résulte pas seulement de la présence des anciens présidents de la République comme membres de droit, mais aussi des conditions

¹ Sur l'hypothèse de la constitutionnalisation du droit social, v. V. Benaud, Les droits constitutionnels des travailleurs, Economica-PUAM, 2003 ; C.-M. Herrera, Sur le statut des droits sociaux. La constitutionnalisation du social, RUDH 2004, n° 16, p. 32 ; L. Dardalhon, Droit constitutionnel et droit social. La liberté du travail devant le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, RFDC 2005. 755 ; F. Petit, La constitutionnalisation du droit du travail, JCP 12 sept. 2010, n° 37 ; O. Dutheillet de Lamothe, Les normes constitutionnelles en matière sociale, Cah. Cons. const., 2010, n° 29 ; A. Bugada, La QPC et le droit constitutionnel du travail, JCP S 2011, n° 22-23 ; V. Benaud et X. Prétot, Droit constitutionnel social, J.-Cl. Adm., fasc. 1443, 2012 ; O. Dutheillet de Lamothe, Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ?, JCP S 2012, n° 6, p. 15 ; I. Odoul-Asorey, Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit, LGDJ, 2013 ; Dossier « Droit constitutionnel du travail », Dr. soc. 2014, n° 4 ; O. Dutheillet de Lamothe, Les principes de la jurisprudence en matière sociale, Nouv. Cah. Cons. const., 2014, n° 45 ; O. Dutheillet de Lamothe, La constitutionnalisation du droit du travail, Sem. soc. Lamy 2016, n° 1724 ; Dossier « Constitution et droits sociaux », AIJC 2016.

² V. Actes du colloque de Paris 2, Norme sociale et contrôle de constitutionnalité, Sem. soc. Lamy, suppl. n° 1561, 26 nov. 2012.

de nomination de ses membres ordinaires. Aucune des garanties de compétence et d'impartialité posées dans les autres grands pays européens ne se retrouve en France, qu'il s'agisse de l'expérience professionnelle antérieure ou de l'exigence d'une habilitation par des majorités parlementaires qualifiées, seules à même de réduire le risque des allégeances partisans. L'audition, introduite en 2008, de ses nouveaux membres par les commissions des lois de l'Assemblée nationale ou du Sénat pourrait être un premier pas en ce sens, mais la majorité négative exigée pour le rejet de la nomination (addition des votes négatifs dans chaque commission supérieure aux trois cinquièmes des votes exprimés au sein des deux commissions) a été conçue pour n'être jamais atteinte³.

Cette faiblesse juridique est aggravée par les conditions effectives de travail du Conseil constitutionnel. Les qualifications professionnelles de ses membres, ses moyens⁴, ses procédures⁵ et son éthique⁶ dans l'exercice de ses missions situent cette institution assez loin de ce que désigne dans les autres grandes démocraties le qualificatif de Cour constitutionnelle, c'est-à-dire d'un véritable organe juridictionnel, composé de juristes qualifiés et compétents, capables de veiller en toute impartialité au respect de la conformité des lois au droit constitutionnel. À cette aune, et comparé à ses homologues dans le monde, le Conseil constitutionnel fait « pâle figure ». Alors que les membres de ces cours sont des juristes hautement qualifiés et expérimentés (hauts magistrats ou universitaires ayant une autorité doctrinale reconnue), ceux du Conseil constitutionnel doivent souvent leur siège au fait d'avoir exercé des fonctions, soit directement politiques (président de la République, Premier ministre ou ministre, parlementaire), soit au service du gouvernement ou du Parlement, voire de grandes entreprises privées. En dépit des qualités éminentes qu'implique l'exercice de ces différentes fonctions, elles ne confèrent pas la légitimité acquise par une longue pratique indépendante de l'interprétation du droit.

Le nombre relativement faible des membres du Conseil constitutionnel⁷ accroît ce handicap car les quelques « juristes » expérimentés qui y siègent ne peuvent à eux seuls assumer une charge de travail devenue fort lourde, notamment depuis l'introduction de la QPC. Cela est d'autant plus fâcheux que, contrairement à leurs homologues étrangers, les membres du Conseil constitutionnel

ne possèdent pas d'assistants, conseillers, référendaires, *law clerks* ou autres *legal advisers* placés sous leur autorité, qui pourraient notamment combler dans certains cas les lacunes de connaissances et de réflexions autour de questions juridiques. Par exemple chaque juge de la Cour constitutionnelle fédérale allemande a 4 assistants de recherche de son choix, qui sont dans leur majorité des juges ou des procureurs issus des juridictions civiles, pénales, administratives, sociales ou financières ou des juridictions du travail. Les membres de la Cour suprême de l'Inde disposent chacun de 2 assistants. En Espagne, il existe un corps spécial appelé les *letrados*, conseillers juridiques sélectionnés par concours et disposant de compétences juridiques ou conseillers affectés temporairement au Tribunal et sélectionnés parmi des avocats, professeurs d'université, juges ou procureurs⁸. L'introduction de la QPC aurait dû s'accompagner d'un dispositif de ce genre⁹, non pas tant pour alléger la charge de travail de ses membres¹⁰, que pour combler leur déficit de compétence juridique. Dans la foulée de cette réforme, Paul Cassia a appelé à un « basculement qualitatif » du Conseil, qui n'est pas encore advenu à ce jour¹¹.

Certains membres du Conseil se satisfont de cette situation¹², tel le regretté Jacques Barrot, selon qui « ce serait une erreur de transformer le Conseil en une cour constitutionnelle »¹³. Comme l'a noté Patrick Wachsmann, une telle déclaration a le mérite de la clarté quant au statut du Conseil constitutionnel, « sauf peut-être aux yeux de ceux de nos collègues qui s'obstineraient à confondre leurs rêves avec la réalité »¹⁴. Ces faiblesses congénitales sont de fait minimisées par la doctrine¹⁵, les

3 V. Const., art. 13 et 56, et L. org. n° 2010-838, 23 juill. 2010.

4 55 personnes environ, tous services confondus. En 2005, le service juridique était composé de... 3 personnes (v. par ex. La contribution des services juridiques à la prise des décisions des cours constitutionnelles, intervention du responsable du service juridique du Conseil constitutionnel à la conférence des secrétaires généraux des cours constitutionnelles européennes tenue à Bled, Slovénie, les 29 et 30 sept. 2005 (www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20050930.pdf).

5 V. not. le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité (Cons. const., 4 févr. 2010, n° 2010-117 ORGA, JO 18 févr., p 2986).

6 La condition première de la prévention de l'arbitraire qui se dégage de l'évolution des procédures judiciaires depuis le Moyen-Âge se trouve dans « les qualités intellectuelles, professionnelles et morales requises du juge » (v. A. Wijffels, La motivation des décisions judiciaires, in F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau [dir.], La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles, Bruylant, 2012. 142).

N° 9 - Septembre 2017

7 Ce chiffre est plutôt comparable en Europe à ceux de « petits » pays, à l'instar de l'Estonie (9 juges), de la Lettonie (7 juges), du Luxembourg (9 juges), de la Lituanie (9 juges) ou de la Roumanie (9 juges). Dans les autres pays d'Europe qui ont une cour constitutionnelle, le chiffre s'élève à 12 (Bulgarie), 13 (Slovaquie, Croatie et Portugal), 15 (Italie et République tchèque) ou 16 (Allemagne).

8 Pour le cas français, seul le contentieux des élections législatives et sénatoriales peut impliquer le recrutement de 10 rapporteurs adjoints « choisis parmi les maîtres des requêtes du Conseil d'État et les conseillers référendaires à la Cour des comptes » (Ord. 7 nov. 1958, art. 36).

9 V., M. Fatin-Rouge Stefanini, Les qualités d'une Cour constitutionnelle : retour sur la dénomination du Conseil constitutionnel et la contestation de son caractère juridictionnel en comparaison avec la Belgique, Congrès de l'AFDC, Nancy, 2012, en ligne.

10 Comme le suggérait dès 2001 Noëlle Lenoir (Le métier de juge constitutionnel, Le débat n° 114, mars-avr. 2001).

11 P. Cassia, Il est temps de faire du Conseil constitutionnel une véritable juridiction, Le Monde, 17 févr. 2010.

12 V. par ex. P. Mazeaud : « Sur le mode de nomination, je ne dis pas non plus que notre système soit parfait. Mais je n'en imagine pas de meilleur », in 2, rue de Montpensier : un bilan, Cah. Cons. const. 2009, n° 25. Dans son livre témoignant de son expérience d'ancien président du Conseil constitutionnel (Ce que je ne pouvais pas dire, Laffont, 2016), Jean-Louis Debré ne fait pas mystère de l'illégitimité dont seraient frappés à ses yeux les juristes pour y siéger.

13 « Nous sommes, expliquait-il, trois législateurs qui connaissons la musique du Parlement. [...] Les juristes considèrent un peu que le droit est une fin en soi, tandis que les législateurs sont mieux à même de le ramener à sa dimension de moyen », J. Barrot, Le Monde, 25 févr. 2010.

14 V. note page suivante.

15 V. note page suivante.

commentateurs des décisions du Conseil constitutionnel faisant généralement comme si ses membres pouvaient porter au débat doctrinal le même type d'attention que ceux du Conseil d'État ou de la Cour de cassation.

Le débat sur les déficiences du Conseil constitutionnel ne doit donc pas se focaliser sur le caractère politique des nominations, et notamment sur la question – aussi pertinente soit-elle – de la présence en son sein des anciens présidents de la République¹⁶. En effet, le droit comparé nous montre « qu'il n'est jamais possible de couper tout lien entre les dirigeants, démocratiquement donc politiquement élus, et le mode de désignation des juges constitutionnels »¹⁷, ce qui condamne d'avance à l'échec toute révision du mode de nomination qui ignorerait ce lien. Il est plus important d'observer que dans les cours étrangères, le caractère politique des nominations a toujours pour contrepois le très haut niveau de compétences exigé de ses membres, ce qui n'est pas du tout le cas pour le Conseil constitutionnel français. Ainsi mal posée, la question du lien du politique et du constitutionnel sert de paravent commode au maintien d'une situation qui plonge nombre d'observateurs étrangers dans la stupéfaction lorsqu'ils découvrent l'institution française et ses pratiques.

La composition non professionnelle et intrinsèquement politique du Conseil provoque en effet des situations qui seraient considérées comme « intenable » dans les autres pays démocratiques. Deux questions notamment paraissent faire l'objet d'une interprétation pour le moins particulière de la part du Conseil constitutionnel : le principe d'impartialité des juridictions et, à certains égards, les règles de continuité dans l'administration de la justice. Deux questions qui mettent en lumière autant celle de la déontologie du magistrat¹⁸ que celle de la conception du lien entre les organes de justice et les justiciables.

La question de l'impartialité mérite qu'on s'y attarde un peu, car elle s'apprécie non seulement *in concreto* mais aussi *in abstracto*. *In concreto*, elle concerne la pratique du déport au sein de l'organe constitutionnel, que l'on peut considérer comme « légère », et de toute évidence « révélatrice d'un déficit d'impartialité »¹⁹. Aux termes du règlement intérieur dont le Conseil s'est doté en matière de QPC, « le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation »²⁰. Disposition inconcevable en toute autre démocratie et dont en France même on pourrait mettre en doute aussi bien la constitutionnalité (mais devant quelle juridiction ?) que la conformité à la Convention européenne des droits de l'homme (qui vise au nombre de ces droits celui de voir sa cause entendue par « un tribunal indépendant et impartial »²¹). Une fois posé qu'un membre du Conseil peut être ainsi à la fois juge et partie, l'impartialité est renvoyée à sa conscience individuelle²², hormis le cas de demande de récusation. Limitées à la procédure de QPC²³, ces demandes de récusation sont la plupart du temps refusées « sans que l'on sache ni par qui, ni quand, ni pourquoi, alors que l'incompatibilité paraissait devoir leur être étendue »²⁴. La désignation par le président de la République du président du Conseil constitutionnel fait aussi problème, dans la mesure où, ce dernier désignant les rapporteurs, il exerce une influence déterminante sur l'orientation de la décision à prendre²⁵. Dans la plupart des cours constitutionnelles étrangères, la désignation du président échappe au pouvoir politique, soit qu'il soit élu par ses pairs, soit – comme dans le cas italien – que la présidence soit assurée à tour de rôle par chacun d'eux. Lors de son audition devant l'Assemblée nationale en 2016, l'actuel président du Conseil constitutionnel a dévoilé sa propre conception de l'impartialité et du déport, en limitant cette possibilité à celle où il aurait à juger une loi dont il aurait été lui-même responsable lorsqu'il était ministre²⁶. Ainsi, le

14 P. Wachsmann, La composition du Conseil constitutionnel, *Jus Politicum* 2010, n° 5. Les critiques formulées à l'encontre du Conseil durant les premières années de la V^e République (v. l'accord entre le PC et la Fédération de la gauche démocrate et socialiste – dite FGDS – de févr. 1968 prévoyant la création d'une « Cour suprême constitutionnelle », évoqué par G. Grunberg *in* La loi et les prophètes, les socialistes français et les institutions politiques, CNRS éd., 2013. 248), ont vite laissé place à un accord sur le statu quo entre les partis de gouvernement.

15 V. par ex. L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, Otto Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni et J.-L. Mestre, *Droit constitutionnel*, 19^e éd., coll. « Précis », Dalloz, 2016, n° 317 ; v. aussi W. Mastor, Rénover la gauche : le Conseil constitutionnel doit être réformé, *Le Monde*, 12 janv. 2017.

16 Présence qu'il est régulièrement question de supprimer. V. en dernier lieu le projet de loi « pour la confiance dans notre vie démocratique » présenté par le garde des Sceaux, en conférence de presse le 1^{er} juin et en Conseil des ministres le 14 juin 2017 (après avis pris auprès du Conseil d'État et rendu le 12 juin 2017).

17 J.-M. Denquin, Justice constitutionnelle et justice politique, *in* C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin et P. Wachsmann (dir.), La notion de justice constitutionnelle, Actes du colloque de Strasbourg de janv. 2004, Dalloz, 2005. 75.

18 Selon l'avis autorisé d'un ancien membre du Conseil, cette déontologie est un « instrument d'auto-régulation d'un corps organisé, destiné à ce que ses membres se comportent conformément aux devoirs qui leur sont impartis, en adéquation avec les intérêts du corps auquel ils appartiennent et dans des conditions de nature à préserver l'image et l'intégrité de celui-ci », G. Canivet et J. Joly-Hurard, La déontologie du magistrat, Dalloz, 2009. 20.

19 A. David, Les variations dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel français : du contentieux *a priori* à la QPC, CRDF, Caen, 2014, n° 12, p. 133 s.

20 Cons. const., 4 févr. 2010, n° 2010-117 ORGA, préc., art. 4, al. 4.

21 Conv. EDH, art. 6, al. 1^{er}.

22 « Tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président » (Cons. const., 4 févr. 2010, n° 2010-117 ORGA, préc., art. 4, al. 1^{er}).

23 Cons. const., 4 févr. 2010, n° 2010-117 ORGA, préc., art. 4, al. 2 et 3 : « Une partie ou son représentant muni de cette fin d'un pouvoir spécial peut demander la récusation d'un membre du Conseil constitutionnel par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier. La demande n'est recevable que si elle est enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel avant la date fixée pour la réception des premières observations. La demande est communiquée au membre du Conseil constitutionnel qui en fait l'objet. Ce dernier fait connaître s'il acquiesce à la récusation. Dans le cas contraire, la demande est examinée sans la participation de celui des membres dont la récusation est demandée ».

24 P. Cassia et T. Clay, Le Conseil constitutionnel se meurt, vive la Cour constitutionnelle, *Libération*, 26 juill. 2011.

25 V. en ce sens l'« aveu » de Pierre Joxe indiquant qu'en neuf ans de mandature, il a été désigné 3 fois seulement comme rapporteur, *Cas de conscience*, Labor et Fides, 2010.

26 Audition du 18 févr. 2016 devant la commission des lois constitutionnelles, de la législation et l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale française.

fait pour un conseiller, même président de l'institution, de siéger lors d'une instance concernant un texte législatif dont il a voté le projet comme ministre n'est pas assimilé à un cas de partialité. Il est donc possible de dire que la pratique du dépôt, la composition et les règles que visiblement le Conseil constitutionnel ne se donne pas réellement pour siéger dans les conditions d'une justice équitable et impartiale, sont pour le moins en contrariété avec les standards de la justice constitutionnelle contemporaine.

Considéré *in abstracto*, le devoir d'impartialité exige par ailleurs des membres d'une juridiction des qualités d'indépendance et un devoir de réserve. Du premier point de vue, les activités de nombre de membres de l'institution lors de la période précédant leur entrée en fonction sont structurellement problématiques comme indiqué plus haut²⁷. Ce déficit d'indépendance « structurel » est aggravé par la possibilité prévue à l'article 4 du décret du 13 novembre 1959, qui autorise les membres du Conseil constitutionnel à demander leur mise en congé « pour la durée de la campagne électorale » à laquelle ils souhaitent participer. La confusion est ainsi entretenue entre les fonctions exécutive, législative et judiciaire, en même temps que se trouve négligée la question de la continuité de l'administration de la justice.

À cela s'ajoutent les très nombreuses interrogations relatives aux « influences » diverses qui s'exercent sur le Conseil constitutionnel²⁸. Alors qu'on aurait peine à imaginer un magistrat d'un tribunal administratif recevant le patron d'une grande entreprise publique dont la concession est contestée devant lui, un ancien président du Conseil constitutionnel ne fait pas mystère de ses contacts avec des responsables patronaux désireux de lui faire connaître leurs attentes sur la jurisprudence du Conseil²⁹. Sur un registre plus formel, s'est développée ces dernières années la pratique des « portes étroites », permettant à tout groupe, fédération, syndicat ou entreprise de faire connaître directement son point de vue au Conseil constitutionnel sur la loi soumise à son examen³⁰.

Alors que dans un État de droit les justiciables doivent pouvoir se fier à l'impartialité de leur juge, les conditions de cette confiance ne sont donc pas véritablement réunies s'agissant du Conseil constitutionnel. Il en va de même du devoir de réserve³¹, qui a souffert de multiples

entorses, sans que le Conseil constitutionnel paraisse s'en émouvoir ni adopte les mesures d'autodiscipline propres à en garantir le respect.

Ces questions doivent être prises d'autant plus au sérieux que l'emprise et le pouvoir créateur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'ont cessé de s'étendre. Dès lors que cette jurisprudence irradie dans tout l'ordre juridique, il n'est pas sans conséquences qu'elle soit élaborée dans les conditions d'un privilège non contesté de dire le droit sans le connaître. La justice constitutionnelle est, en ce sens, résolument politique³².

II. — LES DÉCISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL NE SONT PAS DE VÉRITABLES JUGEMENTS

Première des vertus civiques, la justice a souvent été représentée dans l'histoire sous les traits d'une déesse, qui serait la mère du droit et des autres vertus requises par la vie en société³³. Sa représentation allégorique par Lucas Cranach laisse apercevoir sa nudité sous un voile transparent qui lui recouvre la tête et le corps³⁴ : la justice n'a rien à cacher et doit pouvoir être vue de tous, mais on ne peut jamais y accéder complètement. Depuis la Révolution française et l'instauration de l'État de droit, cette exigence de transparence se traduit techniquement par l'obligation faite aux juges de motiver leurs décisions de façon claire et argumentée. Obligation qui s'impose particulièrement s'agissant des plus hautes juridictions, celles qui ont le dernier mot sur l'interprétation du droit. Leur autorité dépend largement de la qualité argumentative de leurs décisions, seule à même de dissiper tout soupçon d'arbitraire et de contribuer à un débat public vivant et constructif. Il a été justement observé que « l'autorité de la décision ne suffit pas à elle seule »³⁵ et que c'est sa motivation qui peut « faire naître chez le justiciable le sentiment d'un accomplissement légitime de l'office juridictionnel »³⁶. Or sur ce terrain également le Conseil constitutionnel français paraît singulièrement déficient. De l'avis de nombreux auteurs, ses décisions sont « d'une qualité très inégale », car sa composition « non profession-

27 P. Wachsmann, préc., p. 33 ; v. aussi M.-C. Ponthoreau : « En n'exigeant pas des futurs membres une compétence juridique reconnue, on se prive d'une condition consubstantielle à la Constitution d'un organe impartial. Il est ici question de la confiance que les justiciables placent dans leur justice constitutionnelle », « L'énigme de la motivation encore et toujours. L'éclairage comparatif », in F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des cours...*, op. cit., p. 15.

28 V. une enquête qui a en quelque sorte « fait date », de Mathilde Mathieu, Dans les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies, Médiapart, 12 oct. 2015. Un bref regard sur la presse montre une émergence sensible de ce thème ; v. aussi P. Wachsmann, préc., p. 22.

29 J.-L. Debré, Ce que je ne pouvais pas dire, op. cit., p. 257.

30 V. Un rapport récent permet de se faire une idée assez précise des multiples influences qui s'exercent ainsi sur le Conseil constitutionnel (D. de Béchillon, Réflexions sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel, Le Club des juristes, janv. 2017, en ligne).

N° 9 - Septembre 2017

31 V. Ord. 7 nov. 1958, art. 7 (posant « l'interdiction pour les membres du Conseil constitutionnel, pendant la durée de leurs fonctions, de ne prendre aucune position publique sur les questions ayant fait, ou susceptibles de faire l'objet de décision de la part du Conseil »), et l'article 2 du décret du 13 nov. 1959 (« les membres du Conseil constitutionnel s'interdisent en particulier pendant la durée de leurs fonctions [...] de prendre aucune position publique ou de consulter sur des questions ayant fait ou étant susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil constitutionnel »).

32 V., M. H. Davis, *The Law/Politics Distinction, the French Conseil constitutionnel, and the US Supreme Court*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 34, n° 1, 1986. 45-92.

33 V. A. Supiot, Poïétique de la justice, in *Mélanges offerts à François Ost*, à paraître.

34 Lucas Cranach, Allégorie de la Justice, 1537.

35 E. Jouannet, Remarques conclusives, in H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, 2008. 279.

36 M.-C. Ponthoreau, L'énigme de la motivation encore et toujours. L'éclairage comparatif, in F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des cours...*, op. cit., p. 15.

nelle » entraîne inévitablement un « risque » de produire des décisions « juridiquement fragiles [...]. Variations ou flottements de jurisprudence, obscurité de décisions mal ou insuffisamment motivées, voire incorrections ne sont pas rares dans les décisions du Conseil constitutionnel, qui [...] peine à jouer son rôle de gardien des libertés publiques »³⁷.

De fait la motivation des décisions du Conseil constitutionnel français est non seulement très souvent lapidaire, mais aussi, parfois, inexistante³⁸. Peut-être le Conseil constitutionnel suit-il les prescriptions des canonistes, « dénonçant comme *fatuus*, “sot”, le juge qui exprimerait publiquement les motifs de ses décisions »³⁹ ?

Sans que l'on puisse toujours être certain des mobiles des décisions mal ou peu motivées, il apparaît que ce défaut de motivation peut conduire à des conséquences inattendues par leurs auteurs, telle la décision rendue à propos de la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Le texte soumis à l'examen du Conseil prévoyait, dans sa rédaction adoptée par le Parlement, d'interdire aux parlementaires de continuer à exercer une fonction de conseil, quelle qu'en soit la nature, lorsqu'ils ne l'exerçaient pas avant le début de leur mandat dans le cadre d'une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Il s'agissait de mettre un terme à la pratique, observée dans tous les partis politiques, consistant pour un élu à prêter ses services de conseil à des intérêts privés qu'il a par ailleurs pour mission de réglementer au nom de l'intérêt général. Cette disposition a été déclarée contraire à la Constitution, au visa de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, par le « motif » suivant : « Le législateur a institué des interdictions qui, par leur portée, excèdent manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou prévenir les risques de confusion ou de conflits d'intérêts »⁴⁰. Les conséquences de cette décision se sont révélées dévastatrices pour ceux-là mêmes qu'elle visait à protéger, comme l'ont illustré les déboires d'un candidat en vue aux élections présidentielles de 2017, mettant ainsi en lumière la responsabilité du Conseil dans la persistance de cumuls d'activités des parlementaires, propres à nourrir d'évidents conflits d'intérêts⁴¹. En quoi aurait-il été « manifestement excessif » d'éviter à un parlementaire la tentation d'ouvrir un cabinet de conseil quelques jours avant son entrée en

fonction pour faciliter « les investissements à long terme » de riches clients intéressés au travail législatif ? Mystère. Faudra-t-il alors réviser la Constitution, voire l'article 6 de la Déclaration de 1789, avant d'adopter la loi de moralisation de la vie publique promise par le nouveau président de la République élu en mai 2017 pour interdire ce type de cumuls ?

L'obligation de motiver les décisions de justice est l'un des acquis de l'État de droit que nous a légués la Révolution⁴². Le Conseil constitutionnel s'inspire peut-être de l'*imperatoria brevitatis* qui a permis au Conseil d'État d'acquiescer et de consolider ses compétences sur l'administration qu'il contrôle. Cela sous l'influence de ses secrétaires généraux qui sont généralement issus de cette juridiction⁴³ et dont le poids dans la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel est proportionnel au manque de compétence juridique d'une bonne partie de ses membres. Mais ce qui a été peut-être valable, et en d'autres temps, pour le Conseil d'État ne l'est pas aujourd'hui pour le Conseil constitutionnel, dont les décisions limitent le pouvoir de la majorité démocratiquement élue et doivent donc pour être légitimes être solidement fondées en droit et comprises de tous. L'introduction de la pratique du *dissent*, si féconde dans de nombreuses cours étrangères (en Allemagne par exemple depuis 1971 ou au Portugal depuis la création du Tribunal constitutionnel par la Constitution de 1976), pourrait contribuer à mieux asseoir cette légitimité, en rendant publiques les conditions de prise de décisions situées à l'articulation du débat démocratique et du respect du droit constitutionnel.

Certains auteurs regrettent aussi la facture non consquentialiste des décisions du Conseil constitutionnel, qui

³⁷ P. Wachsmann, préc., p. 30, et aussi Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel, in *Frontières du droit, critique des droits*. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, LGDJ, 2007. 279.

³⁸ V. récemment et par ex. Cons. const., 26 janv. 2017, n° 2016-745, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, consid. 167 : « L'article 68 de la loi déferée se borne à prévoir : “La Nation reconnaît le droit de chaque jeune atteignant à compter de 2020 l'âge de dix-huit ans à bénéficier, avant ses vingt-cinq ans, d'une expérience professionnelle ou associative à l'étranger”. *Dépourvu de portée normative, cet article est contraire à la Constitution* ». Nous soulignons.

³⁹ A. Wijffels, préc., p. 145.

⁴⁰ Cons. const., 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC, AJDA 2013. 1942 ; D. 2013. 2483, chron. A. Laude ; *ibid.* 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; Constitutions 2013. 542, obs. J. Benetti ; *ibid.* 545, obs. P. Bachschmidt.

⁴¹ Après que la société 2F Conseil créée par M. François Fillon le 16 juin 2012 (quelques jours avant son entrée au Parlement) s'est vu confier par le groupe d'assurance AXA de 2012 à 2014 une mission portant sur ses « investissements de long terme » pour un montant estimé de 200 000 € (v. Les Échos, 23 déc. 2017), le programme présidentiel de M. Fillon prévoyait de « Redéfinir les rôles respectifs de l'assurance publique et de l'assurance privée, en focalisant l'assurance maladie notamment sur les affections graves ou de longue durée ; le panier de soins “solidaire” ; et l'assurance complémentaire sur le reste ». Il se trouve qu'une redéfinition est depuis longtemps un objectif stratégique des grandes entreprises d'assurance, au premier rang desquelles le groupe AXA, qui promet depuis 1990 la privatisation des pans les plus rentables de l'assurance maladie (v. D. Tabuteau, *Démocratie sanitaire*. Les nouveaux défis de la politique de santé, O. Jacob, 2013. 144). L'ancien directeur des affaires juridiques, des finances et de l'international au secrétariat du groupe AXA-UAP (devenu ensuite directeur général Asie Pacifique et membre du comité exécutif du groupe AXA) a été nommé en 2016 membre du Conseil constitutionnel par le président du Sénat.

⁴² T. Sauvel, *Histoire du jugement motivé*, RD publ. 1955. 5-53.

⁴³ V. A. Ciaudo, *Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le secrétaire général du Conseil constitutionnel*, RFDC 2008/1, n° 73, p. 17-26. Le témoignage de Noëlle Lenoir désigne assez clairement cette instance maîtresse de la partition juridique du Conseil : « Je veux simplement souligner qu'en France, plus qu'ailleurs, le juge constitutionnel est proche de l'arène politique dès lors que l'usage du contrôle de constitutionnalité est étroitement lié à la compétition politique. [...] Le rapporteur est assisté du service juridique du Conseil dont la compétence hors pair pallie le caractère peu étoffé » (Le métier de juge constitutionnel, préc.). V. dans le même sens le témoignage précité du responsable du service juridique du Conseil constitutionnel, La contribution des services juridiques à la prise de décision des cours constitutionnelles. Le secrétaire général est presque toujours issu du Conseil d'État (sauf de 1983 à 1986 M. Bernard Poullain, magistrat à la Cour de cassation).

tranche avec la plupart des décisions des autres cours constitutionnelles. Fabrice Hourquebie a ainsi observé que « les juges de *common law* [...] n'hésitent pas à envisager les conséquences qu'une interprétation aurait sur l'ordre moral, social ou économique pour motiver leur décision », et exposent ainsi leurs différents arguments, à la recherche du « soutien de l'opinion publique », pratiques qui « se doublent d'ailleurs généralement d'une interprétation "évolutive" du texte en cause »⁴⁴. En rendant accessibles certaines de ses délibérations⁴⁵, l'ouverture des archives du Conseil a montré que le Conseil constitutionnel n'était pas en fait étranger à l'argument conséquentialiste⁴⁶, mais sa motivation formelle ne permet pas d'en prendre la mesure. Les décisions du Conseil constitutionnel sont souvent obscures ou laconiques et évitent toute discussion des choix sociaux, économiques ou philosophiques qu'elles impliquent. Le contraste est grand avec le soin argumentaire dont font preuve ses homologues à l'étranger. Ainsi le *Bundesverfassungsgericht* (la Cour constitutionnelle allemande) s'attache à poser clairement, et très concrètement, les termes et les enjeux de la discussion constitutionnelle autour de la loi litigieuse⁴⁷, déployant une véritable réflexion juridique dont on chercherait vainement l'équivalent dans les décisions du Conseil constitutionnel français. La différence de qualité de cette réflexion apparaît clairement (et cruellement) si l'on compare par exemple la décision rendue par le *Bundesverfassungsgericht* sur la ratification du traité de Lisbonne⁴⁸ et celle rendue sur le même sujet par notre Conseil constitutionnel⁴⁹ : d'un côté une réflexion approfondie (64 000 mots) sur les enjeux de la ratification de ce Traité au regard des principes constitutionnels de démocratie et d'économie sociale de marché. De l'autre une *check-list* (3 600 mots) des modifications constitutionnelles impliquées par la ratification. On pourrait aussi comparer la décision rendue par le Tribunal constitutionnel espagnol sur le statut de la Catalogne⁵⁰ (près de 1 000 pages) et celle du Conseil constitutionnel sur le statut de la Corse⁵¹, qui tient en une dizaine de pages dans lesquelles les enjeux sociétaux n'apparaissent pas.

Bien entendu la quantité ne fait pas la qualité, et le Tribunal espagnol a mis près de quatre ans à rendre sa décision, quand le Conseil constitutionnel ne disposait que d'un mois pour rendre la sienne. Ce dernier est par ailleurs assez naturellement empreint de la culture juridique française, qui impose aux décisions de justice un moule syllogistique et déductif, bien différent du style inductif qui domine notamment la culture de *common law*. Mais cette structure déductive a été conçue comme une prévention de l'arbitraire du juge et n'est nullement incompatible avec le déploiement d'une argumentation approfondie susceptible d'asseoir non seulement la légalité, mais aussi la légitimité de sa décision dans l'exercice du pouvoir prétorien dont tout juge dispose inévitablement⁵².

Dès lors que les normes constitutionnelles n'emportent pas, par elles-mêmes, un sens immédiatement et unanimement partagé, une recherche doit avoir lieu pour dégager un sens qui soit en accord avec les principes du droit et ses ambitions. Selon Dieter Grimm, « l'existence d'une Constitution qui contient des éléments sociaux et celle d'une cour constitutionnelle qui puisse aider à les concrétiser fait donc [...] toute la différence »⁵³. Il est certain que le Conseil, en ne confrontant pas le sens des dispositifs législatifs contrôlés aux enjeux sociaux, politiques et économiques déterminés par le système constitutionnel, ne donne pas de la Constitution le sentiment d'un texte vivant (*the living Constitution*) et en discussion. C'est particulièrement vrai de son interprétation des « principes politiques, économiques et sociaux » proclamés dans le Préambule de la Constitution de 1946 et réaffirmés solennellement en 1958. Proclamés comme « particulièrement nécessaires à notre temps », ces principes exigent explicitement dans leur mise en œuvre une actualisation régulière, qui doit être guidée par une conception ferme et cohérente de la « République sociale » visée par l'article 1^{er} de notre Constitution.

III. — LA « RÉPUBLIQUE SOCIALE », PART MÉCONNUE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DE LA FRANCE

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la République française est dite par la Constitution « indivisible, laïque, démocratique et sociale »⁵⁴. On s'accordera sans peine à considérer que ces qualificatifs participent de ce que le Conseil constitutionnel, suivant timidement une voie tracée beaucoup plus fermement en Allemagne par le *Bundesverfassungsgericht*⁵⁵, a nommé « l'identité constitutionnelle de la France ». Visant à réduire au minimum

⁴⁴ F. Hourquebie, L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law*, in F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, La motivation des cours..., *op. cit.*, p. 29.

⁴⁵ V. B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau et X. Philippe, Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986, 2^e éd., coll. « Les Grands textes », Dalloz, 2014.

⁴⁶ V. aussi P. Deumier, Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation, *Archives Phil. dr.* 2006, n° 50, p. 74.

⁴⁷ 1 BvR 555/15, 25 juin 2015.

⁴⁸ Décision 2 BvE 2/08 du 30 juin 2009.

⁴⁹ Cons. const., 20 déc. 2007, n° 2007-560 DC, Constitutions 2010. 53, obs. A. Levade ; RTD eur. 2008. 5, étude J. Roux.

⁵⁰ Arrêt 31/2010 du 28 juin 2010. Pour un intéressant commentaire « français » de cette décision, v. H. Alcaraz et O. Lecuq, La motivation des arrêts du Tribunal constitutionnel espagnol à l'épreuve de l'état des autonomies. Illustrations tirées de l'arrêt 31/210 du 28 juin 2010 relatif au statut de la Catalogne, in F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau (dir.), La motivation des cours..., *op. cit.*, p. 212 s.

⁵¹ Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, D. 1991. 624, note R. Debiasch ; RFDA 1991. 407, note B. Genevois, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse.

N° 9 - Septembre 2017

⁵² V., G.-H. Camerlinck (dir.), *Traité de droit du travail*, t. 9, A. Supiot, Les juridictions du travail, Dalloz, 1987, n° 174, p. 183 s.

⁵³ D. Grimm, Allemagne. L'État social dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, *Sem. soc.* Lamy, 2016, n° 1746.

⁵⁴ Ces qualificatifs se retrouvent à l'identique dans les articles 1^{er} des Constitutions du 27 oct. 1946 et du 4 oct. 1958.

⁵⁵ V., F. Mayer, L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle de l'Allemagne, in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011. 63 s.

minimorum le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives européennes, la décision qui a consacré cette notion est sans surprise extrêmement laconique : « La transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »⁵⁶. Si la notion d'identité constitutionnelle est ainsi bien présente dans la jurisprudence du Conseil, il a été justement observé que « son contenu n'est pas identifié et sa définition esquivée », si bien qu'il revient à la doctrine de tenter de lui donner vie et substance, sans être sûr que le juge constitutionnel lui-même ait su ce qu'il entendait y intégrer⁵⁷. Ce travail doctrinal suppose de faire bien sûr comme si le Conseil était susceptible de prêter attention à la doctrine – ce qui est nous l'avons dit assez hasardeux.

La « République sociale » est une notion laissée en jachère, alors que cette dimension de « l'identité constitutionnelle de la France » serait sans doute la mieux à même de donner un cadre conceptuel cohérent à l'emprise du droit constitutionnel sur le droit du travail et de la sécurité sociale. Cette emprise, on le sait, n'a cessé de s'étendre depuis que le Conseil a intégré au bloc de constitutionnalité le Préambule de la Constitution de 1958, et par ricochet celui de la Constitution de 1946 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, textes auxquels est venue s'ajouter depuis 2005 la Charte de l'environnement. Ces textes de référence sont abordés par le Conseil comme des couches normatives hétérogènes, comme un empilement de droits et de principes indépendants, les uns des autres, voire antinomiques, qui doivent donc être conciliés et hiérarchisés. Il serait plus avisé d'y lire le développement historique d'un ensemble cohérent de principes constitutifs de « l'identité constitutionnelle de la France » et de les considérer dans leur ensemble, comme un seul et même tableau de traits caractéristiques de notre République.

Ainsi, par exemple, le sens de son indivisibilité se dégage non seulement de l'article 3 de la Déclaration de 1789⁵⁸ mais aussi de l'alinéa 6 du Préambule de 1946 (définissant le syndicalisme, non pas comme appartenance à des corps intermédiaires, mais comme une liberté individuelle s'exerçant collectivement) ou de son alinéa 9 (imposant la nationalisation des biens ou entreprises ayant le caractère d'un service public ou d'un monopole de fait). De même, la laïcité est éclairée à la fois par l'article 10 de la Déclaration⁵⁹ et par l'alinéa 5 du Préambule⁶⁰. Le sens de l'identité démocratique se découvre en considérant

ensemble les textes de la Déclaration, du Préambule et de la Charte de l'environnement. Cette démocratie est à la fois politique (DDH, art. 6⁶¹ ; Préambule de 1946, al. 3 et 4⁶²), économique et sociale (DDH, art. 1^{er} et 4⁶³ ; Préambule de 1946, al. 6 à 9⁶⁴) et environnementale⁶⁵. Quant à l'identité sociale de la République, outre cette composante démocratique, elle comporte la reconnaissance indivisible de droits et devoirs, qui se trouvent bien sûr dans le Préambule de 1946 (al. 5, 9, 10, 11 et 12⁶⁶), mais aussi déjà dans la Déclaration de 1789 (art. 6, 13 et 14⁶⁷) et dans la Charte de l'environnement⁶⁸. Si ces textes forment bien, selon l'heureuse expression de Claude Emeri, un « bloc » de constitutionnalité⁶⁹, c'est qu'ils « font système » en combinant dans une même structure normative à la fois des droits et devoirs, tant individuels que collectifs. Dans cette perspective systémique, la « République sociale » devrait jouer le rôle d'un « métaprincipe », à l'instar de la notion de *Sozialstaat* en Allemagne⁷⁰ et permettre de lier les droits et les devoirs

⁵⁶ Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, § 19 ; D. 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard ; *ibid.* 2878, chron. X. Magnon ; *ibid.* 2007. 1166, obs. V. Bernard, L. Gay et C. Severino ; RTD civ. 2006. 791, obs. T. Revet ; *ibid.* 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri.

⁵⁷ L. Burgogue-Larsen, L'identité constitutionnelle en question(s), in L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁸ Art. 3 : « Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».

⁵⁹ Art. 10 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ».

⁶⁰ Al. 5 : « [...] Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

⁶¹ Art. 6 : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

⁶² Respectivement relatifs à l'égalité des femmes et des hommes (al. 3) et au droit d'asile de tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté (al. 4).

⁶³ Art. 1^{er} : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » ; art. 4 : Liberté (d'où se déduisent la liberté du travail et la liberté d'entreprise).

⁶⁴ Préambule de 1946, al. 6 (liberté syndicale), 7 (droit de grève), 8 (participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises) et 9 (« Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité »).

⁶⁵ Charte de l'environnement, art. 7 : « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Le référendum organisé au sujet du projet d'aéroport de Notre-Dame des Landes répondait à cet impératif.

⁶⁶ Respectivement consacrés au devoir de travailler et au droit d'obtenir un emploi ; à la nationalisation des services publics et des monopoles de fait ; au devoir de la nation d'assurer les conditions du développement individuel et familial ; aux droits à la protection sociale ; et à la solidarité face aux charges résultant des calamités nationales.

⁶⁷ Respectivement consacrés à l'admission des citoyens à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ; au devoir de contribuer aux charges publiques et au droit d'en constater la nécessité et d'en approuver le montant.

⁶⁸ Art. 1^{er} (droit à un environnement sain), 2 et 3 (devoir de prendre part à sa préservation).

⁶⁹ C. Emeri, Le bloc de la constitutionnalité, RD publ. 1970. 608.

⁷⁰ V. L. Heuschling, Le méta-principe de l'État social (*Sozialstaat*) dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, in L. Burgogue-Larsen (dir.), La justice sociale saisie par les juges en Europe, *op. cit.*, p. 95.

dans le domaine économique et social comme dans le domaine environnemental.

Mais ce n'est pas cette méthode qui a prévalu dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (ni du reste en doctrine). La tendance lourde consiste à interpréter ces textes sous le seul angle des droits individuels et à opposer des droits de « première » et de « seconde » génération. Dès lors, le Conseil s'est donné pour tâche de « concilier » ces droits dont on présume l'antinomie latente. Le droit social constitutionnel serait ainsi marqué par ce que dans les années 70 le chef des services juridiques de la Confédération française démocratique du travail (CFDT), Jean-Paul Murcier, avait nommé le « conflit des logiques » entre d'une part les droits d'inspiration libérale favorables aux employeurs et d'autre part les droits d'inspiration sociale, favorables aux travailleurs⁷¹.

Il faut reconnaître que cette grille d'analyse, qui se retrouve chez les meilleurs auteurs⁷², rend effectivement compte du mode de raisonnement du Conseil constitutionnel et de la dérive néolibérale qui l'a conduit depuis une quinzaine d'années à donner progressivement la priorité aux libertés économiques sur les droits de seconde génération⁷³. La protection de la liberté d'entreprendre par le Conseil est un bon témoin de cette évolution. En 1984, le Conseil considérait que « la liberté d'entreprendre n'[était] ni générale, ni absolue ; qu'il [était] loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée »⁷⁴ ; en 1997, que le législateur ne devait pas lui apporter des « atteintes excessives »⁷⁵ ; en 2000, qu'il devait « veiller à ce que leur application ne limite pas la liberté d'entreprendre dans des proportions excessives au regard de l'objectif constitutionnel (poursuivi) »⁷⁶ ; et en 2017 qu'il ne résulte pas des limitations que le législateur apporte à la liberté d'entreprendre des « atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »⁷⁷.

Sa méthode consiste à considérer les droits de seconde génération (consacrés par le Préambule) comme autant de

dérogations, d'interprétation restrictive, aux libertés économiques des entreprises, que le Conseil déduit des droits de « première génération » consacrés par la Déclaration de 1789 (droit de propriété, à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre). Sur la base de cette antinomie présumée des droits relevant de « l'économique » et du « social », il lui suffit de se référer au principe de proportionnalité pour mettre en balance les uns et les autres et décider souverainement de censurer les dispositions législatives portant une « atteinte disproportionnée » aux libertés économiques⁷⁸.

Cette méthode est semblable à celle dont use la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁹, mais avec parfois une surenchère dans l'intégrisme du marché. Le Conseil constitutionnel est ainsi allé bien au-delà de ce qu'exigeait la Cour européenne en matière de protection sociale complémentaire. Pour donner satisfaction à une revendication des assureurs⁸⁰, il a rayé d'un trait de plume l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, leur permettant ainsi d'investir le marché fort lucratif de l'assurance complémentaire santé sans s'embarasser du « degré de solidarité élevé » entre les entreprises d'une même branche d'activité, que le législateur, s'inspirant de la jurisprudence européenne⁸¹, avait entendu encourager. Dans une décision qui ne dit mot du principe de solidarité, le Conseil se contente d'affirmer que « les dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale portent à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques »⁸². Le Conseil a usé du même raisonnement pour censurer la loi Florange⁸³ ou la loi relative à l'économie sociale et solidaire⁸⁴.

⁷¹ Sur cette théorie du conflit des logiques v. Les juridictions du travail, *op. cit.*, n° 81-85, p. 89-94 ; *addé* Action juridique CFDT, n° spécial d'hommage : Jean-Paul Murcier. Histoire d'un engagement, mars 2016.

⁷² V. not. G. Lyon-Caen, La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail, D. 1989. Chron. 289, A. Jeammaud, Le droit constitutionnel dans les relations du travail, AJDA 1991. 612.

⁷³ V., G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, 30^e éd., coll. « Précis », Dalloz, 2016, n° 44, p. 56 s. ; E. Dockès, La raison du plus fort dans la jurisprudence constitutionnelle en droit du travail, in Actes (à paraître) du colloque « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit », Paris 2, mai 2017.

⁷⁴ Cons. const., 4 juill. 1989, n° 89-254 DC, § 5 ; D. 1990. 209, note F. Luchaire ; Rev. sociétés 1990. 27, note Y. Guyon ; RTD civ. 1990. 519, obs. F. Zenati.

⁷⁵ Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, § 51 ; D. 1999. 236, obs. F. Mélin-Soucramanien ; *ibid.* 234, obs. L. Favoreu ; Dr. soc. 1997. 476, étude X. Prétot ; RTD civ. 1997. 787, obs. N. Molfessis ; *ibid.* 1998. 99, obs. J. Mestre.

⁷⁶ Cons. const., 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC, § 40 ; D. 2001. 1838, obs. N. Jacquinet.

⁷⁷ Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

N° 9 - Septembre 2017

⁷⁸ V., A. Marzal Yetano, La dynamique du principe de proportionnalité, LGDJ-Institut Varenne, 2014.

⁷⁹ V., P. Rodière, in La solidarité. Enquête sur un principe juridique, O. Jacob, 2015. 333 s.

⁸⁰ V. les prises de position d'Axa et Groupama, in Argus de l'assurance, 21 févr. 2013.

⁸¹ CJCE, 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R Prévoyance*, AJDA 2011. 1007, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RFDA 2011. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RSC 2012. 315, chron. L. Idot ; RTD eur. 2011. 829, obs. J.-B. Blaise. V., J. Barthélémy, Clauses de désignation et de migration au regard du droit communautaire de la concurrence, JS Lamy 2011, n° 296 ; J.-F. Akandji-Kombé, Clauses de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de négociation et liberté économique, Dr. soc. 2013. 880-886.

⁸² Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, § 13 (*addé* dans le même sens Cons. const., 22 déc. 2016, n° 2016-742 DC), Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, D. 2014. 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; Dr. soc. 2013. 673, étude J. Barthélémy ; *ibid.* 680, étude D. Rousseau et D. Rigaud ; *ibid.* 2014. 464, chron. S. Hennion, M. Del Sol, P. Pierre et M. Hallopeau ; *ibid.* 1057, étude J. Barthélémy ; Constitutions 2013. 400, chron. A.-L. Cassard-Valembois ; RTD civ. 2013. 832, obs. H. Barbier ; J.-P. Chauchard, Deux enseignements à propos de la généralisation de la couverture complémentaire santé, Dr. ouvrier 2013. 626-637 ; B. Serisay, La protection complémentaire après la décision du Conseil constitutionnel, Sem. soc. Lamy 2013, n° 1592, p. 13 ; X. Prétot, La protection sociale obligatoire survira-t-elle au despotisme du droit de la concurrence ?, RJS 2013. 643 ; A. Supiot, La solidarité civile et ses ennemis, in Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz, 2015. 481-490 ; et, sur cet usage de la notion de mutualisation, Mutualisation : de quoi parlons-nous ?, D. 2016. 726-731.

⁸³ V. note page suivante.

⁸⁴ V. note page suivante.

Indépendamment même du pouvoir discrétionnaire que le principe de proportionnalité confère au juge constitutionnel, et de son penchant de plus en plus marqué pour faire pencher la balance du côté des grandes entreprises, c'est le recours même à cette mise en balance qui, pour au moins deux raisons, mériterait d'être interrogé.

La première raison est que l'extension des droits fondamentaux aux personnes morales ne va pas de soi⁸⁵. La personnalité juridique des entreprises est un simple instrument mis à la disposition des entrepreneurs pour développer une activité jugée profitable à la collectivité. Cet instrument leur permet tout à la fois de mobiliser d'énormes richesses, de limiter leur propre responsabilité et de faire échapper leur entreprise à leur mortelle condition. Il ne doit donc être utilisé que dans les limites précisément fixées par la loi, limites qui subordonnent l'usage de cet instrument au respect d'autres règles, visant à assurer la liberté, la sécurité et la solidarité au sein d'une société donnée. L'assimilation pure et simple des droits des personnes morales et des personnes physiques est lourde pour la démocratie de menaces qui ont été dénoncées de longue date aux États-Unis⁸⁶. Cette menace est encore aggravée par la tendance du Conseil constitutionnel à donner plus de poids aux droits constitutionnels des personnes morales qu'à ceux des personnes physiques, ainsi que le montre de façon caricaturale son traitement inégal de la liberté contractuelle en matière d'assurance santé : celle des entreprises est indérogeable et celle des salariés inopposable.

Mais aussi et surtout le recours au principe de proportionnalité conduit à évacuer toute considération des principes constitutifs de la République sociale, que sont notamment la solidarité et la démocratie économique. Au regard de ces deux principes, les droits de première et seconde génération ne sont pas des droits antinomiques qu'il faudrait concilier ou hiérarchiser, mais au contraire les composantes indissociables d'un même régime constitutionnel⁸⁷. On ne peut, sans bafouer ces deux principes

constitutifs, interdire aux partenaires sociaux d'établir librement une solidarité entre les entreprises et les salariés d'une même branche face au risque maladie. De même, on ne peut sans bafouer le principe de démocratie économique, permettre à une société ou un groupe d'imposer la fermeture d'une entreprise, quand bien même le tribunal de commerce aurait jugé sérieuse l'offre d'un repreneur. Ce déni de démocratie économique porte aussi bien atteinte à la liberté d'entreprendre du repreneur qu'au droit à l'emploi des salariés. La solidarité et la démocratie économique ne sont pas des entraves à la liberté d'entreprendre, mais bien au contraire des modalités nécessaires de sa mise en œuvre. Cette nécessité est reconnue par les grandes entreprises elles-mêmes, qui font profession de « responsabilité sociale et environnementale ». Elle procède des nouvelles formes de leur organisation, qui n'est plus unitaire et intégrée, mais réticulaire. Cette forme réticulaire appelle la reconnaissance d'une certaine solidarité entre les différents maillons des chaînes d'approvisionnement, de production, ou de distribution, tant du point de vue de la démocratie économique (représentation et de la négociation collective) que de celui de la responsabilité sociale et environnementale. Le législateur s'est timidement engagé dans cette voie, notamment au travers de la récente loi sur le devoir de vigilance⁸⁸.

Le Conseil constitutionnel n'a pas bloqué ce mouvement, mais il tente de le freiner, car il demeure prisonnier d'une méthode d'interprétation qui l'empêche de prendre la mesure des formes contemporaines d'exercice de la liberté d'entreprendre. Afin de pouvoir recourir comme à son habitude au principe de proportionnalité pour élargir à sa guise son pouvoir prétoire, il a inventé dans deux décisions récentes un « envers » du principe constitutionnel de responsabilité, qui lui permettra de limiter à l'avenir celle des donneurs d'ordre dans les réseaux de production⁸⁹.

La première de ces décisions visait les dispositions de l'article L. 8222-2 du code du travail, qui prévoient la mise en cause de la responsabilité d'un donneur d'ordre en cas de recours au travail clandestin par ses sous-traitants directs ou indirects⁹⁰. Selon le Conseil, « la loi peut instituer une solidarité de paiement dès lors que les conditions d'engagement de cette solidarité sont proportionnées à son étendue et en rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur ». Le principe de responsabilité pourra ainsi être invoqué, non pour obtenir réparation, mais au contraire pour contester toute loi imposant une certaine coresponsabilité entre membres d'un même réseau de production ou de distribution, alors qu'il s'agit d'un outil essentiel pour donner une portée juridique à l'idée de responsabilité sociale et environnementale des entreprises.

⁸³ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, § 20 et 21 ; D. 2014. 1101, chron. J.-P. Chazal ; *ibid.* 1287, chron. L. d'Avout ; *ibid.* 1844, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; *ibid.* 2015. 1457, obs. L. Gay et A. Mangiavillano ; Dr. soc. 2014. 574, obs. P.-H. Antonmattei ; RDT 2014. 528, étude T. Sachs et S. Vernac ; RFDA 2014. 589, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; sur cette décision, v. le commentaire nuancé de J.-P. Robé, *in* A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, 2015. 237-251.

⁸⁴ Cons. const., 17 juill. 2015, n° 2015-476 QPC, § 13 ; D. 2015. 1537, et les obs. ; *ibid.* 2016. 1461, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; Constitutions 2015. 555, chron. J.-F. Giacuzzo ; *ibid.* 573, chron. S. Vernac.

⁸⁵ Sur « les droits fondamentaux des personnes morales », v. X. Dupré de Boulois, *Rev. dr. et lib. fondamentaux* 2011, chron. 15 et 17.

⁸⁶ C'est un thème récurrent dans les débats au sein de la Cour suprême, depuis Louis Brandeis (« la principale objection que je vois à la très grande entreprise est qu'elle rend possible – et dans nombre de cas, inévitable – l'exercice d'un absolutisme industriel », *in Testimony before the US Commission on Industrial Relations*, 1916) jusqu'aux juges Byron White (« l'État n'est pas obligé de permettre à sa propre créature de le dévorer », *dissent* dans l'arrêt *Bellotti* 435 U.S. 765 (1978) ou William Rehnquist (« toute espèce d'organisation à laquelle l'État confère des privilèges particuliers ou des immunités différentes de celles des personnes physiques sont sujettes à des réglementations », *ibid.*).

⁸⁷ Sur la place nodale du principe de solidarité dans l'interprétation des droits économiques et sociaux, v. E. Christodoulidis, *Social Rights Constitutionalism : An Antagonistic Endorsement*, *Journal of Law and Society*, vol. 44, n° 1, mars 2017. 123-149.

⁸⁸ L. n° 2017-399, 27 mars 2017.

⁸⁹ V., B. Girard, *Le retournement du principe constitutionnel de responsabilité en faveur des auteurs de dommages*, D. 2016. 1346.

⁹⁰ Cons. const., 31 juill. 2015, n° 2015-479 QPC, D. 2016. 1346, note B. Girard ; Constitutions 2015. 569, chron. F. Duquesne ; RSC 2015. 889, obs. A. Cerf-Hollender D. 2015. 1708.

La seconde décision visait les dispositions de l'article L. 4231-1 du code du travail, qui obligent sous certaines conditions le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre à répondre de l'hébergement des travailleurs employés par ses sous-traitants directs ou indirects, lorsque ces travailleurs sont logés dans des conditions incompatibles avec la dignité humaine⁹¹. Ici encore le Conseil a relevé d'office le principe constitutionnel de responsabilité, pour affirmer qu'« il résulte de l'article 4 de la Déclaration de 1789 que la loi peut prévoir l'engagement de la responsabilité d'une personne autre que celle par la faute de laquelle le dommage est arrivé à la condition que l'obligation qu'elle crée soit en rapport avec un motif d'intérêt général ou de valeur constitutionnelle et proportionnée à cet objectif ». Tant la responsabilité solidaire que la responsabilité pour autrui sont donc ainsi déclarées suspectes d'atteinte potentielle au principe constitutionnel de responsabilité, et soumises à un strict contrôle de justification et de proportionnalité.

⁹¹ Cons. const., 22 janv. 2016, n° 2015-517 QPC, D. 2016. 1346, note B. Girard ; Dr. soc. 2016. 372, étude F. Muller ; RDT 2016. 276, obs. R. Lapin ; Constitutions 2016. 186, Décision ; S. Schiller, Message clair du Conseil constitutionnel : la responsabilité d'un maître d'ouvrage ou d'un donneur d'ordre pour les faits d'autrui n'est validée qu'avec réserves et conditions, JCP 2016. 208.

La volonté du Conseil constitutionnel d'endiguer la dynamique de la solidarité en matière de responsabilité des grandes entreprises s'est manifestée en dernier lieu dans sa décision du 23 mars 2017, qui a vidé la loi sur le devoir de vigilance des sanctions dissuasives adoptées par le Parlement. Cette fois au nom de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ce qui peut se comprendre compte tenu de la rédaction de cette loi, mais ne manque pas de sel dans une décision faisant par ailleurs grief au législateur du « caractère large et indéterminé de la mention des "droits humains" et des "libertés fondamentales" »⁹² : trop larges et indéterminés s'agissant de protéger des personnes physiques, les droits de l'Homme et du citoyen ont aux yeux du Conseil constitutionnel un caractère bien assez large et déterminé lorsqu'il s'agit de les étendre à de grandes entreprises et de leur éviter ainsi le risque d'avoir à répondre des atteintes qu'elles leur portent.

Faute de s'inscrire sous l'égide de l'identité constitutionnelle de la France, identité qui est « en même temps » politique, sociale et environnementale, le Conseil se révèle aujourd'hui incapable de tenir compte des transformations profondes de l'organisation des entreprises ■

⁹² Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, § 13.