

Les incidences de la question préjudicielle de constitutionnalité sur les droits sociaux constitutionnels

Emmanuelle CELESTINE
Docteur en droit public
Chargée d'enseignement à l'Université de Paris-Est
et de Paris I

I - Une invocabilité potentiellement accrue devant le juge ordinaire.

A. Une invocabilité jusque-là partielle et concurrencée.

1/ Une préférence initiale pour des droits sociaux conventionnels plus accessibles.

2/ Une préférence maintenue pour des droits sociaux conventionnels plus protecteurs.

B. Une invocabilité désormais complète mais à privilégier.

1/ La transposition d'une jurisprudence constitutionnelle plus favorable aux droits sociaux.

2/ Un recours au juge constitutionnel à encourager.

II - Une effectivité certainement perfectible devant le juge constitutionnel.

A. Une possibilité de contrôler l'effectivité de la législation sociale.

1/ Une avancée constitutionnelle en matière sociale grâce à un contrôle concret des lois.

2/ Le risque d'un maintien du statu quo avec un contrôle abstrait des normes.

B. Une possibilité d'ajuster les droits sociaux constitutionnels aux besoins de la société.

1/ Une actualisation possible du contenu des exigences constitutionnelles sociales.

2/ Les obstacles probables à toute tentative d'actualisation.

Les droits sociaux de source constitutionnelle¹ pourraient ne pas tirer pleinement avantage de l'introduction d'un mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois. Même si, depuis quelques années, une partie de la doctrine appelle de ses vœux un tel contrôle² au nom d'un État de droit qui ne peut se satisfaire d'un ordre juridique dans lequel demeurerait des lois contraires à la Constitution, les droits sociaux constitutionnels invitent, une fois de plus, à prendre ce nouveau succès avec des réserves. Une fois de plus car la plupart des avancées constitutionnelles en matière de garantie des droits constitutionnels ont dû être tempérées pour les droits sociaux. Malgré la reconnaissance d'une égale valeur juridique à l'ensemble des composantes du bloc de constitutionnalité et l'absence de hiérarchie parmi elles³, la catégorie des droits sociaux constitutionnels, consacrée pour l'essentiel par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁴, a toujours subi certains aménagements de régime pour tenir compte de leur nature particulière.

Après les décisions *Liberté d'association* et *I.V.G. I*⁵, la doctrine a longtemps continué de s'interroger sur le caractère « justiciable » de ces droits définis en termes vagues ou programmatiques⁶ par les dispositions du Préambule de 1946. Les doutes sont aujourd'hui levés par des études récentes qui ont démontré l'invocabilité de l'ensemble des droits sociaux⁷ : devant le Conseil constitutionnel, sans aucun doute et sans exception ; devant les juridictions ordinaires, certainement mais de façon plus sélective et pas nécessairement en tant que principes constitutionnels. Leur effectivité, en revanche, reste encore sujette à question. Alors que le Conseil constitutionnel se montre très vigilant à l'encontre des lois mettant en cause une liberté constitutionnellement garantie, il manifeste au législateur plus de compréhension et de latitude dès que les droits sociaux sont concernés. La problématique est bien connue, mais elle mérite néanmoins d'être rappelée. Même si certains droits sociaux sont comparables à des droits-libertés et, à ce titre, appellent une simple abstention des pouvoirs publics, la majeure partie d'entre eux relèvent des droits-créances⁸. À défaut de concrétisation législative, ces « droits à prestation » restent de l'ordre du vœu pieux parce que le Conseil constitutionnel, contrairement à certains de ses homologues européens, n'a pas les moyens de contraindre le législateur à les mettre en œuvre.

¹ Les droits sociaux constitutionnels, c'est-à-dire, ceux des droits sociaux qui ont leur source dans la Constitution, sont, « d'une part, les droits et libertés liés au travail, à l'emploi et à la formation, d'autre part, les droits et libertés liés à la santé, à la protection contre les risques de l'existence et au mode de vie » : X. Prétot, « Droit constitutionnel social », *J.Cl. Adm.*, fasc.1443, n° 2.

² Certains auteurs pensent que la réforme arrive trop tard : G. Alberton, « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *AJDA* 2008, p. 971 ; J. Gicquel, « L'article 26 », *LPA* 2008, n° 97, p. 78 ; qu'elle est inutile : A. Sauviat, « Émergence et mérites de la constitutionnalisation du droit privé », *LPA* 2000, n° 214, p. 9 ; que c'est une erreur : « Rapport de la Commission Ballardur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *RDP* 2008, p. 24.

³ X. Prétot, P. Jan (refondu par), « Bloc de constitutionnalité », *J.Cl. Adm.*, fasc.1418, n° 47 à 56.

⁴ L'article 2 de la Constitution de 1958, par exemple, reste sans utilisation jurisprudentielle jusqu'à présent.

⁵ CC, n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Rec.* p. 29 et n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Rec.* p. 19 ; v. L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (GDCC)*, Dalloz, 13^e éd., 2005, p. 241 et 303.

⁶ Y. Poirmeur, « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 99 ; J. Georgel, « Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP* 1960, p. 85 ; M. Debene, « Le Conseil constitutionnel et "les principes particulièrement nécessaires à notre temps" », *AJDA* 1978, p. 531.

⁷ N. Aliprantis, « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Dr. Soc.* 2006, p. 158 ; C. Gusy, « Les droits sociaux sont-ils nécessairement injusticiables ? », in C. Grewe, F. Benoît-Rohmer (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, PUS, 2003, p. 33.

⁸ Critiquant l'opposition entre droits-créances et droits-libertés : D. Capitant, « À propos de la protection des droits économiques et sociaux en France », Mél. Michel Fromont, *Les droits individuels et le juge en Europe*, PUS, 2001, p. 131 ; L. Gay, « La notion de "droits-créances" à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *CCC*, n° 16, 2004, p. 245.

Si le contrôle de constitutionnalité *a priori* est, au moins pour partie, à l'origine de cette impuissance, la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* devrait avoir des incidences sur ce que l'on peut appeler une défaillance du système juridique français. Après l'avortement de deux projets, en 1990 et 1993⁹, c'est enfin chose faite. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁰ a introduit un nouvel article 61-1 dans la Constitution de 1958 pour permettre, à l'occasion d'un litige, de saisir le Conseil constitutionnel d'une loi portant atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Cette exception d'inconstitutionnalité, qui s'apparente davantage à une question préjudicielle de constitutionnalité¹¹, ouvre ainsi de nouvelles perspectives et audaces au contrôle exercé par le Conseil constitutionnel.

Rapprocher les droits sociaux et la question préjudicielle de constitutionnalité revient à s'interroger sur les incidences tant positives que négatives de celle-ci sur ceux-là. C'est donc sous l'angle plus spécifique des droits sociaux et de leurs exigences que ce contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sera abordé. Apportera-t-il les remèdes à leurs problèmes spécifiques d'invocabilité et d'effectivité ? S'il est probable que la question préjudicielle de constitutionnalité permettra d'accroître leur invocabilité devant les juridictions ordinaires (I), il est en revanche moins certain que, sans changement de méthode, le contrôle qui en résultera devant le Conseil constitutionnel influera positivement sur leur effectivité (II).

I - Une invocabilité potentiellement accrue devant le juge ordinaire.

L'idée selon laquelle les droits sociaux ne peuvent être invoqués par les justiciables doit désormais être balayée. Mais à ceux consacrés par le Préambule de 1946, les juges ordinaires leur ont, le plus souvent, préféré des droits de source conventionnelle (A). Les difficultés qui toutefois subsistent pour assurer la pleine « justiciabilité » de ces derniers combinées au nouveau contrôle *a posteriori* des lois devraient à présent permettre aux droits sociaux constitutionnels de retrouver une place prépondérante devant les juridictions ordinaires (B).

A - Une invocabilité jusque-là partielle et concurrencée.

La préférence des juridictions ordinaires pour les droits sociaux conventionnels, qui s'est initialement manifestée parce qu'ils étaient plus accessibles (1), s'est maintenue par la suite parce qu'ils s'avéraient également plus protecteurs que les droits sociaux constitutionnels (2).

1/ Une préférence initiale pour des droits sociaux conventionnels plus accessibles.

La compétence des juges ordinaires pour le contrôle de conventionnalité

L'évolution jurisprudentielle est bien connue. À partir du moment où le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour contrôler la conformité d'une loi à un traité au motif que le contrôle qu'il effectuerait serait nécessairement relatif et contingent alors que ses décisions ont un caractère définitif et absolu, la Cour de cassation puis le Conseil d'État se

⁹ Cf. T. S. Renoux, M. de Villiers, *Code constitutionnel*, Litec, 2005, p. 516-521 et 1473-1474 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 7^e éd., 2006, p. 73-78.

¹⁰ Art. 29 et 30 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la V^e République*, JO 24 juillet 2008, p. 11890.

¹¹ T. S. Renoux, « L'exception, telle est la question », *RFDC*, n° 4, 1990, p. 651.

sont, conformément à l'exhortation du juge constitutionnel, emparés de ce type de contentieux¹². Laissant au Conseil constitutionnel le soin d'être juge de la constitutionnalité de la loi, les juges ordinaires sont devenus celui de sa conventionnalité.

La multiplication des droits sociaux conventionnels

Ils n'avaient plus que l'embaras du choix devant la multiplication des conventions internationales consacrant des droits fondamentaux. Parmi elles, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹³, la Charte sociale européenne¹⁴, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁵ et tout récemment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁶, entre autres, leur offraient un large éventail de droits sociaux garantis. D'aucuns ont alors pu dire que, matériellement, la protection des droits fondamentaux, tant civils et politiques qu'économiques et sociaux, était devenue équivalente sur le plan international à celle résultant de la Constitution française¹⁷. D'un point de vue matériel, opposer les droits sociaux conventionnels plutôt que les droits sociaux constitutionnels à la loi ne portait donc atteinte ni à la souveraineté, ni à la tradition française. C'était, par conséquent, sans obstacle de principe que les juges français pouvaient faire appel aux conventions internationales pour pallier les carences législatives en matière de protection des droits sociaux dès lors que l'État français y avait consenti. Mais c'était sans compter sur le problème général d'invocabilité des normes internationales devant les juridictions françaises.

¹² CC, n° 74-54 DC, *préc.* ; Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, Bull. n°4 ; CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190, v. M. Long et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, Dalloz, 16^e éd., 2007, n° 95.

¹³ A. De Salas, « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », Mél. Gérard Cohen-Jonathan, *Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 579 ; C. Pettiti, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit social français », *ibid.*, p. 1283 ; F. Sudre, « La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », Mél. Jacques Mourgeon, *Pouvoir et Liberté*, Bruylant, 1998, p. 467.

¹⁴ C. Sciotti, « L'applicabilité de la Charte sociale européenne dans l'ordre juridique des États contractants », in J.-F. Flauss (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, Actes de la journée d'études du 19 octobre 2001, Nemesis, Bruylant, 2002, p. 173 ; B. Fitzpatrick, « Le système européen de protection des droits sociaux fondamentaux », in *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne*, Actes de la Conférence des 5-7 juillet 2000, Sofia, éd. du Conseil de l'Europe, 2001, p. 25.

¹⁵ H. Kotrane, « La question de la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels », in I. Daugareilh (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 231 ; G. Malinverni, « Le projet de protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », in C. Grewe, F. Benoît-Rohmer (dir.), *op. cit.*, p. 95.

¹⁶ L. Burgorgue-Larsen, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *CDE* 2004, p. 663 ; J. Iliopoulos-Strangas, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à la protection constitutionnelle des droits sociaux dans les États membres », in J.-F. Flauss (dir.), *op. cit.*, p. 11 ; J.-P. Puissechet, « La progression des droits sociaux dans une communauté économique : les apports récents de la Cour de Justice des communautés européennes », Mél. Jean Pelissier, *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 433 ; O. De Schutter, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », *RUDH* 2000, p. 33 et « L'affirmation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in A. Lyon-Caen, P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, p. 145. Plus largement, dans l'Union européenne : S. Robin-Olivier, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Dr. Soc.* 1999, p. 609 ; et en droit européen : M. Bonnechère, « Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit européen ? », *Europe* 2000, chr. n° 7.

¹⁷ Tous les États européens n'ont pas accédé au même stade de protection des droits sociaux au sein de leur ordre juridique national : C. Grewe, « Les droits sociaux constitutionnels : propos comparatifs à l'aube de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RUDH* 2000, p. 87 ; « Les droits sociaux constitutionnels », in C. Grewe, F. Benoît-Rohmer (dir.), *op. cit.*, p. 67 ; J. Iliopoulos-Strangas, *op. cit.*, p. 11.

Une application des droits sociaux conventionnels progressive mais toujours difficile

En effet, l'une des limites à l'utilisation des conventions internationales tient à leur absence d'effet direct dans l'ordre interne. Elles produisent des effets à l'égard de l'État français qui y est partie sans que les ressortissants puissent s'en prévaloir devant le juge national. Lorsque ce dernier admet néanmoins leur applicabilité directe, il n'est pas encore certain que toutes les dispositions bénéficient d'un traitement identique. Certaines sont énoncées en termes trop vagues pour leur accorder une quelconque portée juridique comme dans la majeure partie des conventions consacrant des droits sociaux¹⁸ lorsque celles-ci ne sont dépourvues d'effet direct¹⁹. Ce n'est, en définitive, que de manière épisodique que ces droits sociaux peuvent être invoqués devant le juge ordinaire. Les juridictions européennes et autres organes de contrôle des droits fondamentaux ont pris conscience de cette défaillance et de l'importance de remettre sur un pied d'égalité la protection des droits sociaux, économiques et culturels avec celle des droits civils et politiques. Ils ont alors tenté, autant que possible, d'en accroître le respect en imposant aux États parties des *obligations positives*²⁰. Éclairés par cette jurisprudence internationale qui donne matière et consistance à certains droits sociaux jusque-là trop flous, les juges français ont pu s'y appuyer pour écarter la loi ou censurer les actes administratifs qui leur étaient contraires.

Malgré une progression certaine, le nombre des droits sociaux invocables reste encore trop marginal. Bien que les juges français ne trouvent pas dans le droit conventionnel de solutions pleinement satisfaisantes, ils ne recourent pourtant que très modérément à la norme constitutionnelle.

2/ Une préférence maintenue pour des droits sociaux conventionnels plus protecteurs.

La contestation de la valeur juridique du Préambule

Dans un premier temps, les juridictions françaises et plus particulièrement le Conseil d'État ont refusé d'accorder valeur juridique au Préambule de 1946 et à ses dispositions²¹. Même après que le Conseil constitutionnel la lui eut reconnue en l'intégrant au bloc de constitutionnalité, le Conseil d'État a campé sur ses positions, préférant la technique des principes généraux du droit directement inspirés, implicitement ou explicitement, des dispositions de ce texte dont il niait toujours la valeur de droit positif²². Le juge administratif a

¹⁸ Sur les difficultés à définir les droits sociaux : C. Byk, « La place du droit à la santé au regard du droit constitutionnel », *Gaz. Pal.* 2001, n° 331, p. 3 ; M. Ghezali, « Les droits fondamentaux économiques, sociaux et culturels : expérience française », in V. Champeil-Desplats, M. Ghezali, S. Karagianis, *Environnement et renouveau des droits de l'homme*, Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer, 20-21 nov. 2003, La Documentation française, 2006, p. 139 ; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955, p. 291.

¹⁹ Pensant que certaines conventions sont jugées, à tort, dépourvues d'effet direct : B. Sciotti, *op. cit.*, p. 188, à propos de la Charte sociale européenne.

²⁰ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 8^e éd., 2006, p. 237.

²¹ Contre l'avis de la doctrine majoritaire qui accorde une « valeur de règle de droit positif » au préambule, le Commissaire du gouvernement de l'affaire Dehaene n'y verra que « des principes fondamentaux du droit qui doivent être conciliés avec d'autres principes » : concl. F. Gazier s. CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Rec.* p. 426 ; *GAJA* n° 65, spéc. p. 422.

²² Pour une énumération de ces principes : X. Prétot, « Droit constitutionnel social », *op. cit.*, n° 11. Pour un principe inspiré du 5^{ème} alinéa du Préambule, v. CE Ass., 28 mai 1954, *Barel*, *Rec.* p. 308 ; *GAJA* n° 72. Après la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 : inspiré des alinéas 10 et 11, CE, 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique* et *Goyeta Pouroue*, *Dr. Soc.* 1986, p. 725, concl. J. Massot ; *AJDA* 1986, p. 454 ; *D.* 1986, IR p. 354, obs. F. Llorens ; *D.* 1987, somm. p. 167, obs. X. Prétot ;

en effet eu du mal à admettre d’user de normes consacrant des droits dont il ne peut assurer la mise en œuvre effective. Il faudra attendre que le juge comprenne que normativité et effectivité peuvent être dissociées pour que le Préambule devienne pour lui une norme de référence.

L’introduction du Préambule dans les normes de contrôle

À partir de là, les droits sociaux constitutionnels appartenant à la catégorie des droits-libertés étaient immédiatement susceptibles de servir de fondement à l’annulation des actes administratifs ou à l’engagement de la responsabilité administrative²³. Pour ceux relevant des droits-créances, c’est progressivement que le Conseil d’État²⁴ et la Cour de cassation²⁵ les ont protégés des atteintes portées par les autorités publiques. Ainsi, par exemple, le droit de mener une vie familiale normale, initialement consacré comme principe général du droit par le Conseil d’État²⁶, était par la suite directement rattaché à l’alinéa 10 du Préambule de 1946²⁷ et en prenait, en principe, la valeur constitutionnelle. Cependant, malgré l’ancrage constitutionnel de ce droit, sa violation par le législateur pouvait demeurer impunie. C’est pourquoi le Conseil d’État devait, dans des arrêts ultérieurs, choisir de le rattacher, non plus au Préambule mais à l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme²⁸. Force est alors de constater que, devant des règles matérielles équivalentes, le Conseil d’État comme la Cour de cassation préfèrent fonder leur décision sur la norme internationale plutôt que sur la norme constitutionnelle en définitive moins protectrice²⁹.

Le maintien de la théorie de la loi-écran

Cette position trouve son explication dans l’évolution jurisprudentielle décrite précédemment. Puisque les juges français se sont toujours refusés à écarter une loi contraire à la Constitution, la convention internationale reste quasiment le seul moyen à même de protéger un droit fondamental de cette loi et des actes pris pour son application³⁰. Si, pour neutraliser la loi, le Conseil d’État recourt éventuellement à la théorie de l’écran transparent et

rattaché directement au Préambule, CE Sect., 26 juin 1959, *Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils*, Rec. p. 394 ; *GAJA* n° 78.

²³ CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, préc.

²⁴ V. Bernaud, « Les droits constitutionnels des travailleurs au cœur de l’évolution du contrôle de constitutionnalité du Conseil d’État. De l’arrêt Dehaene à l’arrêt Syndicat national des huissiers de justice... », *Mél. Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, p. 1487 ; M. Clapié, « Le Conseil d’État et le Préambule de la Constitution de 1946 », *RA*, n° 297, 1997, p. 278 ; N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d’un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, 2003, p. 542 ; P. Terneyre, « Le Conseil d’État et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RFDC*, n° 6, 1990, p. 317.

²⁵ P.-H. Antonmattei, « Le Préambule de 1946 et la Cour de cassation », *RA*, n° 297, 1997, p. 290 ; M. Frangi, *Constitution et droit privé. Les droits individuels et les droits économiques*, Economica/PUAM, 1992, p. 175.

²⁶ CE Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, Rec. p. 493 : « Cons. qu’il résulte des principes généraux du droit et, notamment du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946... ».

²⁷ CE, 7 mars 1990, *Union nationale des associations familiales*, Rec. p. 541.

²⁸ CE Ass., 19 avril 1991, *AJDA* 1991, p. 551, note F. Julien-Laferrière ; CE, 19 octobre 1994, *Meddeb*, req. n° 146532.

²⁹ M. Clapié, *op. cit.*, p. 289 ; P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 290.

³⁰ En persistant à appliquer la théorie de la loi-écran, le Conseil d’État doit se retrancher derrière des principes de valeur conventionnelle pour écarter une loi et censurer les actes administratifs pris pour son application. Ce n’est finalement que pour écarter l’application d’une convention internationale qu’il a récemment dû recourir à un principe fondamental reconnu par les lois de la République pour sa valeur constitutionnelle : CE Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, Rec. p. 255 ; *GAJA* n° 101. Ceci explique sans doute parfois l’absence de réception de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par le Conseil d’État : M. Clapié, *op. cit.*, p. 289, à propos du principe de dignité de la personne humaine.

la Cour de cassation à une interprétation qui la rende compatible avec la Constitution³¹, l'une et l'autre de ces techniques sont, sinon critiquables, du moins très incertaines. C'est pourquoi, seul un véritable contrôle *a posteriori* des lois permettrait de combler les lacunes du système juridique français.

En faisant appel aux principes généraux du droit et aux conventions internationales, les droits sociaux fondamentaux sont protégés des atteintes qui leur sont portées d'une manière qui demeure insatisfaisante car la loi promulguée reste relativement épargnée compte tenu de l'inefficacité des premiers à son égard et du caractère limité des secondes³². L'éventail des droits applicables en vertu du Préambule de 1946, surtout après son interprétation par le Conseil constitutionnel, est finalement beaucoup plus large que les quelques droits sociaux conventionnels qui ont pu se frayer un passage dans la jurisprudence internationale et nationale. La question préjudicielle de constitutionnalité devrait désormais les rendre tous invocables dans le contentieux ordinaire.

B - Une invocabilité désormais complète mais à privilégier.

La réhabilitation des droits sociaux constitutionnels sera effective à partir du moment où les justiciables trouveront un intérêt plus grand à exciper de l'inconstitutionnalité d'une loi au lieu de son inconstitutionnalité pour en garantir le respect. Sur un plan matériel, ils devraient pouvoir bénéficier d'une jurisprudence constitutionnelle plus favorable aux droits sociaux (1). Sur le plan procédural, en revanche, des efforts doivent encore être entrepris (2).

1/ La transposition d'une jurisprudence constitutionnelle plus favorable aux droits sociaux.

Des droits sociaux constitutionnels tous invocables

Contrairement au contrôle de conventionnalité, le contrôle de constitutionnalité ne se heurte pas, même en matière de droits sociaux constitutionnels, à l'inapplicabilité de la norme de référence. Les dispositions du bloc de constitutionnalité et plus spécifiquement celles du Préambule de 1946 ont toutes valeur de droit positif selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel³³. Or celle-ci est immédiatement transposable dans le cadre du contentieux *a posteriori* des lois. En effet, bien que l'inconstitutionnalité de la loi soit soulevée à l'occasion d'un litige, le constituant n'a pas retenu un contrôle diffus devant les juridictions ordinaires, mais lui a préféré un contrôle concentré devant le Conseil constitutionnel. Ce choix assure l'unité du contentieux constitutionnel *a priori* et *a posteriori* en le confiant à une seule et même autorité. La jurisprudence dégagée par le Conseil constitutionnel depuis 1971 en matière de droits fondamentaux et en particulier de droits sociaux sera par conséquent immédiatement applicable dès l'entrée en vigueur de la réforme³⁴. La perspective d'une

³¹ P.-H. Antonmattei, *op.cit.*, p. 292.

³² « Si le contrôle de conventionnalité de la loi constitue à certains égards une véritable réponse à l'instauration d'un contrôle *a posteriori*, rien ne garantit que les champs soient exactement superposés, en particulier dans le domaine des droits sociaux » : D. Maus, « Nouveaux regards sur le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », Mél. Michel Troper, *L'architecture du droit*, Economica, 2006, p. 676.

³³ J.-F. Flauss, « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. Soc.* 1982, p. 645 ; M.-L. Pavia, D. Rousseau, « France », in J. Iliopoulos-Strangas, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne*, Bruylant, 2000, p. 347 ; X. Prétot, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. Soc.* 1991, p. 187 ; P. Terneyre, *op. cit.*, p. 317 et « Droit constitutionnel social. Inventaire en guise d'ouverture », *RFDC*, n° 2, 1990, p. 339.

³⁴ Un contrôle de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires offre moins de garantie à cet égard. En effet, seules les décisions du Conseil s'imposent en vertu de l'article 62 de la Constitution, pas sa jurisprudence.

invocabilité sans limites mérite néanmoins d'être tempérée car le recours constitutionnel transitera par les Cours suprêmes. Il leur appartiendra, à défaut de dispositions plus précises dans la loi organique attendue, de se prononcer sur les droits invocables à l'appui du recours.

Une position à confirmer par le Conseil d'État et la Cour de cassation

L'expérience récente du référé-liberté tend à montrer les difficultés qu'il y a parfois à définir une notion telle que celle de liberté fondamentale³⁵. Il ne faudrait pas que les mêmes errements se reproduisent pour les droits sociaux dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Les auteurs de la réforme ont pris soin d'éviter des expressions tendancieuses comme « libertés ou droits fondamentaux » en autorisant la saisine du Conseil constitutionnel en cas de violation des « *droits et libertés que la Constitution garantit* » (art. 61-1 de la Constitution). Cette expression est-elle exempte de toute ambiguïté ? Rien n'est moins sûr. La seule certitude qui semble se faire jour est celle de l'impossibilité d'alléguer l'inconstitutionnalité d'une loi sur le fondement d'une règle de procédure constitutionnelle³⁶. En revanche, faut-il comprendre le terme « garantit » comme l'équivalent de « mentionne » ? Etant donné que certains des droits et libertés garantis par le Conseil constitutionnel, en particulier dans le domaine social, sont le fruit de son interprétation constructive³⁷, ceux-ci ne sont pas expressément « garantis » par la Constitution³⁸. N'entrent-ils pas néanmoins dans la catégorie des droits et libertés susceptibles de fonder la question préjudicielle de constitutionnalité ? Le juge ordinaire peut-il substituer son interprétation à celle du Conseil constitutionnel ? Il nous semble qu'il ne lui appartient pas ou plus³⁹, en raison de la nouvelle compétence du Conseil, d'identifier les droits sociaux garantis. Aussi doit-il en avoir, dans le cadre de cette procédure, une appréhension la plus large possible afin que les requérants puissent opposer l'ensemble de ces droits constitutionnels aux atteintes législatives⁴⁰.

En outre, ce contrôle implique que les juridictions ordinaires deviennent véritablement juge du législateur, or, le Conseil d'État a encore récemment démontré qu'il lui était difficile de porter un jugement sur l'acte du législateur en refusant de qualifier de fautive la responsabilité du fait d'une loi contraire à une convention internationale, tout en écartant le régime de responsabilité sans faute qui y était jusque-là attaché : CE Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, *Rec. T.*, p. 746.

³⁵ CE Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, *Rec.* p. 18 et 5 mars 2001, *Saez*, *GAJA* n° 109 ; F. Mélin-Soucramanien, « Du déni de justice constitutionnelle en droit public français », *Mél. Louis Favoreu*, *op.cit.*, p. 284-285.

³⁶ G. Alberton, *op. cit.*, p. 970 ; M. Verpeaux, « Le Conseil constitutionnel, 49 ans après... », *LPA* 2008, n° 138, p. 67 ; D. de Béchillon, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en cour suprême », *Mél. Louis Favoreu*, *op. cit.*, p. 111 ; contre cette limitation, P. Cassia, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité : une question d'actualité », in Colloque des 5-6 juin 2008, Paris, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, (à paraître).

³⁷ En ce sens, F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, 1987, p. 41 ; M.-L. Pavia, D. Rousseau, *op. cit.*, p. 389.

³⁸ Le droit à la dignité de la personne humaine résulte de l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel du 1^{er} alinéa du Préambule de 1946 (CC n° 94-343 et 344 DC, 27 juillet 1994, *Rec.* p. 100 ; *GDCC* n° 43). Le Conseil dégage également des objectifs à valeur constitutionnelle comme le droit d'obtenir un logement décent. Ce ne sont pas des droits en tant que tels mais, comme les principes constitutionnels, ils s'imposent au législateur qui s'expose à la censure du juge en cas de non-respect : B. Faure, « Les objectifs à valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 67.

³⁹ Appellant à un tel contrôle avant la réforme, R. Ricci, « Le Conseil d'État et la loi : vers la recevabilité d'une exception d'inconstitutionnalité ? L'avènement inéluctable de la garantie juridictionnelle de la Constitution », *LPA* 1999, n° 200, p. 11 et n° 201, p. 4.

⁴⁰ O. De Schutter, in A. Lyon-Caen, P. Lokiec (dir.), *op. cit.*, p. 150.

Des droits sociaux constitutionnels tous opposables aux atteintes législatives

Tous les droits sociaux seraient opposables au législateur qui, à défaut d'être contraint de les mettre en œuvre, serait au moins tenu de ne pas y porter atteinte. Conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel dite de « l'effet de seuil », la violation d'un droit social entraînant l'inconstitutionnalité de la loi doit s'entendre à la fois de la négation pure et simple de celui-ci mais également de la suppression d'une protection minimale⁴¹. À ce titre, les droits sociaux constitutionnels bénéficient d'une sécurité juridique que n'ont pas les droits sociaux conventionnels, ce qui devrait conduire, à terme, à les privilégier.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est donc indiscutablement plus « performante » mais les contraintes procédurales qu'elle appelle peuvent conduire les requérants à y renoncer.

2/ Un recours au juge constitutionnel à encourager.

Limiter le caractère discrétionnaire de la saisine à la recevabilité du recours

La latitude laissée aux juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif pour saisir le Conseil pourrait considérablement freiner le recours à la question préjudicielle de constitutionnalité. Le nouvel article 61-1 énonce en effet que « *le Conseil constitutionnel peut être saisi – et non pas « doit être saisi » – sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation* ». À s'en tenir à la lettre du texte, c'est une compétence discrétionnaire qui leur est attribuée. Le requérant n'a pas, comme on pourrait le croire, un droit à saisir le juge constitutionnel. Le caractère facultatif de la saisine s'explique par la volonté d'éviter l'engorgement de la juridiction constitutionnelle mais il faut espérer que la formulation retenue n'incitera pas les juges à se comporter comme un premier degré de juridiction en matière de constitutionnalité des lois⁴². Leur rôle devrait se limiter à juger, non pas du bien fondé du moyen d'inconstitutionnalité soulevé, mais de sa recevabilité. Ainsi leur compétence devrait se limiter à écarter les moyens d'inconstitutionnalité ne reposant pas sur la violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garantis, ou les moyens manifestement dilatoires, comme ceux dépourvus de tout lien avec l'issue du procès⁴³, et à renvoyer obligatoirement au Conseil constitutionnel pour le reste. Peut-être seraient-ils même tenus de soulever d'office un moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi et de saisir le Conseil, dès lors que les conditions de recevabilité seraient remplies. La formulation de l'article 61-1 est suffisamment imprécise pour le laisser penser. Si l'initiative de la saisine n'avait dû appartenir qu'aux justiciables, le constituant n'aurait-il pas utilisé le terme de « partie à l'instance » au lieu de la tournure impersonnelle : « *lorsque, à l'occasion d'une instance [...], il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés* » ? L'indétermination des termes donne à croire que tous les acteurs du procès, le juge de l'instance y compris, peuvent soutenir l'argument d'inconstitutionnalité. Or, comme le rappelle le professeur Guillaume

⁴¹ L'« effet de seuil » ne doit pas être confondu avec l'« effet cliquet anti-retour » qui, lui, porterait atteinte à l'adaptabilité des droits sociaux. Cf. *infra*.

⁴² Redoutant cette éventualité : G. Alberton, *op. cit.*, p. 972 ; pensant à l'inverse que le renvoi est obligatoire : M. Verpeaux, *op. cit.*, p. 68.

⁴³ Dans le projet de 1990, il fallait que « *la disposition contestée commande l'issue du litige, la validité de la procédure ou constitue le fondement des poursuites, qu'elle n'a[it] pas déjà été déclarée conforme à la Constitution...et que la question n[e] soit pas manifestement infondée* », article 23-1 du projet, Ass. Nat. IXe législature, Doc. n° 1204. Sur les différentes positions prises par la doctrine italienne au moment de l'adoption du contrôle *a posteriori* des lois en Italie : G. Zagrebelsky, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », CCC, n° 22, 2007, p. 228.

Drago, le contentieux constitutionnel est d'ordre public⁴⁴. Le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi devrait donc, à ce titre, relever des moyens d'ordre public que le juge doit soulever d'office, indépendamment de l'argumentation des parties au litige. S'il devait en être autrement, il faudrait rendre la question préjudicielle de constitutionnalité plus attractive que l'exception d'inconventionnalité.

Faire du procès constitutionnel un élément incontournable du procès ordinaire

Parce que le juge ordinaire est également celui de la conventionnalité de la loi, il pourra l'écarter au cours d'une seule et même procédure. À l'inverse, n'étant pas juge de sa constitutionnalité, il devra surseoir à statuer ce qui rallongera considérablement la durée du procès. En présence de droits sociaux constitutionnels et conventionnels, le justiciable choisira certainement la procédure la plus courte et la plus sûre quant aux effets, puisqu'il obtiendra que la loi inconventionnelle soit écartée dans son cas d'espèce. Pour inciter les requérants à exciper également de l'inconstitutionnalité de la loi, il faudrait que la saisine du Conseil constitutionnel soit considérée comme une véritable voie de recours dont l'épuisement conditionnerait la saisine d'une juridiction internationale⁴⁵. Et, à moins de renoncer à cette protection internationale, les requérants devraient cumuler les moyens. La question préjudicielle de constitutionnalité présenterait alors un double intérêt : pour les justiciables, celui de profiter d'une protection nationale et internationale des droits sociaux fondamentaux, et pour l'État français, celui d'éviter une condamnation au niveau international ; à condition toutefois que la déclaration d'inconstitutionnalité conduise bien à écarter l'application de la loi inconstitutionnelle dans le procès en cours.

Systématiser l'application de la décision d'inconstitutionnalité au procès en cours

Le nouvel article 62 al. 2 de la Constitution énonce qu'« *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». De manière certaine, la décision d'inconstitutionnalité entraîne, de plein droit, l'abrogation de la loi. À compter de la publication de cette décision, la loi cesse donc d'être applicable pour l'avenir sans que, pour autant, ses effets antérieurs soient remis en cause. Si bien que le juge *a quo*, juge de l'instance en cours, serait tenu d'appliquer la loi, malgré sa censure, en tant qu'il statue sur ses effets passés. Il reviendra au Conseil, dans chaque décision, de préciser si le juge doit l'écarter dans le litige pendant. Il est regrettable que le constituant ne l'ait pas fait lui-même⁴⁶ car, par cette abstention, il a pris le risque d'hypothéquer la réforme dès son entrée en vigueur. Sans l'application immédiate à l'instance en cours de la décision du Conseil, l'exception d'inconventionnalité serait seule en mesure de protéger les droits sociaux constitutionnels d'une violation passée.

En résumé, ce sont des aspects procéduraux qui peuvent décourager les justiciables de recourir aux droits sociaux constitutionnels plutôt qu'aux droits sociaux conventionnels, non des obstacles de fond qui les empêcheraient de les invoquer devant le juge ordinaire. C'est au

⁴⁴ G. Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.* 1991, chr. I, p. 269.

⁴⁵ L'épuisement des voies de recours internes est une condition posée par la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui sont les principaux instruments internationaux donnant lieu à recours individuel direct.

⁴⁶ En ce sens, D. de Béchillon, « Plaidoyer... », *op.cit.*, p. 113, not. note 7. V. aussi, F. Mélin-Soucramanien, *op.cit.*, p. 288-289.

Conseil constitutionnel qu'il appartiendra ensuite, comme il l'a toujours fait, de se prononcer sur la violation éventuelle de ces droits sociaux par la loi. Mais les conditions dans lesquelles il effectuera ce nouveau contrôle seront déterminantes pour l'amélioration de l'effectivité des droits sociaux.

II - Une effectivité certainement perfectible devant le juge constitutionnel.

Avec la réforme constitutionnelle, le Conseil pourrait trouver là une occasion de vérifier l'effectivité⁴⁷ d'une législation sociale dont il est impossible d'apprécier, *a priori*, la portée réelle (A), ainsi qu'un moyen d'adapter la protection sociale constitutionnelle aux évolutions de l'État de droit social souhaité⁴⁸ (B).

A - Une possibilité de contrôler l'effectivité de la législation sociale.

Admettre un contrôle concret des lois, en d'autres termes, de leurs effets, entraînerait indiscutablement un progrès constitutionnel en matière sociale (1). Toutefois, le passage d'un contrôle abstrait à un contrôle concret est loin d'être une évidence. Il est plus à craindre que la réforme constitutionnelle maintienne le *statu quo* avec un contrôle abstrait limité à la conformité de normes juridiques (2).

1/ Une avancée constitutionnelle en matière sociale grâce à un contrôle concret des lois.

Le contrôle préventif et abstrait exercé par le Conseil constitutionnel est généralement suffisant pour protéger les libertés publiques ; il ne l'est pas pour les droits sociaux constitutionnels. Alors qu'il peut effectuer un contrôle rigoureux des atteintes portées aux libertés constitutionnelles qui appellent principalement des abstentions, le Conseil n'a pas les moyens d'apprécier *a priori* les effets de la législation sociale. Il laisse au législateur un large pouvoir d'appréciation pour choisir les moyens qui lui semblent les mieux à même de parvenir à l'objectif social qu'il s'est fixé. Son contrôle se limite donc à vérifier qu'il n'y a pas disproportion manifeste entre les moyens choisis et les objectifs poursuivis⁴⁹. Pour le reste, il présume de leur efficacité. Ce n'est en définitive qu'au moment de l'application de la loi qu'apparaît le manque d'effectivité de la législation portant alors atteinte aux droits sociaux.

⁴⁷ L'effectivité peut être définie comme « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est réellement appliquée », in G. Cornu (dir.), *Vocabulaire Juridique*, PUF, 7^e éd, 2006.

⁴⁸ Sur l'évolution de l'État de droit social : M.-P. Deswarte, « Droits sociaux et État de droit », *RDP* 1995, p. 951 ; C. M. Herrera, « Sur le statut des droits sociaux – La constitutionnalisation du social », *RUDH* 2004, p. 32 ; J.-J. Sueur, « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration de droits nouveaux ? », in *Le Préambule de la Constitution de 1946*, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁹ Contrairement au juge constitutionnel allemand ou à la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil français n'effectue pas un véritable contrôle de proportionnalité qui consiste à vérifier s'il n'existe pas des moyens moins attentatoires aux libertés pour atteindre le même objectif. Reprenant un considérant de principe, le Conseil « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; [...] il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie » ; V. Goesel-Le-Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 22, 2007, p. 210.

Des décisions prenant en compte l'application de la loi

Un véritable contrôle concret⁵⁰ supposerait de prendre en compte la manière dont les autorités publiques ont appliqué la loi ainsi que la réception qui en a été faite par les juridictions ordinaires. Dans le contrôle abstrait, le juge constitutionnel tente bien d'anticiper les effets de l'application de la loi mais il fonde sa décision sur des suppositions et des « pronostics »⁵¹. Avec un contrôle concret, il se prononcerait, cette fois, au regard d'éléments avérés. Il pourrait, tout d'abord, effectuer un contrôle de proportionnalité plus poussé en appréciant l'efficacité et l'adéquation des moyens mis en œuvre pour atteindre les finalités sociales. Il pourrait ensuite éventuellement rétablir une interprétation de la loi conforme aux droits sociaux constitutionnels. Les réserves d'interprétation, si critiquables dans le contentieux préventif⁵², seraient des plus légitimes dans un contentieux défensif. À moins d'un déni de justice, si le juge constitutionnel n'opte pas pour une décision d'inconstitutionnalité pure et simple, il devra indiquer au juge *a quo* une interprétation conforme à la Constitution, en ajoutant ou en retranchant à la loi si besoin est. Il pourrait enfin vérifier que le principe d'égalité, plus précisément l'égalité d'accès aux droits sociaux constitutionnels, est respecté concrètement⁵³. C'est en effet par ce biais que le Conseil constitutionnel, comme les juridictions internationales par ailleurs, parviennent le plus souvent à sanctionner les atteintes législatives aux droits sociaux. Les lois sociales ayant échappé à une saisine préventive mériteraient probablement un examen sur le fondement du principe d'égalité, d'autant que la violation de celui-ci peut n'apparaître qu'après leur promulgation. Un exemple permettra d'illustrer ce propos.

L'exemple du droit à l'éducation des enfants handicapés

Pour mettre en œuvre le droit à l'éducation, le législateur a soumis les enfants âgés de six à seize ans à une obligation de scolarité (art. L. 131-1 c. éduc.). Afin de tenir compte du handicap de certains d'entre eux, il a dérogé au régime général en prévoyant de les intégrer dans un système scolaire spécialisé et mieux adapté à leurs besoins⁵⁴. Conformément au principe d'égalité, la différence de situation peut justifier une différence de traitement ; la loi apparaît de ce point de vue irréprochable. À l'usage pourtant, faute de structures adaptées, la plupart d'entre eux ont été privés de toute éducation. Conforté dans son inertie par les juridictions administratives qui se sont refusées, jusqu'à récemment⁵⁵, à interpréter cette obligation éducative de source légale comme une obligation de résultat, l'État n'a rien fait pour mettre en œuvre de manière effective un droit à l'éducation reconnu tant par la Constitution que par le législateur. Le contrôle *a posteriori* eût été le moyen d'obtenir l'abrogation de cette loi, non seulement pour rupture d'égalité, mais également parce qu'elle privait de toute garantie légale le droit à l'éducation des enfants handicapés jusque-là soumis

⁵⁰ En faveur d'un tel contrôle : D. de Béchillon, *op. cit.*, p. 123 ; N. Aliprantis, *op. cit.*, p. 163. Sur les différents types de contrôles concrets, L. Gay, *op. cit.*, p. 247-248.

⁵¹ S. Leturcq, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 2005, t. 125, p. 323.

⁵² Pour une critique modérée : F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, 1987, p. 41 ; plus ferme et qualifiant cette technique d'« excès de pouvoir constitutionnel » : P. Blacher, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 19. Sur les différentes formes de réserves constitutionnelles : D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 158-164.

⁵³ Pour une étude récente, M. Borgetto, « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », Mél. Danièle Lochak, *Frontières du droit, critique des décisions*, LGDJ, 2007, p. 239.

⁵⁴ L'analyse repose sur la législation antérieure à la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JO 12 février 2005, p. 2353.

⁵⁵ CAA Paris, 11 juillet 2007, *Ép. Haemmerlin*, AJDA 2007, p. 2151, concl. B. Folscheid ; RDSS 2007, p. 1087, concl. B. Folscheid, p. 1095, note H. Rihal ; D. 2008, p. 140, note E. Célestine.

au régime de droit commun. Des recours pour manquement à l'obligation éducative auraient alors pu prospérer devant les juridictions administratives car tous les enfants relevant, après abrogation de la disposition contestée, du régime de droit commun, c'est à une obligation de résultat, conformément à la jurisprudence sur la scolarisation en milieu ordinaire, que l'Etat aurait été tenu. À force de condamnations pécuniaires, il aurait sans doute fini par mettre en place les moyens financiers et humains pour satisfaire à son obligation éducative pour tous les enfants.

Les censures ainsi opérées à partir de situations concrètes forgeront progressivement les contours des droits sociaux, les limites et les obligations du législateur. Aucun moyen juridique ne pourra cependant le contraindre à modifier ou adopter une nouvelle législation mais il ne faut négliger ni l'impact médiatique d'une décision déclenchée à la suite d'une saisine « citoyenne », ni d'éventuelles actions en responsabilité pour carence des autorités publiques. Toutefois, tous ces effets potentiels seraient perdus si le Conseil constitutionnel devait maintenir un contrôle abstrait.

2/ Le risque d'un maintien du statu quo avec un contrôle abstrait des normes.

L'organisation pratique du recours constitutionnel défensif n'est connue que dans ses grandes lignes. On en ignore encore totalement les détails qui relèveront d'une loi organique. Celle-ci indiquera, notamment, si la question préjudicielle de constitutionnalité devra répondre à un certain formalisme ou si elle donnera lieu à un débat contradictoire devant le juge constitutionnel. Du traitement donné à ces deux aspects procéduraux dépendra le passage d'un contrôle abstrait à un contrôle concret de constitutionnalité.

La question préjudicielle, une question de droit, normalement abstraite

Parmi les contrôles *a posteriori*, le contrôle de constitutionnalité exercé par les juridictions ordinaires aurait eu le mérite de lier inexorablement la question de constitutionnalité au fond du litige à l'occasion duquel elle était posée. Le juge ordinaire aurait pris en considération tout élément de fait ou de droit nécessaire à la formation de son jugement et en particulier l'application de la loi par les autorités publiques. Rien n'interdit formellement, si ce n'est la conception française du contrôle de constitutionnalité, d'examiner ces éléments dans le cadre de la question préjudicielle mais celle-ci se limite en principe à une question de droit⁵⁶. Le Conseil constitutionnel devrait alors faire abstraction des circonstances particulières de l'espèce et ne s'attacher qu'aux normes. Dans la mesure où sa décision produira un effet *erga omnes*, on comprend qu'il faille conserver au contrôle un certain degré d'abstraction. Cependant, limiter le Conseil à l'analyse littérale de la loi et éventuellement au sens que le législateur a entendu lui donner, au lieu du sens conféré par ses destinataires et des effets réellement produits, priverait la réforme constitutionnelle d'une grande partie de son intérêt et les droits sociaux d'une protection plus effective.

L'exemple du droit à l'adoption devant la Cour constitutionnelle italienne

La loi italienne sur l'adoption posait des conditions minimales et maximales d'âge entre les adoptants et les adoptés. En respectant ces conditions, un couple avait adopté un enfant mais s'était trouvé dans l'impossibilité d'adopter son frère, l'écart d'âge dépassant ce qu'autorisait la loi. Si, *a priori*, la loi n'était pas contestable, elle portait atteinte, dans ce cas

⁵⁶ En ce sens, T. S. Renoux, *op. cit.*, p. 656 ; G. Drago, « Réformer le Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 84, pour qui « le débat doit rester celui des principes et des moyens contentieux, de pur droit [...], sans mélange de faits ».

précis, à « *la protection des intérêts de l'enfant* » et notamment à « *la reconstitution d'un cadre familial où il est important de permettre aux frères de vivre ensemble* »⁵⁷. Constitutionnelle dans son principe mais pas dans ses effets, la Cour a prononcé l'inconstitutionnalité partielle de la loi et réservé la possibilité d'une adoption dans de telles circonstances.

En France, le caractère concret ou abstrait du contrôle dépendra donc de la manière dont la question préjudicielle de constitutionnalité sera posée et défendue et, éventuellement, des pouvoirs d'investigation qui seront accordés au Conseil constitutionnel. Le législateur organique pourrait exiger qu'elle soit accompagnée d'un exposé des faits de l'affaire, comme en Italie, ou qu'elle soit soumise aux observations des parties avant transmission au Conseil constitutionnel, comme devant la Cour de Justice des communautés européennes⁵⁸. Toujours est-il que, dans le choix de la réforme, les citoyens ont sans doute perdu la possibilité d'un débat contradictoire qui aurait indiscutablement enrichi la discussion sur le contenu des droits sociaux.

Un improbable débat contradictoire, en principe plus concret

L'obligation d'un débat contradictoire impliquant une prise de position par chacune des parties sur l'étendue de la protection des droits sociaux aurait été un des avantages procurés par l'exception d'inconstitutionnalité examinée par les juridictions ordinaires⁵⁹. Soulevée à l'occasion d'un litige, elle aurait été soumise, comme l'exception d'inconventionnalité, aux exigences du procès équitable. Avec la question préjudicielle de constitutionnalité, la doctrine majoritaire semble exclure toute intervention des avocats, tout débat contradictoire devant le Conseil constitutionnel. On peut toutefois noter l'opinion contraire du Professeur Jean Gicquel⁶⁰ et le souhait émis en ce sens par le Président du Conseil constitutionnel à l'occasion du VIIe Congrès français de droit constitutionnel⁶¹. Intervenant dans le cadre d'un procès, le Conseil constitutionnel ne devra-t-il pas respecter le principe du contradictoire qu'il a lui-même dégagé de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ? Si l'on souhaite éviter les effets de manche comme certains le craignent⁶², une procédure contradictoire mais écrite paraît parfaitement envisageable⁶³.

Débat contradictoire et introduction des faits dans la question préjudicielle participeraient à la délimitation des droits sociaux constitutionnels dont le caractère abstrait est le principal défaut⁶⁴. Par cet échange avec la réalité⁶⁵, le juge constitutionnel serait mieux à

⁵⁷ Ce cas est rapporté par le Professeur G. Zagrebelsky, *op.cit.*, p. 229.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 228 (pour l'Italie) ; D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^e éd., 2001, p. 684-685 (pour la CJCE).

⁵⁹ D. de Béchillon, *op. cit.*, p. 124.

⁶⁰ « *Le Conseil, intervenant dans une phase du procès, sera contraint de rédiger enfin, un règlement de procédure, de manière à garantir le droit des parties, tel qu'il a été modélisé par la jurisprudence européenne (article 6, § 1 de la Convention EDH)* » : J. Gicquel, *op. cit.*, p. 78.

⁶¹ Intervention de Monsieur le Président du Conseil constitutionnel Jean-Louis Debré à l'occasion de l'ouverture du VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008.

⁶² G. Drago, « Réformer... », *op. cit.*, p. 84.

⁶³ Le Conseil constitutionnel aura obligatoirement à connaître de la loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution ; il lui appartiendra à cette occasion de se prononcer sur la nature du contentieux qui lui est soumis et, notamment, sur la question de savoir si, dans cette hypothèse, il doit être considéré comme une juridiction soumise au respect du principe du contradictoire.

⁶⁴ Cf. note 18.

⁶⁵ Sur le réalisme : D. Labetoulle, « Le réalisme en droit constitutionnel. Études réunies et présentées par Daniel Labetoulle », *CCC*, n° 22, 2007, p. 183.

même de déterminer et, au besoin, d'ajuster les attentes des citoyens en matière de droits sociaux constitutionnels.

B - Une possibilité d'ajuster les droits sociaux constitutionnels aux besoins de la société.

Le Préambule de la Constitution de 1946 proclame, entre autres, des principes « *particulièrement nécessaires à notre temps* ». D'emblée, le caractère évolutif des droits sociaux contraste avec l'intemporalité des libertés reconnues dans la Déclaration de 1789 en tant que « *droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* ». Les droits sociaux constitutionnels doivent correspondre aux besoins d'aujourd'hui comme ils devaient répondre à ceux d'hier. C'est alors à l'interprète authentique d'un texte constitutionnel figé⁶⁶ qu'il revient de les actualiser (1). Dans cette tâche, la question préjudicielle de constitutionnalité devrait constituer un précieux allié si le Conseil parvenait à surmonter toutes les difficultés susceptibles d'y faire obstacle (2).

1/ Une actualisation possible du contenu des exigences constitutionnelles sociales.

La vérification du caractère toujours constitutionnel de la législation sociale

Les droits sociaux proclamés en 1946 sont plus que jamais d'actualité, mais tous n'appellent pas forcément une intervention de l'État avec la même intensité. Le législateur détermine son action en fonction des besoins sociaux et de leurs coûts⁶⁷ et opère une conciliation voire des arbitrages entre les différents objectifs sociaux constitutionnels. Si le Conseil constitutionnel ne se prononce jamais sur l'opportunité de telle ou telle mesure, il vérifie que la conciliation opérée entre les droits sociaux (et les libertés publiques) est conforme aux dispositions constitutionnelles. Le simple contrôle de normes n'est pas toujours suffisant au prononcé de la décision. Il doit parfois vérifier les motivations du législateur⁶⁸, l'état de la jurisprudence⁶⁹ ou encore le contexte social avant de statuer. Il lui arrive en effet d'admettre la constitutionnalité d'une loi au vu du contexte économique, social, voire scientifique ; parfois parce qu'il l'impose, parfois parce qu'il ne s'y oppose pas. On ne peut alors s'empêcher de penser que le contrôle *a posteriori* pourrait offrir l'occasion de remettre en cause certaines conciliations ou arbitrages opérés parce qu'ils ne correspondraient plus au contexte qui avait présidé à leur adoption. Une amélioration des connaissances scientifiques prénatales, par exemple, pourrait impliquer une modification de l'interprétation donnée au principe de dignité de la personne humaine et justifier une modification de la conciliation opérée avec la liberté de la femme dans la jurisprudence *I.V.G II*⁷⁰. Une conjoncture

⁶⁶ F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », Mél. Marcel Waline, *Le juge et le droit public*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 573.

⁶⁷ Les capacités financières et techniques de l'État sont bien évidemment un élément déterminant dans la concrétisation des droits sociaux. Pour des analyses nuancées sur le coût des droits sociaux : R. Brillat, « La mise en œuvre des droits sociaux fondamentaux : remarques générales », in *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne*, op. cit., p. 92 ; F. Legendre, « Le coût économique des droits sociaux », in C. Grewe, F. Benoît-Rohmer (dir.), op. cit., p. 47.

⁶⁸ Les décisions faisant état d'une erreur manifeste d'appréciation conduisent à le penser : S. Leturcq, op. cit., p. 325-326.

⁶⁹ T. Di Manno, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel », CCC, n° 20, 2006, p. 208.

⁷⁰ CC, n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, cons. 5, Rec. p. 74 ; GDCC n° 22 : « *considérant qu'en portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse [...], la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, 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 des droits de l'homme et du citoyen* ».

économique plus favorable avec un faible taux de chômage amènerait peut-être le Conseil à plus de réticence envers les restrictions à l'accès au travail ou les atteintes à la liberté d'entreprendre, justifiées, en d'autres circonstances, par l'objectif de permettre au plus grand nombre de travailler. Les lois interdisant le cumul d'un emploi et d'une pension de retraite⁷¹ ou réduisant le temps de travail ne seraient-elles pas jugées inconstitutionnelles en dehors du « *contexte actuel du marché du travail* »⁷² ? Par un contrôle concret, le Conseil constitutionnel procéderait à un ajustement de la protection et des priorités sociales. Il assurerait ainsi une certaine cohérence des législations adoptées à des époques différentes. Il confronterait d'anciennes législations à des exigences constitutionnelles parfois nouvelles, comme les objectifs à valeur constitutionnelle⁷³ qui précisent au législateur « *les orientations et les priorités à réaliser* »⁷⁴. On pourrait par exemple supprimer les dispositions législatives qui vont à l'encontre de l'objectif pour toute personne de disposer d'un logement décent, parce qu'elles empêchent les organismes d'HLM de libérer des logements sociaux occupés par des locataires devenus aisés.⁷⁵

D'un point de vue pratique, un tel ajustement exigera parfois de soumettre à l'analyse du Conseil constitutionnel une loi déjà contrôlée, mais rien ne semble fondamentalement s'y opposer.

Des contrôles a priori et a posteriori non exclusifs l'un de l'autre

Alors que les projets de 1990 et 1993 interdisaient expressément qu'une loi contrôlée avant sa promulgation fasse l'objet d'un nouveau contrôle, rien de tel après la réforme du texte constitutionnel. Cette interdiction aurait été nuisible et plus encore aux droits sociaux compte tenu de la difficulté d'apprécier *a priori* l'effectivité de la législation sociale. Il aurait suffi d'une saisine préventive, donnant rarement lieu à censure, pour que les lois sociales échappent ensuite à toute contestation. Dans le cadre du recours constitutionnel préventif, le Conseil constitutionnel accepte déjà, depuis la décision *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, d'examiner voire de réexaminer la constitutionnalité d'une loi promulguée lorsqu'il est saisi « *de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* »⁷⁶, sans toutefois remettre en cause l'existence de la loi promulguée⁷⁷. Le recours constitutionnel défensif devrait, cette fois, permettre de censurer la loi objet du réexamen, au moins pour les dispositions qui n'auraient pas été contrôlées *a priori* mais auraient néanmoins été déclarées conformes en vertu d'un « *considérant-balai* ». Et, quand bien même il les auraient toutes examinées, il faut réserver l'hypothèse d'un changement des circonstances de droit (voire de fait⁷⁸) pour admettre un nouveau contrôle⁷⁹. Ainsi, l'existence d'un contrôle

⁷¹ CC, n° 81-134 DC, 5 janvier 1982, *Rec.* p. 15.

⁷² CC, n° 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 33, *Rec.* p. 258.

⁷³ Contestant la possibilité pour un particulier d'invoquer un objectif à valeur constitutionnelle à l'encontre d'une loi : A. Levade, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après », *Mél. Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 687.

⁷⁴ B. Faure, *op. cit.*, p. 48.

⁷⁵ Des dispositions législatives en ce sens sont actuellement en cours de discussion devant le Parlement : *Projet de loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, Doc. Sénat n°497 (2007-2008), art. 20. Pour d'autres incohérences dans la législation touchant au logement social : E. Célestine, « L'accession à la propriété des usagers du service public du logement social », *RDP* 2008, p. 94.

⁷⁶ CC, n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, cons. 10, *Rec.* p. 43 ; *GDCC* n° 35.

⁷⁷ CC, n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Rec.* p. 51. L'inconstitutionnalité de la loi promulguée sert de fondement à la décision du Conseil pour déclarer l'inconstitutionnalité de celle dont il est saisi mais n'implique pas l'abrogation de la première.

⁷⁸ La conciliation précédemment décrite entre différents objectifs constitutionnels s'opère également au regard de considérations de faits qui modifient la rigueur avec laquelle on interprète tel ou tel principe constitutionnel.

préalable n'apparaît pas comme un obstacle à l'actualisation des droits sociaux dans le cadre d'un contrôle postérieur. Des difficultés pourraient surgir mais sur d'autres aspects.

2/ Les obstacles probables à toute tentative d'actualisation.

La jurisprudence du « cliquet anti-retour » ou l'impossible adaptation législative

L'adaptation de la protection des droits sociaux impose que le législateur ne soit pas lié par les choix de politique sociale effectués dans le passé. Or selon la jurisprudence baptisée par la doctrine de « cliquet anti-retour », le législateur ne peut supprimer, ni même diminuer la protection accordée à un droit ou une liberté constitutionnellement garantis⁸⁰. Il serait tenu d'aller toujours plus avant dans les garanties qu'il accorde aux droits sociaux constitutionnels alors que l'augmentation de la protection d'un droit se fait nécessairement au détriment de celle d'un autre. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs plusieurs fois admis que le législateur pose des conditions plus restrictives à l'octroi d'une prestation sociale, jetant le doute sur l'interprétation exacte de cette jurisprudence. C'est pourquoi une autre partie de la doctrine considère que le législateur est libre de réduire la protection accordée aux droits sociaux constitutionnels sous réserve, toutefois, de ne pas les priver de toute garantie légale⁸¹. Il vaudrait donc mieux parler d'« effet de seuil » que de « cliquet anti-retour ». Ainsi, le législateur ne pourrait descendre en dessous d'un certain seuil de protection que le Conseil constitutionnel est seul à pouvoir déterminer⁸². Dans la perspective d'une actualisation des droits sociaux, cette jurisprudence du « cliquet anti-retour », si elle existe, doit être totalement abandonnée. Le Conseil doit simplement se livrer à la conciliation des droits en donnant, de temps à autre, priorité à un droit plutôt qu'à un autre. Cette souplesse qu'appelle une adaptation des droits sociaux aux besoins actualisés de la société ne peut s'obtenir, en outre, que si les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité peuvent également être modulés.

L'abrogation des dispositions inconstitutionnelles, un effet parfois excessif

La déclaration d'inconstitutionnalité produit un effet radical et irréversible puisque la ou les dispositions jugées inconstitutionnelles sont définitivement éliminées de l'ordre juridique. Des pans entiers de la législation sociale peuvent ainsi disparaître d'un seul coup. Le droit social constitutionnel jusque-là protégé se retrouve privé de toute garantie légale, ce que le Conseil constitutionnel parvenait à éviter dans le cadre du contrôle préventif. Sans pouvoir d'injonction à l'égard du législateur et, de ce fait, contraint d'attendre une législation sociale plus effective qui n'arrivera peut-être jamais, le Conseil se montrera probablement plus réticent à déclarer la loi inconstitutionnelle. Dans les hypothèses où la déclaration de conformité ou d'inconstitutionnalité est liée au contexte social, il suffirait sans doute de

⁷⁹ En ce sens, D. de Béchillon, « Plaidoyer... », *op.cit.*, p. 121 ; P. Cassia, *op. cit.* V. également, sur le droit d'asile : D. Rousseau, « Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946 », *RA*, n° 296, 1997, p. 168-169.

⁸⁰V., par exemple, M. Borgetto, « Alinéa 5 », in G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 145 ; F. Luchaire, « La protection... », *op. cit.*, p. 27 ; M.-L. Pavia, D. Rousseau, *op. cit.*, p. 183 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 430. Pensant que l'effet-cliquet peut être écarté par un objectif à valeur constitutionnelle : B. Faure, *op. cit.*, p. 65 ; S. Leturcq, *op. cit.*, p. 262.

⁸¹ B. Mathieu, « L'utilisation de principes législatifs du code civil comme norme de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité », in M. Verpeaux (dir.), *Code civil et Constitution(s)*, PUAM, Economica, 2005, p. 31-32 ; parlant de « véritables "retours en arrière" » possibles : X. Prétot, « Les bases... », *op. cit.*, p. 194-195 ; D. Ribes, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 22, 2007, p. 203.

⁸² Il semble au professeur Borgetto que, pour les droits sociaux constitutionnels appelant la mise en place d'un service public, l'interdiction faite au législateur de le supprimer fait double emploi avec la jurisprudence du « cliquet » : M. Borgetto, « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale », in Mél. Jean-François Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 98.

pouvoir écarter la loi, temporairement. Dans les autres hypothèses, le Conseil pourrait toujours se retrancher derrière une déclaration de conformité sous réserve d'interprétation, bien que le constituant n'ait pas validé cette pratique constitutionnelle. Ainsi, au lieu d'amener les droits sociaux constitutionnels à davantage d'effectivité et à une plus grande adaptabilité, la question préjudicielle pourrait, au contraire, les priver de toute portée. L'article 62 alinéa 1 de la Constitution offre sans doute une issue au Conseil en l'autorisant à reporter à une date ultérieure l'effet abrogatif de sa décision, laissant ainsi du temps au législateur pour adapter une législation plus conforme aux exigences constitutionnelles.

Il faudra dès lors compter sur le caractère inventif du Conseil pour pallier toutes ces imperfections techniques et sortir de l'alternative entre l'abrogation et le maintien d'une loi inconstitutionnelle. Il a déjà démontré qu'il était possible de le faire dans le contrôle préventif des lois⁸³. Il fera sans doute preuve d'autant d'originalité dans le contentieux *a posteriori* pour concilier à la fois la sécurité juridique et une protection effective des droits sociaux constitutionnels.

⁸³ D. Ribes, *op. cit.*, p. 203.