

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?¹

Selma JOSSO
Doctorante
Membre du CERCOP, Montpellier I

TABLE DES MATIERES

I/ A la recherche de l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France.	8
A L'apport de la jurisprudence constitutionnelle à la caractérisation de l'identité constitutionnelle (républicaine).....	8
1/ <i>Ce que l'identité constitutionnelle (républicaine) ne peut pas être.</i>	9
a. Le secteur de l'énergie relève d'un service public national.	9
b. L'appartenance de l'énergie au secteur public n'est pas une caractéristique de l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France...	12
2/ <i>Ce qui pourrait être caractéristique de l'identité constitutionnelle (républicaine) : le principe de laïcité.</i>	13
B L'apport de l'histoire constitutionnelle à la caractérisation de l'identité constitutionnelle (républicaine).....	17
1/ <i>Le « social », élément de reconnaissance de la République française.</i>	18
2/ <i>Le « caractère social de la République », principe juridique inhérent à l'identité de la Vème République.</i>	21
III Une identité constitutionnelle (républicaine) justifiant l'inapplication du droit communautaire ?.....	24
A/ De l'applicabilité à l'application du « caractère social de la République ».....	24
1/ <i>L'applicabilité de la réserve de constitutionnalité : la transposition d'une directive ayant des implications sociales.</i>	25
2/ <i>L'application de la réserve de constitutionnalité</i>	27
a. Le juge constitutionnel et l'application du « caractère social de la République ».....	27
b. L'appropriation du « caractère social de la République » par les juges nationaux.....	29
B/ Une requalification nécessaire: « le caractère social de la République », une « tradition constitutionnelle » française.	30
1/ <i>Une tradition constitutionnelle peut justifier une dérogation au droit communautaire.</i>	31

¹ Nous tenons à préciser, afin d'éviter toutes confusions, que cette contribution est centrée sur le cas français. Ainsi, par exemple, lorsqu'il sera question de régimes politiques ou de Constitution, et sauf cas spécifiés, il faudra entendre ces notions telles qu'elles ont été ou sont conçues en France.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

<i>2/ Le « caractère social de la République » peut être constitutif d'une tradition constitutionnelle</i>	33
a. Une « valeur », possible justification à une dérogation du droit communautaire.....	33
b. Le « caractère social de la République », une tradition constitutionnelle spécifique.....	34

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

*« Parler de la République
c'est examiner une histoire qui a un sens pour nous aujourd'hui,
qui nous parle de l'être de notre société, de son devenir. »*
PONTIER, J.-M., « La République », *Rec. Dalloz*, 1992, p. 240.

Décidément, l'été est propice aux décisions relatives au contentieux constitutionnel communautaire. Apparue en juillet 2006², la notion de « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » qui se substituait à la notion de « *disposition expresse de la Constitution* »³ vient d'être réaffirmée⁴ par le Conseil constitutionnel. Il ne s'agit toutefois que d'une réaffirmation et non d'une clarification puisque le Conseil, après avoir rappelé les considérants de principe exposés dans sa décision de juillet 2006⁵, se contente de constater que « *la disposition contestée [...] n'est pas manifestement incompatible avec la directive 2001/18/CE et n'est dès lors pas contraire à l'article 88-1 de la Constitution* »⁶. Faut de précision, le « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » reste source d'ambiguïtés même si les questions soulevées par cette formule diffèrent de celles qui préoccupaient la doctrine lors de l'été 2004. En effet, à cette période, les commentaires et critiques portaient sur le sens à donner aux termes de « *disposition expresse* » : certains observaient notamment que la formule employée excluait un contrôle de la loi de transposition par rapport à la « *simple construction jurisprudentielle* »⁷ tandis que d'autres, en s'appuyant sur

² CC, décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88, J.O. du 3 août 2006, p. 11541.

³ CC, décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004 *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7 ; CC, décision n°2004-497 DC du 1er juillet 2004 *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, cons. 18.

⁴ CC, décision n°2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, J.O. du 26 juin 2008, p. 10228.

⁵ Cons. 17 à 19 : « *Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution : " La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences " ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle ; Considérant qu'il appartient par suite au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence ; que, toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite ; Considérant, en premier lieu, que 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 ».*

⁶ CC, décision n°2008-564 DC du 19 juin 2008 précitée, cons. 47.

⁷ SCHOETTL, J.-E., « Le nouveau régime juridique des communications en ligne devant le Conseil constitutionnel », in *L.P.A.* n°122, 18 juin 2004, p. 10-21 ; parmi les nombreux commentaires consulter également OBERDORFF, H., « Le Conseil constitutionnel et l'ordre juridique communautaire : coopération et contrôle », in *R.D.P.* n°4, 2004, p.873 : « *l'acceptation de la primauté du droit communautaire [...] ne serait plus possible si elle s'affrontait directement avec une disposition expresse du bloc de constitutionnalité. Cela exclut donc les principes jurisprudentiels dégagés par le juge constitutionnel, mais pas les textes express de ce bloc.* » ; GAUTIER, M., MELLERAY, F., « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », in *A.J.D.A.*, 2004, p. 1537 : « *la décision du 10 juin paraît signifier que les*

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

l'absence de hiérarchie des normes constitutionnelles au sein du bloc de constitutionnalité⁸, considéraient au contraire que « *le fait que l'exigence constitutionnelle ici identifiée résulte d'une disposition expresse de la Constitution ne saurait, [...] à lui seul, justifier que ne puissent lui être opposés des principes constitutionnels identifiés par la seule jurisprudence* »⁹.

En fait, s'il n'est plus d'actualité de se demander si la disposition constituant une réserve de constitutionnalité doit être écrite ou pas, la notion de « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » renouvelle le champ du questionnement. Cette notion « *plus large et imprécise* »¹⁰ est sans conteste un formidable moyen pour le Conseil de conserver une marge de manœuvre face à une loi de transposition, et finalement face au droit communautaire. Mais parce qu'il est également un « *outil à la fois malléable et symbolique* »¹¹, un doute pourrait subsister quant à son effectivité : certains membres du Conseil constitutionnel n'hésitent pas à considérer que la réserve ne pourrait jouer que dans un cas « *à vrai dire assez théorique* »¹².

En l'état actuel de la jurisprudence, force est de constater la véracité d'une telle affirmation. Depuis l'apparition de cette réserve de constitutionnalité, aucun

normes constitutionnelles non écrites n'ont pas la même valeur que les normes constitutionnelles écrites puisque seules ces dernières peuvent faire obstacle à la transposition d'une directive » ; MATHIEU, B., VERPEAUX, M. (ss. Dir), Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°34 (suite et fin), in *L.P.A.* n°107, 31 mai 2005, p. 16 et s. : « *L'hypothèse la plus réaliste est celle où la Constitution contient une disposition écrite, précise, qui formule une exigence, ou un droit, qui s'oppose clairement à la transposition d'une disposition communautaire.* ».

⁸ CC., décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, rec., p. 18 ; *J.O.* du 17 janvier 1982, p. 299.

⁹ LEVADE, A., « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », in *R.D.P.*, n°4, 2004, p. 902. L'auteur ajoute même en note de bas de page « *il nous semble [...] évident que par disposition expresse contraire de la Constitution, le Conseil constitutionnel vise non seulement les dispositions de la Constitution stricto sensu, mais aussi celles figurant dans les autres textes du bloc de constitutionnalité* » ; parmi les nombreux commentaires consulter également (dans le même sens mais de manière plus nuancée) ROUX, J., « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », in *R.D.P.*, n°4, 2004, pp. 928-929. L'auteur, après avoir relevé que « *en tout état de cause si la notion [...] implicitement opposée aux normes constitutionnelles d'origine jurisprudentielle, paraît de prime abord relevé du bon sens* » considère qu'elle « *se heurte, à la réflexion, à plusieurs objections* » ; SALES, E., « La transposition des directives communautaires : une exigence de valeur constitutionnelle sous réserve de constitutionnalité », in *R.T.D.E.*, 2005, juil-sept., p. 613. L'auteur tout en soulignant la maladresse et le caractère énigmatique de la formule déclare : « *en l'état actuel des choses, rien ne permet de démontrer que le contrôle est limité à la structure fondamentale de la Constitution et qu'il exclut totalement le respect des droits fondamentaux* ».

¹⁰ CHALTIEL, F., « Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire, la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », in *R.F.D.C.* n°68, 2006, p. 844.

¹¹ BLACHER, P., PROTIERE, G., « Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires », in *R.F.D.C.*, n°70, 2007, p. 135.

¹² DUTHEILLET de LAMOTHE, O., « Le contrôle de conventionnalité », intervention lors de la visite à la Cour constitutionnelle italienne le 09 mai 2008, éd. numérique, http://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan/annexes/2008/o_dutheillett_rome_9mai2008.pdf, consulté le 27 juillet 2008.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France n'a été identifié par le Conseil constitutionnel.

Mais le fait que la contrariété entre une norme communautaire et un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » ne soit envisagé actuellement que comme un cas d'école ne doit pas nous exonérer d'une réflexion visant à établir la consistance de ce principe. Pour ce faire, il est nécessaire de se pencher successivement sur chacun des termes clés de cette formule (identité et constitutionnelle) puis de s'interroger sur le sens à donner à la réunion de ces deux termes (identité constitutionnelle).

Dans le dictionnaire¹³, le terme « identité » est défini comme le « *caractère permanent et fondamental de quelqu'un, d'un groupe* », et dans son acception psychologique, il renvoie à « *la conviction d'un individu d'appartenir à un groupe social, reposant sur le sentiment d'une communauté géographique, linguistique, culturelle et entraînant certains comportements spécifiques* ». Cette dernière définition fait inmanquablement penser à la notion de Nation telle qu'elle est définie juridiquement en France. A la fois composée d'éléments objectifs et subjectifs, le choix du terme « identité » n'est certainement pas dû au hasard, surtout lorsque l'on se remémore son but : permettre de fonder une dérogation au principe de primauté du droit communautaire. Ainsi, tout comme l'identité d'une entité quelconque peut se déterminer en réaction à une autre entité, voire « contre » un autre groupe perçu comme différent (c'est « l'autre » qui nous permet de nous auto-définir), l'identité dont il est ici question se révélerait en réponse à une autre identité.

Quant au terme « constitutionnelle », il semble au premier abord plus facile à définir, non seulement parce qu'il est plus familier au juriste de droit public mais également parce qu'il est dénué de toute référence psychologique qui, peut-on croire faussement, viendrait « flouter » le débat. Le terme « constitutionnelle » serait ainsi aisément identifiable : il est le « *caractère de ce qui forme la Constitution ou en fait partie, de ce qui a la force propre des dispositions de la Constitution* »¹⁴.

S'il est relativement commode de définir séparément les deux termes, une fois réunis, le problème n'est pas pour autant résolu. Si l'on se fie à la nouvelle définition résultant de l'adjonction des deux définitions présentées précédemment¹⁵, la notion « d'identité constitutionnelle » correspondrait au « *caractère permanent et fondamental de ce qui forme la Constitution ou en fait partie, de ce qui a la force propre des dispositions de la Constitution* ». Mais cette nouvelle définition permet-elle de clarifier le débat et de cerner plus facilement ce qu'il faut entendre par « identité constitutionnelle » ? Nous ne le pensons pas et paradoxalement, c'est la partie relevant de la définition du terme « constitutionnelle », donc du terme juridique, qui nous semble la plus problématique.

En effet, les deux définitions mises bout à bout pourraient laisser croire que le texte constitutionnel, dans sa globalité et sa totalité, est permanent et fondamental.

¹³ Le Petit Larousse grand format, 1993, p. 530.

¹⁴ CORNU, G., Vocabulaire juridique, 2000, p. 211.

¹⁵ En l'espèce, nous ne prenons pas en compte la partie psychologique de la définition puisqu'elle renvoie aux sentiments de personnes, or, la Constitution n'est pas une personne...

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

Or cette acception rendrait la Constitution intouchable, même pour le pouvoir constituant dérivé, ce qui est contraire à la pratique de la révision constitutionnelle mais surtout au principe révolutionnaire de 1789 selon lequel on ne doit pas lier indéfiniment les générations futures à un texte qui ne conviendrait plus à leur société. Ainsi, et sauf à croire que le Conseil constitutionnel entend protéger l'ensemble du texte constitutionnel ce qui est démenti par sa politique jurisprudentielle et par l'intérêt même du « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », force est de constater qu'il faut concevoir strictement la notion de « constitutionnelle » en ce sens qu'elle renverrait à certains points précis du texte constitutionnel entendu au sens large.

Si la Constitution est constituée d'éléments permanents et fondamentaux (caractérisant son identité profonde) et d'éléments conjoncturels qui permettent de caractériser, à un moment donné, le fonctionnement du régime politique (l'identité momentanée), la notion de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » a pour but de protéger ce qui relève de l'identité profonde¹⁶.

A ce titre, il convient de prévenir toutes critiques : la détermination de ce qui forme cette identité sera le fruit d'un raisonnement du Conseil, et même si ce dernier s'appuiera principalement et formellement sur des éléments objectifs, il ne peut être nié qu'il y aura une part d'éléments subjectifs qui entreront en ligne de compte (les fameux éléments relevant de l'acception psychologique). Mais cette part de subjectivité ne doit pas pour autant entacher la décision future d'un défaut originel pour la simple et bonne raison que cet élément subjectif concourt à la formation même de l'identité. Ainsi, en tout état de cause, le mérite d'une décision identifiant un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » serait, à tout le moins, de poser, selon le Conseil constitutionnel, ce qu'il considère à un moment donné comme formant le caractère permanent et fondamental de la Constitution française, son caractère essentiel.

Or, à ce stade du raisonnement, il est nécessaire d'opérer un glissement sémantique, et ce, selon les termes même de la Constitution. En inscrivant à l'article 1 que « *la France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale* », les constituants ont, de fait, mis en exergue ce qui fonde la France et son régime politique, réduisant par là même le texte constitutionnel à un rôle de support, de contenant, permettant de sacraliser le contenu méritant d'y être inscrit. Or, il résulte de cet article que si la France a un régime politique connu (la république), ce dernier ne se réduit pas à sa définition classique objective (régime politique dans lequel le chef de l'Etat est élu). Bien au contraire, il est fondé sur certaines caractéristiques, certaines valeurs. De l'aveu même de la Constitution, la France connaît un régime politique caractérisé à la fois par l'élection du chef de l'Etat et par son rattachement à certaines valeurs. Si cet article, dont la place dans le texte montre toute l'importance, a le mérite de réconcilier les deux acceptions de la notion de République et donc de l'incarner, il nous permet surtout d'orienter

¹⁶ La distinction entre « identité profonde » et « identité momentanée » n'est pas figée. En effet, rien n'interdit qu'un principe relevant de « l'identité momentanée » n'acquière un caractère permanent et fondamental le conduisant à devenir un élément de « l'identité profonde », tout comme il est possible qu'un élément de l'identité profonde devienne désuet et obsolète, qu'il n'ait même plus valeur de symbole auquel cas, il perdrait même sa caractéristique identitaire.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

notre recherche. Plus que le « contenant », c'est le « contenu » qu'il nous faut étudier, **plus que de Constitution, c'est de République dont il faut se préoccuper**. De fait, et selon le président du Conseil constitutionnel en exercice lors de l'apparition de cette notion, la notion de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » est une formule qui a pour fonction d'éviter que ne soit remis en cause « *ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. [...] ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme 'inhérent' : crucial et distinctif. Autrement dit : essentiel à la République.* »¹⁷.

En somme, ce n'est pas tant « l'identité constitutionnelle » qui devrait faire échec à la primauté du droit communautaire mais « l'identité républicaine », et plus spécifiquement le principe inhérent à cette identité qui doit avoir une double fonction : correspondre à la fois à cette définition psychologique mêlant critères objectifs et subjectifs et la découverte de ce qui fait le « caractère permanent et fondamental » de la République. Dès lors, et sans vouloir trop travestir la formulation du Conseil constitutionnel, il convient de redéfinir les termes du problème et de traiter de la notion de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France ».

Cette nouvelle formulation nous conduit donc à nous interroger sur les caractéristiques fondamentales de la République française (I) tout en gardant à l'esprit que cette « identité républicaine » découverte par le juge constitutionnel français doit pouvoir justifier une dérogation au droit communautaire qui serait jugée acceptable par la Cour de justice, alors qu'elle-même n'a de cesse de rappeler le principe de primauté du droit communautaire depuis 1964¹⁸ (II).

¹⁷ Vœux du Président du Conseil constitutionnel, P. MAZEAUD, 03 janvier 2005, *JCP A*, n°3, 17 janvier 2005, 1035, pt. 44. On notera que cette formulation est antérieure à la décision du Conseil constitutionnel élevant « le principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » au rang de réserve de constitutionnalité.

¹⁸ C.J.C.E. arrêt *Costa c/ Enel*, 15 juillet 1964, Aff. 6/64, rec. p. 1141.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

I/ A la recherche de l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France.

En raison de l'absence d'illustration de la notion de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », la doctrine s'interroge. Si chacun des termes a un sens juridique propre, mis bout à bout, ils trouvent une nouvelle signification et surtout, ils désignent un nouvel objet juridique, un champ d'étude. Si certains auteurs y voient « *un noyau dur et restreint de règles et principes constitutionnels caractéristiques de l'identité française* »¹⁹, d'autres prennent plus de risques et considèrent que « *l'identité constitutionnelle française peut se définir autour de quelques éléments fondamentaux* » contenus dans l'article 1 de la Constitution de 1958²⁰. Effectivement, cet article de par sa position dans le texte constitutionnel et l'usage de qualificatifs semblent désigner, identifier les éléments caractérisant la République française. Si le caractère social de la République apparaît comme étant un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France » pertinent (B), en l'absence de toute certitude et au-delà de l'article 1, c'est l'étude de la jurisprudence constitutionnelle qui permet de délimiter la notion (A).

A L'apport de la jurisprudence constitutionnelle à la caractérisation de l'identité constitutionnelle (républicaine).

La notion de principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France a été instituée en tant que réserve de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel afin d'empêcher l'entrée dans l'ordre juridique nationale d'une loi transposant une directive. Or, en bonne logique, ces principes inhérents, en raison même de leur fondamentalité, devraient être protégés à l'encontre de toute disposition, quel qu'en soit son auteur. En tout état de cause, et puisqu'il n'existe à ce jour aucun exemple illustrant ces principes, seule l'étude *a contrario* de deux catégories de décisions du Conseil constitutionnel peut nous être utile²¹. La première catégorie est la plus

¹⁹ MAGNON, X., « La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois : une exception d'interprétation stricte à la jurisprudence I.V.G. », *rec. Dalloz* 2006, p. 2879.

²⁰ CHALTIEL, F., « Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire, la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », art. précité, p. 844.

²¹ Les décisions que nous examinerons sont toutes antérieures à la décision relative aux droits d'auteurs de 2006, et en ce sens, si la réserve de constitutionnalité avait du jouer, cela aurait

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

classique : il s'agit de rechercher des indices permettant d'identifier ces principes dans des lois examinées par le Conseil, même si ces dernières ne relèvent pas *a priori* du rapport contentieux entre droit communautaire et droit national (1). La deuxième catégorie de décision est, elle, plus exceptionnelle, puisqu'il s'agit de rechercher des indices dans la décision du Conseil relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe²² (2).

1/ Ce que l'identité constitutionnelle (républicaine) ne peut pas être.

La privatisation du secteur de l'énergie n'a été possible que parce que ce domaine n'est qu'un service public national à défaut d'être un service public constitutionnel (a). Pourtant, cette qualification n'allait pas de soi. Etudier ce cas précis permet de cerner *a contrario* ce que peut être un principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France (b).

a. Le secteur de l'énergie relève d'un service public national.

La décision relative à la loi n°2006-1537 dite secteur de l'énergie, abondamment commentée²³, est célèbre pour avoir sanctionné, pour la toute première fois, une

été par référence à la notion de disposition expresse de la Constitution identifiée dans la jurisprudence de l'été 2004. Pourtant, cela n'est pas un frein dans la mesure où le Conseil lui-même considère que le changement de termes n'induit pas de changement de sens : « *La violation des objectifs de la directive par la loi de transposition n'échapperait à la critique de constitutionnalité que dans le cas exceptionnel où ils seraient contraires à l'identité constitutionnelle de la France [...], notion dont la jurisprudence de l'été 2004 [...] rendait compte par l'expression " dispositions expresses de la Constitution " ou " dispositions spécifiques de la Constitution »*. CC, « Commentaire de la décision n°2006-540 », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°21, 2006, éd. numérique <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc21/jurisp540.htm>, consulté le 27 juillet 2008.

²² CC, décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, rec., p. 173, J.O. du 24 novembre 2004, p. 19885.

²³ AZOULAY, L., « Note sous la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, loi relative au secteur de l'énergie », in *R.G.D.I.P.* n°4, 2007, p. 961-963 ; GADHOUN, P.-Y., « La liberté contractuelle des personnes publiques et la Constitution : un aspect méconnu de la décision "GDF" du Conseil constitutionnel (note sous Cons. const., 30 novembre 2006, loi relative au secteur de l'énergie) », in *R.D.P.* n°3, 2007 p. 845-863 ; VERPEAUX, M., « Epilogue - provisoire ? - d'une loi mouvementée », in *Rec. Dalloz*, 2007, p. 1760-1764 ; RAMBAUD, T., ROBLOT-TROIZIER, A., « Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, loi relative au secteur de l'énergie », in *R.F.D.A.*, 2007, p. 596-598 ; LEVADE, A., « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », in *R.F.D.A.*, 2007, p. 564- 577 ; MAGNON, X., « La loi relative au secteur de l'énergie face au droit communautaire et aux exigences constitutionnelles nationales », in *R.F.D.C.*, 2007, pp. 313-331 ; QUIOT, G., « La révision de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel », in *L.P.A.*, 7 mars 2007, pp. 4-13 ; MARCOU, G., « L'exigence constitutionnelle de transposition des directives et les tarifs réglementés de l'électricité et du gaz », in *A.J.D.A.*, 2007, pp. 473-478 ; KOVAR, J.-P., « Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Europe*, 2007, pp. 4-6 ; NOGUELLOU, R., « L'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 », in *Droit administratif*, 2007, p. 3 et pp. 30-31 ; MARCOU, G., « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ? », in *A.J.D.A.*, 2007, pp. 192-198 ; DRAGO, G., « Service public

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

loi nationale en raison de son incompatibilité manifeste avec les directives communautaires 2003/54 et 2003/55 du 26 juin 2003 qu'elle était sensée transposer. Paradoxalement, ce n'est toutefois pas cette partie de la décision qui attire notre attention, mais celle traitant de l'article 39 de la loi permettant la privatisation de G.D.F. En effet, la bataille juridique ayant eu lieu lors des débats parlementaires²⁴ laisse penser que, pour les partisans du maintien de G.D.F. en tant qu'entreprise publique, il était manifeste que la nationalisation relevait, au moins implicitement, d'un trait fondamental de notre ordre constitutionnel. D'ailleurs, les deux saisines du Conseil constitutionnel, celles des députés et des sénateurs, étaient identiques et portaient sur l'inconstitutionnalité de l'article 39 de la loi prévoyant que la part de l'Etat dans le capital de G.D.F. passait de 70% à 33%. Autrement dit, c'était la privatisation de G.D.F. qui, selon les auteurs de la saisine, était contraire à l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel « *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* ». Leurs arguments étaient simples : nationalisé en 1946²⁵, le secteur de l'énergie a constamment été considéré, tant par le législateur que par le Conseil constitutionnel²⁶, en tant que service public national et ce dernier est, de plus, en position de monopole de fait²⁷. Dans ces conditions et en application de la jurisprudence 86-217 DC, les auteurs de la saisine considère que G.D.F. ne peut être privatisé, l'article 39 de la loi est inconstitutionnel.

On le sait, la décision du Conseil contredit cette interprétation, et si la loi est partiellement censurée, c'est en raison de l'inconstitutionnalité de dispositions dont l'examen a fait l'objet d'un moyen soulevé d'office. Tant que « *le législateur a bien, avant de privatiser une entreprise, supprimé ce qui en faisait une activité de*

de l'énergie : fin d'un service public national, à propos de la décision du Conseil constitutionnel, Loi relative au secteur de l'énergie », in *J.C.P. A* n°4, pp. 30-38 ; BELLESCIZE (de), R., « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat et de la décision du Conseil constitutionnel, n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie) », in *R.F.D.A.*, 2006, pp. 1163-1174 ; CHARBIT, N., « Censure partielle de la loi relative au secteur de l'énergie : le Conseil constitutionnel, juge communautaire de la concurrence », in *A.J.D.A.*, 2006, pp. 2438-2440 ; SCHOETTL, J.-E., « Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie (1^{ère} partie) », in *L.P.A.* n°244, 7 décembre 2006, pp. 3-23 ; SCHOETTL, J.-E., « Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie (suite et fin) », in *L.P.A.* n°245, 8 décembre 2006, pp. 16-21 ; BRONDEL, S., « GDF n'est privatisable qu'à compter du 1er juillet 2007 », in *A.J.D.A.*, 2006, p. 2309 (brève).

²⁴ On se souvient que 137 672 amendements avaient été déposés par les parlementaires !

²⁵ Loi n°46-628 du 8 Avril 1946 sur la Nationalisation de l'Electricité et du Gaz, *J.O.* du 9 avril 1946. Rect *J.O.* des 17 avril et 3 mai 1946. Il faut donc noter que cette loi a été votée avant même que le premier projet de Constitution ne soit proposé et refusé par le référendum du 5 mai et donc avant que la Constitution de la IV^{ème} République ne soit adoptée.

²⁶ Texte de la saisine. Les auteurs évoquent ainsi le fait que « *le législateur, au travers de toutes les lois allant de 1946 à 2005, a érigé GDF en service public national et que cette qualité, loin d'être abandonnée aujourd'hui, est renforcée par la loi de 2006* » et s'appuient sur la décision 2004-501 DC du 5 août 2004 selon laquelle « *le législateur (de 2004) a confirmé leur qualité de services publics nationaux* ».

²⁷ *Ibid.* « Le monopole de fait dont GDF bénéficie dans le transport de gaz naturel n'est pas remis en cause par la loi de 2006 », il est même « confirmé par la nouvelle loi de 2006 ».

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

service public national »²⁸, et en l'absence de monopole de fait, le Conseil constitutionnel ne peut que constater la constitutionnalité de la privatisation.

En fait, et conformément aux arguments développés par les auteurs de la saisine²⁹, pour que le capital de G.D.F. ne puisse passer sous le contrôle privé, il eut fallu que l'activité soit reconnue en tant que service public constitutionnel puisque seul ce dernier, qui découle « *des principes et règles valeur constitutionnelle* », ne peut faire l'objet de privatisation³⁰. Or, et alors même que l'alinéa 9 du Préambule de 1946 visait implicitement le secteur de l'énergie lors de sa rédaction, le Conseil constitutionnel avait refusé de lui reconnaître ce caractère au cours de l'été 2004³¹.

En tout état de cause, si le secteur de l'énergie ne relève pas « *des principes et règles valeur constitutionnelle* » il ne relève pas, *a fortiori*, d'un « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ».

A ce stade, il est nécessaire de rappeler que la loi déferée au Conseil transposait deux directives communautaires relatives à la libéralisation du secteur de l'énergie mais que ces dernières n'exigeaient en rien la privatisation dudit secteur. Ainsi, dans le cadre d'un examen de constitutionnalité, cette décision d'ordre exclusivement gouvernementale ne pouvait pas être appréciée au regard d'un éventuel « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France* ». De plus, la décision des juges constitutionnels nous autorise à dire que, même si la privatisation avait été une conséquence du droit communautaire, elle n'aurait pu être considérée comme contraire à un « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ». Toutefois, rien ne nous interdit de nous interroger sur les raisons faisant que l'appartenance au secteur public du secteur de l'énergie ne relève pas d'un « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France* »³².

²⁸ VERPEAUX, M., « Epilogue-provisoire ?-d'une loi mouvementée », in *rec. Dalloz* 2007, p. 1760

²⁹ Contrairement à la décision n°2004-501 DC du 05 août 2004 dans laquelle le Conseil constitutionnel considère que l'électricité et le gaz sont des services publics nationaux, les parlementaires-auteurs de la saisine- déclaraient « *il ne peut faire de doute, [...] que le service public de l'électricité et du gaz constitue un service public constitutionnel car indispensable à la cohésion du pays, à la continuité de l'Etat, à l'indépendance de la Nation et, partant de là, à sa souveraineté* », (souligné par nous) tandis qu'une partie de la doctrine relevaient que « *Les débats parlementaires ayant précédé l'adoption des lois créant ces entreprises, ceux qui présidèrent à leur privatisation, montrent que contrairement ce qui a été décidé, la qualité de service public constitutionnel aurait tout aussi bien pu leur être accordée.* », BELLESCIZE (de), R., « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel (A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Section, 27 septembre 2006, *Bayrou et autres* et de la décision du Conseil constitutionnel, n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'Energie*) », in *R.F.D.A.*, 2006, p. 1163.

³⁰ CC. déc. n°86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, rec., p. 61 ; RJC, p. I-254, *J.O.* du 27 juin 1986, p. 7978.

³¹ CC, déc. n°2004-501 DC du 5 août 2004, *Loi relatif au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, rec., p. 134, *J.O.* du 11 août 2004, p. 14337.

³² Bien entendu, il ne s'agit là que de simples hypothèses qui *a priori* ne pourront pas faire l'objet d'une confirmation ou d'une infirmation ultérieure, le Conseil ne pouvant plus se prononcer sur l'appartenance dudit secteur à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

- b. L'appartenance de l'énergie au secteur public n'est pas une caractéristique de l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France.

Si l'on reprend en compte le commentaire fait par le Président du Conseil constitutionnel en 2005, ne peut être considéré comme inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France qu'un principe « *crucial et distinctif [...] essentiel à la République.* »³³. Il convient donc de se demander pourquoi l'appartenance au secteur public du secteur de l'énergie n'est pas essentielle à la République. Bien sur, une réponse évidente peut être donnée si l'on entend strictement la notion de République et que l'on y voit qu'un simple régime politique dans lequel le chef de l'Etat est élu : le contrôle par l'Etat de l'énergie n'est pas déterminant dans le cadre de cette définition. Une décision économique entendue sous le prisme d'un système politique n'est en ce sens pas distinctif. Mais si l'on entend plus largement la notion de République est qu'on prend en compte les valeurs qu'elle sous-tend³⁴, alors il devient possible de poser les bases d'une vraie réflexion.

Il faut donc s'interroger sur les valeurs sous tendues par la contrôle de l'Etat sur le secteur de l'énergie. Selon les auteurs de la saisine, ce qui était en jeu était l'indépendance, la souveraineté de la Nation, sa sécurité³⁵. Or manifestement, et quelque soit la réalité de ce point de vue, les notions « d'indépendance nationale », de « souveraineté nationale » ne sont point des valeurs républicaines mais des donnée permettant de qualifier un Etat quel que soit le régime politique en vigueur sur son territoire. Il suffit pour s'en convaincre de se souvenir que la monarchie anglaise est connue pour être très attachée à son indépendance et à sa souveraineté.

Toutefois, et comme le relèvaient les auteurs de la saisine, la loi de 1946 nationalisant le secteur de l'énergie disposait que le capital de l'établissement créé « *appartient à la Nation* », « *et pas seulement à l'Etat comme une rédaction classique l'aurait prévue* »³⁶. Ainsi, de l'aveu même des rédacteurs de la loi (qui sont également les restaurateurs de la République), il y aurait un lien fondamental

³³ Vœux du Président du Conseil constitutionnel, art. précité, pt. 44.

³⁴ Et c'est le point de vue du Conseil constitutionnel puisque le principe de « laïcité » est cité pour illustrer le principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. V. en ce sens CC, « Commentaire de la décision n°2008-564 », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°25, 2008, éd. numérique, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc25/jurisp564.htm> consulté le 27 juillet 2008.

³⁵ « *à garantir l'approvisionnement en énergie, bien de première nécessité et non substituable, de tous les citoyens sur l'ensemble du territoire, autant que l'indépendance et donc la souveraineté de la Nation, et la sécurité de son environnement, notamment en matière nucléaire.* » Texte de la saisine des sénateurs en date du 27 juillet 2004 au sujet de la loi Service public de l'électricité et du gaz et entreprises électriques et gazières.

³⁶ « *Le solde net des biens, droits et obligations transférés aux établissements publics prévus par la présente loi constitue le capital de l'établissement. Ce capital appartient à la Nation. Il est inaliénable et, en cas de pertes d'exploitation, il doit être reconstitué sur les résultats des exercices ultérieurs.* », Art. 16 de la Loi n° 46-628 du 8 Avril 1946 sur la Nationalisation de l'Electricité et du Gaz, *J.O.* du 9 avril 1946, rect *J.O.* des 17 avril et 3 mai 1946.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

entre E.D.F. / G.D.F. et la Nation française, cette dernière étant également fortement attachée à la République.

Que ces trois notions soient liées implique-t-il obligatoirement un lien direct entre le premier et le dernier terme ? Autrement dit, faut-il en déduire un lien obligatoire entre E.D.F. / G.D.F. et République ?

Tout dépend de la nature du lien qu'il y a entre ces deux termes. Un lien historique ? C'est une évidence : la restauration de la République est concomitante à la nationalisation de l'énergie. Bien plus, cette dernière est inscrite dans le programme du Conseil national de la Résistance comme un moyen permettant « *d'établir le gouvernement provisoire de la République formé par le Général de Gaulle pour défendre l'indépendance politique et économique de la nation* »³⁷.

Mais qu'en est-il du lien juridique liant la nationalisation de l'énergie et la République ?

Si la nationalisation de l'énergie était certes un moyen permettant de restaurer l'autorité de la République comme forme légitime de gouvernement après cinq années de dictature pétiniste et de collaboration, c'est surtout de la restauration de l'Etat dont il s'agissait, de sa capacité à reconstruire la France, à la rétablir dans « *sa puissance, dans sa grandeur et dans sa mission universelle* ». Si un lien a pu exister entre République et appartenance de l'énergie au secteur public, il n'a pu résulter que de circonstances historiques particulières, d'une conjoncture économique spécifique. Sans revenir sur la force symbolique de cette nationalisation en ce qu'il marquait le retour de la France libre, il ne semble pas qu'il faille en déduire un lien juridique systématique. Si l'identité de la France a pu être incarnée, à un moment donné, par cette indépendance énergétique et ce contrôle étatique, cela n'en fait pas pour autant un principe inhérent à l'identité républicaine.

En effet, le président du Conseil indique qu'il faut entendre par inhérent, à savoir un caractère « *crucial et distinctif* ». Economiquement, la nationalisation était peut être cruciale, et ce n'est pas à nous d'en juger, mais était-ce juridiquement 'crucial et distinctif' ? Rien ne permet de l'affirmer, bien au contraire. En fait, cette nationalisation était un choix de politique économique. Conjoncturelle, elle ne peut être assimilée à un principe structurant de la République.

Car il semble bien que ce soit finalement cette idée qui doit être prise en compte : **un principe inhérent, crucial et distinctif est en fait un principe structurant**. Il est l'ossature de la République, comme le principe laïcité semble l'être.

2/ Ce qui pourrait être caractéristique de l'identité constitutionnelle (républicaine) : le principe de laïcité.

³⁷ Il est ainsi inscrit dans le programme du Conseil national de la résistance, au titre des mesures à appliquer dès la libération du territoire, « *le retour à la Nation des grands moyens de production monopolisés, fruit du travail commun, des sources d'énergie, des richesses du sous-sol, des compagnies d'assurance et des grandes banques* ». (C'est nous qui soulignons).

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

Cité comme exemple d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France³⁸, le principe de laïcité doit être examiné plus avant, le but étant de déterminer ce qui, pour le Conseil constitutionnel, en fait un principe structurant.

C'est à l'occasion de l'examen du traité établissant une Constitution pour l'Europe (T.C.E.) que la question s'est posée de savoir s'il n'y avait pas remise en cause de ce principe à travers l'article II-10 dudit traité³⁹. Le Conseil, au terme d'un raisonnement fortement contesté⁴⁰, considère que puisque la « [Cour E.D.H.] a [...] pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité ;[...] sont respectées les dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes desquelles « la France est une République laïque », qui interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers »⁴¹.

Au-delà du raisonnement problématique du Conseil constitutionnel dévoilant une faible connaissance du système européen de protection des droits de l'homme, force est de constater que, face à un texte d'une rare complexité, comptabilisant trois parties et faisant 239 pages d'articles, la décision étonne par sa faible taille : 43 considérants au total. Plus précisément, alors que la Charte contient 54 articles, et autant de droits, le Conseil ne relève que trois points de contrariété éventuelle, contrariété qui au final n'existe pas. Eu égard à la solution du Conseil en la matière, il aurait tout aussi bien pu considérer directement « qu'il résulte [d'un examen attentif de la Charte] que ni par le contenu de ses articles, ni par ses effets sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, la Charte n'appelle de révision de la Constitution »⁴².

Cette brièveté fait ainsi dire aux commentateurs que « la décision 2004-505 DC se livre [...] à un balayage aléatoire de la Charte, au sens mathématique du terme, sondant ici et là les dispositions suspectées d'être problématiques sans que l'on devine vraiment les raisons profondes pour lesquelles trois questions seulement sont relevées, au sein d'un texte d'une telle densité »⁴³ ou encore que cette

³⁸ CC, « Commentaire de la décision n°2008-564 », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°25, 2008, éd. numérique, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc25/jurisp564.htm> consulté le 27 juillet 2008.

³⁹ Art. II-10 : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. »

⁴⁰ En matière de connaissance et d'utilisation juridique des droits communautaire et européen par le Conseil constitutionnel, voir notamment SUDRE, F., « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Réflexions critiques », in *R.F.D.A.*, 2005, pp. 34-40 ; LABAYLE, H., SAURON J.-L., « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », in *R.F.D.A.*, 2005, p. 27 et s.

⁴¹ CC, déc. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 18.

⁴² *Ibid.*, cons. 22.

⁴³ LABAYLE, H., SAURON J.-L., « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », art. précité, p. 27 et s.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

« analyse désordonnée [...laisse] croire que le raisonnement suivi n'obéit à aucune ligne directrice »⁴⁴.

Si la question de la contrariété de l'article II-10 du T.C.E. au principe de laïcité a été soulevé d'office par le Conseil constitutionnel, il semble que ce soit à la fois afin de donner un écho juridique aux polémiques soulevées lors de la rédaction de la Constitution⁴⁵ mais également un moyen pour le Conseil de s'emparer d'une question dont il avait, de fait, été désaisi puisque la loi sur le port des signes religieux n'ayant pas fait l'objet d'une saisine⁴⁶.

Mais une autre explication peut être avancée : même sans avoir été formellement identifié en tant que telle, **le Conseil considère dès 2004 que le principe de laïcité consacré à l'article 1 de la Constitution est un élément de la réserve de constitutionnalité**, comme cela a pu être soutenu, quasi-officiellement, en juin 2008⁴⁷.

Et pour cause : symbole de la victoire remportée par le pouvoir temporel dans sa lutte contre le pouvoir spirituel⁴⁸, la loi de 1905 postulant la séparation des Eglises et de l'Etat⁴⁹ dont le principe phare quoique implicite, la laïcité, est repris dans le préambule de la Constitution de 1946⁵⁰ puis à l'article 1 de la Constitution de 1958, est l'aboutissement de longs débats au sein de la Chambre des députés⁵¹ et de nombreuses lois laïcisant progressivement le pays⁵². Or cette laïcisation est

⁴⁴ SUDRE, F., « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel 'sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union'. Réflexions critiques », art. précité, p. 35.

⁴⁵ Lors des discussions de la troisième session ministérielle du 27 octobre 2003, sept gouvernements (Espagne, Irlande, Malte, Pologne, Portugal, Slovaquie, Lituanie), soutenus par le Vatican, avaient déposé une demande visant à faire inscrire une référence à l'héritage chrétien de l'Europe au sein du préambule de la Constitution en préparation. V. en ce sens le document « CIG 37/03 » disponible sur le site http://europa.eu/scadplus/cig2004/negociations1_fr.htm#THIRD. Devant le refus d'un certain nombre d'autres Etats, dont la France, il n'a plus été fait référence qu'aux valeurs humanistes, comme cela était initialement prévu. Pour avoir un aperçu des arguments évoqués par les deux camps illustrés par MICHEL, L., et SCHAVAN, A., « Les 'racines chrétiennes' dans la Constitution européenne? » propos recueillis par DEMETZ, J.-M., MILCENT, B., in *L'Express*, 14 juin 2004 disponible sur le site http://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/les-racines-chretiennes-dans-la-constitution-europeenne_489343.html consulté le 02 août 2008.

⁴⁶ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *J.O.* n°65 du 17 mars 2004, p. 5190.

⁴⁷ Les commentaires officiels de la décision du 19 juin 2008 contiennent ainsi les propos suivants : « *Le Conseil constitutionnel a toutefois réservé l'hypothèse où la directive serait contraire à une règle ou à un principe 'inhérent à l'identité constitutionnelle de la France', par exemple, le principe de laïcité.* », in CC, « Commentaire de la décision n°2008-564 », Cahiers du Conseil constitutionnel n°25, 2008, éd. numérique, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc25/jurisp564.htm> consulté le 27 juillet 2008.

⁴⁸ On se souvient que cette lutte est notamment symbolisée, dès le XIII^{ème} siècle, par le conflit existant entre le pape Boniface VIII et le roi de France Philippe le Bel.

⁴⁹ Loi du 09 décembre 1905 relative à la séparation des Eglises et de l'Etat, *J.O.*, 11 décembre 1905

⁵⁰ Al. 13 du Préambule de la Constitution de 1946 : « *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* ».

⁵¹ Suite à de nombreux projets de loi ayant avorté, la loi finalement votée est proposée à la discussion dès le début de l'année 1905.

⁵² Ainsi par exemple de la suppression de l'obligation de repos dominical (sauf pour les fonctionnaires) (loi du 12 juillet 1880) ; la suppression des prières publiques, suppression du serment religieux devant les tribunaux, et la laïcité des écoles maternelles (loi du 16 juin et

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

incontestablement le fait des parlementaires républicains qui entendent donner une assise autre que religieuse au pouvoir. Cette distinction fondamentale d'avec la monarchie telle qu'elle a existé en France créé un lien congénital entre République et « laïcité nécessaire » qui peut être également observé dans le fait que, lors des débats parlementaires, la République fait l'objet d'une personnification manifeste. En effet, la seule solution qui lui permettrait de ne plus déroger à ces principes, de ne plus être humiliée⁵³ et qui finalement serait « conforme [à ses] intérêts et à [sa] dignité »⁵⁴ est la séparation des Eglises et de l'Etat.

A ce titre, il faut préciser que la Révolution française avait entamé une telle évolution : si l'Assemblée constituante (monarchiste) avait abrogé le Concordat de 1516 en établissant la Constitution civile du Clergé le 12 juillet 1790, il était précisé dans le serment que devaient prêter les prêtres, qu'ils devaient « *veiller avec soin sur les fidèles du diocèse, être fidèle à la Nation, à la Loi et au Roi* ». Mais ce texte révolutionnaire n'entend pas dissocier Eglise et Etat, il n'est qu'un nouvel acte dans la lutte entre ces deux pouvoirs concurrents, la retranscription révolutionnaire de la soumission du pouvoir spirituel au pouvoir temporel.

Il en est tout autrement de la loi républicaine⁵⁵ du 20 septembre 1792 qui non seulement dissocie le mariage civil du mariage religieux, mais qui, en plus, n'accorde valeur légale qu'au premier. Une autre étape est franchie par le Concordat de 1801, acte de la République, reconnaissant que le catholicisme est la religion de la grande majorité des français, à défaut d'être la religion officielle de la France⁵⁶. Ainsi, la proclamation de la République et sa mise en place coïncident

décret du 2 août 1881) ; la neutralité de l'enseignement public en matière de religion, de philosophie et de politique et non confessionnalité de l'enseignement public et la laïcité des personnels enseignants dans l'enseignement public (loi du 28 mars 1882 et loi Goblet du 30 octobre 1886) ; le rétablissement du divorce (loi Naquet du 27 juillet 1884) ; la suppression des prières publiques officielles à l'ouverture de chaque session parlementaire (loi du 14 août 1884 portant révision partielle des lois constitutionnelles de 1875).

Pour un exposé succinct de la genèse de l'affirmation constitutionnelle de la laïcité, v. GROS, D., « La République laïque », in MATHIEU, B., VERPEAUX, M., (ss dir.), *La République en droit français*, Economica, coll. Droit public français, actes du colloque de Dijon des 10 et 11 décembre 1992, pp. 107-119.

⁵³ « *Vous me direz que pendant trente-quatre ans, la République a pu s'accomoder [du Concordat]. C'est vrai ; mais au prix de quelles concessions humiliantes et de combien de capitulation de principes !* », BRIAND, A., rapporteur de la loi, séance du 21 mars 1905, annales de la Chambre de députés, p. 1242.

⁵⁴ BRIAND, A., rapporteur de la loi, séance du 21 mars 1905, annales de la Chambre de députés, p. 1242.

⁵⁵ Si la République est proclamée le 21 septembre 1792, cette (courte) avance de la loi ne doit pas remettre en cause sa valeur républicaine dans la mesure où elle a été votée par la Convention Nationale chargée de mettre en place les futures institutions et élue suite à l'insurrection de la journée du 10 août 1792 au terme de laquelle le Roi fut suspendu. Ainsi, et au-delà du fait qu'on ne puisse douter que la Convention Nationale savait, lors du vote de la loi, qu'elle allait proclamer la République le lendemain, s'il faut formellement attendre le 21 septembre pour que soit abolie la Monarchie au profit de la République, cette abolition existe, de fait, depuis le 10 août au soir.

⁵⁶ Ainsi et de manière incidente, il est intéressant de noter la concordance des faits suivants. Dans un laps de temps extrêmement réduit, le Roi de France devient le Roi des Français pendant que la religion de l'Etat devient « la religion de la grande majorité des français » par le Concordat de 1801. Lors de la Restauration (1814), le roi redevient le Roi de France alors que le catholicisme redevient de la religion officielle de la France. Inversement, Louis-Philippe

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

majoritairement avec les périodes de laïcisation législative de l'Etat, ou tout du moins à des périodes de nette affirmation de l'Etat républicain contre l'Eglise.

Ainsi, dès le début des débats, il ressort que pour le Gouvernement, la République a des principes auquel il ne faut plus déroger et à ce titre, la fermeté dont a fait preuve le chef du Gouvernement, Emile Combes, face à l'attitude du pape Pie X est qualifiée de « *fermeté républicaine* »⁵⁷. Le fait que ces « principes républicains » ne soient pas identifiés laisse penser qu'ils sont une évidence pour les partisans de la laïcité. Mais surtout, ce qui ne peut-être considéré que comme un régime politique parmi d'autres, se voit reconnaître l'attribut ultime de l'être humain : la dignité, à laquelle, nécessairement, il ne faut pas porter atteinte sous peine de porter atteinte à l'essence même de l'être humain.

Dans ces conditions, il devient effectivement difficile de douter, concernant le principe de laïcité, de la qualité de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France ».

Faute d'exemple supplémentaire de ce que pourrait être un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France », il devient tentant de tirer une règle générale de ce cas particulier. Règle générale et non pas règle absolue. En effet, si l'exercice est périlleux, il est nécessaire, ne serait-ce que pour donner des indices, des pistes de réflexion. En gardant ces précautions à l'esprit, il semble qu'il soit possible d'envisager certains critères d'identification.

Le premier critère est bien sûr l'appartenance du principe au corpus constitutionnel entendu largement. Le deuxième critère est le caractère structurel (en opposition à un principe conjoncturel) de ce principe républicain. Critère plus difficile à déterminer : la République évolue, son identité aussi, et il ne faudrait donc pas se cantonner à des principes reconnues dès l'origine de la proclamation de la République, mais élargir le champ des recherches à des principes qui, de part leur importance, participerait de l'ossature de la République.

De fait, la jurisprudence constitutionnelle, si elle aide à définir ce que le Conseil entend par « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », n'est pas déterminante dans l'élaboration d'un contenu de ce principe. La meilleure option semble être d'opérer un retour aux sources afin de découvrir ce qui fonde l'identité constitutionnelle (républicaine).

B L'apport de l'histoire constitutionnelle à la caractérisation de l'identité constitutionnelle (républicaine).

Se pencher sur l'histoire constitutionnelle n'implique pas d'évaluer tous les principes qui, en leur temps, ont pu fonder l'identité constitutionnelle (républicaine)

d'Orléans est Roi des Français tandis qu'il réapplique strictement la Concordat de 1801, re-faisant de la religion catholique « la religion de la grande majorité des français ».

⁵⁷ BRIAND, A., rapporteur de la loi, séance du 21 mars 1905, annales de la Chambre de députés, p. 1242.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

de la France. Bien au contraire, il s'agit de rechercher si un principe en particulier se retrouve de manière récurrente dans les textes constitutionnels et si c'est le cas, il faut s'interroger sur les raisons de cette récurrence. L'affirmation du « caractère social de la République » semble correspondre à tel principe. Bien plus, le « social » est constamment affirmé comme permettant l'accomplissement de la République (1).

Mais affirmer et démontrer que le « caractère social de la République » est inhérent à l'affirmation de la République ne suffit pas à établir son statut de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France », seule l'affirmation du caractère juridique permettrait de lui reconnaître ce statut (2).

1/ Le « social », élément de reconnaissance de la République française.

Les réalisations étatiques en matière sociale ont a priori peu à voir avec la forme de gouvernement existant au sein de cet Etat : la monarchie anglaise met ainsi en place les « poor laws » dès 1610 et l'empire allemand de Bismarck met en place le fameux système des assurances sociales⁵⁸. De plus, il serait faux d'affirmer que le social est apparu avec la République : il suffit pour s'en convaincre de faire état de la littérature humaniste du XVIIIème siècle, de lire les rapports du Comité de mendicité constitué dès 1790 ou encore de se rappeler les propos de Charles Renouvier déclarant, en 1873, « *quand je cherche dans ma mémoire, depuis 1815, je découvre avec tristesse que le gouvernement impérial, ce régime infâme d'origine sacrilège, est le seul qui ait exhibé quelque intérêt pour les classes populaires* »⁵⁹.

Pourtant, en France, République et « vocation sociale » de cette dernière sont intimement liées⁶⁰. Dans le langage des républicains tout d'abord et notamment des radicaux qui considèrent que le but de la République est l'accomplissement de la « République sociale »⁶¹. Bien plus, pour les hommes de 1848, le suffrage

⁵⁸ Comme son nom l'indique, le système prévu en Allemagne repose sur le versement par le travailleur d'une cotisation sociale obligatoire garantissant un revenu en cas d'aléa (de risque) empêchant le travailleur de subvenir à ses besoins. Ainsi, la loi de 1883 rend obligatoires les assurances-maladie pour les ouvriers touchant les plus bas salaires, la loi de 1884 impose les assurances contre les accidents du travail et les met à la charge des employeurs et enfin la loi de 1889 instaure les assurances-vieillesse et assurances-invalidité dont la charge est partagée entre assurés et employeurs. Initialement réservée aux seuls travailleurs, la couverture peut faire l'objet d'une extension à l'épouse et aux enfants selon les statuts de la caisse à laquelle est affilié le travailleur.

⁵⁹ RENOUVIER, Ch., « Aurons-nous nos réformes ? Quand les aurons-nous ? », 13 mars 1873, p. 85, cité par BLAIS, M.-C., *Au principe de la République – le cas Renouvier*, Gallimard, Bibliothèque des idées, 2000, p. 296.

⁶⁰ V. MATHIEU, B., « La République sociale », in MATHIEU, B., VERPEAUX, M., (ss dir.), *La République en droit français*, op. précité, pp. 175-186. Pour certains commentateurs, le lien est si étroit qu'ils voient, avec raison, en la proclamation de la République, « *une étape capitale dans la consolidation des liens entre promotion des droits de l'homme et de la démocratie et reconnaissance de droits sociaux* », v. en ce sens BORGETTO, M., LAFORE, R., *La République sociale – contribution à l'étude de la question démocratique en France*, P.U.F., 2000, p. 22.

⁶¹ « *Nous voulons la république, nous voulons la république tout entière ; nous la voulons avec toutes les conséquences dans l'ordre politique, économique et social* » Clémenceau, discours

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

universel lui-même n'est considéré que comme un moyen permettant la réalisation de la République⁶².

Somme toute, ces derniers ne font que reprendre à leur compte les propos de nombreux hommes de la « Grande » Révolution, celle de 1789, assignant un devoir (quelque peu irréalisable) à la société républicaine : permettre à chacun d'accéder au bonheur⁶³. Or, ayant l'intuition ou ayant constaté que l'être humain ne peut être heureux sans la satisfaction de ses besoins essentiels et que l'égalité formelle n'implique pas l'égalité matérielle⁶⁴, ils n'auront de cesse de vouloir rembourser la « dette sacrée » détenue par le citoyen sur la société. En fait, la continuité entre les revendications révolutionnaires et les réalisations républicaines est telle que « *l'assistance publique républicaine [établie à compter des lois de 1889] apparaît comme la concrétisation du programme révolutionnaire de lutte contre « l'indigence » qui est exprimé notamment dans le rapport du Comité de mendicité de 1790* »⁶⁵.

Mais dire que les républicains considèrent que la République est sociale n'implique pas nécessairement, et bien que ce soit le cas, que la République soit originellement, indubitablement et identitairement sociale⁶⁶.

En fait, les proclamations et mises en place des divers régimes républicains sont le fait de circonstances particulières, d'époques tourmentées. En ce sens, la « vocation sociale » ne pourrait être considérée que comme une promesse faite en vue de rallier une population qui n'est pas acquise, *a priori*, à la cause républicaine⁶⁷. Mais au-delà de cette analyse quelque peu cynique, se profile justement ce qui fait la particularité de la République : la constance de la proclamation de sa vocation sociale. Si « *l'adhésion à cette mission sociale constitue comme un brevet de républicanisme* »⁶⁸ pour les hommes politiques, cette dernière est flagrante à l'examen des textes constitutionnels républicains.

Ainsi, dès la première Constitution républicaine, et tandis que la Déclaration des droits de l'Homme de 1793 proclame que « *les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur*

du 13 septembre 1885, cité par BARRAL P., *Les fondateurs de la Troisième République*, A. Colin, 1968, p. 145.

⁶² RENOUVIER, Ch., *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, 1848 : « *le suffrage universel doit être et sera l'instrument de toutes les réformes sociales. [...] le but, le vrai but qu'il faut atteindre est la République sociale* ».

⁶³ Art. 1, Déclaration de 1793, « *le but de la société est le bonheur commun* ».

⁶⁴ Ainsi, Sieyès déclare « *Il existe, il est vrai, de grandes inégalités de moyens parmi les hommes. La nature fait des forts et des faibles; elle répartit aux uns une intelligence qu'elle refuse aux autres. Il suit qu'il y aura entre eux inégalité de travail, inégalité de produit, inégalité de consommation ou de jouissance; mais il ne suit pas qu'il puisse y avoir inégalité de droits* », propos tenus au sein du Comité de Constitution les 20 et 21 juillet 1789, disponible sur le site <http://www.unice.fr/ILF-CNRS/politext/Sieyes/sieyesTextes.html#S1>, consulté le 17 août 2008.

⁶⁵ LAFORE, R., « Droit et pauvreté : les métamorphoses du modèle assistanciel français », in *R.D.S.S.* 2008, p. 114.

⁶⁶ Pour un avis contraire, v. MATHIEU, B., « La République sociale », in MATHIEU, B., VERPEAUX, M., (ss dir.), *La République en droit français*, op. précité, p. 175 : « *La République n'est pas née sociale, elle l'est devenue* ».

⁶⁷ De fait, « *la République, plus encore, peut se perdre pour ne plus être suffisamment désirable, c'est-à-dire pour ne plus susciter assez d'adhésion et de foi de la part des citoyens* », PONTIER, J.-M., « La République », in *Rec. Dalloz*, 1992, p. 240.

⁶⁸ DONZELOT, J., *L'invention du social – essai sur le déclin des passions politiques*, éd. du Seuil, 1994, p. 17.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler »⁶⁹, la Constitution qui y est rattachée souligne, en guise de conclusion, que « *la Constitution garantit à tous les Français [...] une instruction commune, des secours publics, la liberté indéfinie de la presse, le droit de pétition, le droit de se réunir en sociétés populaires, la jouissance de tous les Droits de l'homme* »⁷⁰. En l'espèce le lien entre République et rôle en matière sociale, s'il est certain, reste implicite puisque c'est la Constitution, dans laquelle le caractère républicain du régime est affirmé, qui se voit assigner le rôle de garant des droits sociaux.

La Constitution de la II^{ème} République, quant à elle, est à ce point explicite que la vocation sociale de la République ne peut être niée. Placée sous le signe de la Fraternité, cette dernière proclame dès le Préambule que « *La République [...] doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler* »⁷¹. Dans le même ordre d'idées, et même si le texte est en retrait par rapport au projet initial, l'article 13 de la Constitution vient à l'appui du Préambule réaffirmant la vocation sociale de la République nouvellement proclamée⁷². Certes, cette réaffirmation est surtout formelle, tant la nouvelle Chambre élue en juin est conservatrice au regard des révolutionnaires de février. Mais cela n'influe pas sur la nature de la République. En fait, cette affirmation renouvelée viendrait même à l'appui de la démonstration, comme si les conservateurs élus n'osaient pas remettre en cause ce caractère social.

Quant à la Constitution de la III^{ème} République, l'absence de référence sociale ne doit pas tromper, tant il est connu que les lois constitutionnelles ne sont, en raison de circonstances historiques qu'il n'est pas besoin de rappeler, que voter progressivement et réduites aux règles essentielles nécessaires au fonctionnement du régime politique⁷³.

⁶⁹ Art. 21.

⁷⁰ Art. 122.

⁷¹ Ainsi, Ledru Rollin ne fait-il qu'œuvrer pédagogique en déclarant qu'« *en se constituant République, le gouvernement a pris l'obligation de satisfaire à tous les intérêts légitimes, de donner du pain au travailleur, [...] de répartir [les impôts] avec plus d'équité* », in Bulletin de la République, 15 mars 1848, cité par BORGETTO, M., LAFORE, R., *La République sociale – contribution à l'étude de la question démocratique en France*, op. précité, p. 35.

⁷² « *La société favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, l'éducation professionnelle, l'égalité de rapports, entre le patron et l'ouvrier, les institutions de prévoyance et de crédit, les institutions agricoles, les associations volontaires, et l'établissement, par l'Etat, les départements et les communes, de travaux publics propres à employer les bras inoccupés ; elle fournit l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir.* »

⁷³ D'ailleurs, l'absence d'inscription dans le texte constitutionnel est compensée par les très nombreuses réalisations sociales de la III^{ème} République. Ainsi concernant les indigents : loi du 24 juillet 1889 relative à la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés ; loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite ; loi du 14 juillet 1905 relative aux vieillards, infirmes et incurables ; lois des 17 juin et 14 juillet 1913 relatives aux femmes en couches privées de ressources ; loi du 14 juillet 1913 relative aux aides aux familles nombreuses nécessiteuses (Hasard ou calcul, une grande partie de ces lois sont en date du 14 juillet...) ; et concernant les travailleurs : loi du 09 avril 1898 garantissant les travailleurs contre les conséquences des accidents du travail ; loi du 05 avril 1910 relative à l'assurance vieillesse

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

Mais la tradition républicaine reprend dès 1946 à travers l'affirmation des fameux « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ». En fait, dès le premier projet de Constitution, l'article 40 stipulant que « *la France est une République sociale* » est adopté sans débat, preuve de consensus existant en cette période. D'autre part, et alors que le texte est rejeté le 05 mai 1946, l'Assemblée constituante nouvellement élue, marquée par une baisse du nombre d'élus de gauche, reprend la formule du premier projet. En quelque sorte, et alors qu'il ne peut être nié que le second projet est en net recul par rapport au premier projet de Constitution, les revendications sociales qui disparaissent sont contenues, de fait, dans la formule lapidaire mais si explicite : « *la France est une République sociale* ».

Retracer sommairement, l'histoire de l'inscription formelle de données sociales dans le corpus constitutionnel indique sans ambiguïté que cette dernière n'est pas, sur le long terme, le fruit de la simple conjoncture⁷⁴. Bien au contraire, le caractère social de la République, qu'il soit explicite ou implicite, apparaît, de manière constante, comme un élément de structuration de l'idéal républicain. Ainsi, s'il est courant de dire que l'Etat perdure au-delà des républiques, il est tout aussi justifié de dire que **la République sociale perdure au-delà des républiques**. Toutefois, établir le caractère structurel du social dans l'histoire républicaine n'implique pas nécessairement que le « caractère social de la République » soit un « principe inhérent de l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France » à l'heure actuelle. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'un principe a été un élément d'identification de la République qu'il est toujours un élément d'identification de la Vème République.

2/ Le « caractère social de la République », principe juridique inhérent à l'identité de la Vème République.

Pour affirmer l'inhérence de cette identité, il suffit de constater que l'article 1 de la Constitution dispose que « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* », reprenant à son compte les acquis des républiques précédentes et les intégrant dans ce qu'il considère comme étant la République. En qualifiant la République, l'article 1 participe à l'identification des éléments clés qui caractérisent la Vème République française⁷⁵. En ce sens, les divers qualificatifs (indivisible, laïque, démocratique et sociale) permettent de mettre en exergue les particularités de la République en France.

obligatoire des salariés ou encore la loi du 11 avril 1932 relative au versement d'allocations familiales suite à la naissance du premier enfant.

⁷⁴ Si c'était le cas, il serait affirmé le caractère social de la Monarchie. Or, ni la Charte du 04 juin 1814 ni celle du 14 août 1830 ne contiennent la moindre référence sociale.

⁷⁵ VERPEAUX, M., « La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel », in Mél. Pierre Avril, *La République*, éd. Montchrestien, p. 129

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

Que ces éléments définissent la République française, cela ne fait plus de doute, mais est-ce pour autant une définition juridique de la Vème République française ? En d'autres termes, se demander si le caractère social de la République peut être considéré comme un principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France conduit nécessairement, et au préalable, à se demander si la notion de « République sociale » doit se voir reconnaître une valeur juridique. En effet, le Conseil constitutionnel a toujours formellement fondé ses décisions en droit, assurant sa propre légitimité et par voie de conséquence, celle de ses décisions. Logiquement et dans le cas forcément sensible d'une déclaration de non-conformité d'une loi de transposition d'une directive, et *in fine* de cette dernière à la Constitution, il serait étonnant que les neuf sages ne s'appuient pas sur une notion à la valeur juridique incontestable⁷⁶.

De fait, la notion de « République sociale » fait l'objet d'une certaine suspicion. Ainsi, G. Braibant considère que le terme n'a « aucun sens juridique »⁷⁷, ce qui conduirait ainsi à nier cette éventuelle qualité de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France ». A l'appui de sa démonstration, G. Braibant développe deux arguments bien différents. Le premier replace la notion dans le contexte politique de son inscription au sein du texte fondamental : elle n'aurait qu'un but politique, rassurer les citoyens, « convaincre un maximum de français d'accepter cette Constitution »⁷⁸. Le fait qu'il n'y ait eu aucune discussion lors des travaux de l'Assemblée constituante viendrait à l'appui de cette appréciation : cela « [n'a] aucune conséquence pratique et juridique »⁷⁹.

Sans nier la valeur éminemment politique sous-tendue par la notion de « République sociale », l'argument peut être aisément retourné⁸⁰ : s'il n'y a pas eu de discussion c'est qu'il y avait consensus en la matière, tant au niveau de la population attachée à cet élément de l'idéal républicain qu'au niveau des élus. Et ce consensus est d'autant plus important que le caractère social de la République a été constitutionnellement affirmé dans la Constitution de 1946⁸¹, la formule étant elle-même reprise du projet du 19 avril 1946⁸². Ainsi, et alors même que ce texte avait été rejeté par le référendum du 05 mai 1946, la seconde Assemblée constituante élue a reconduit cette disposition.

Le second argument est plus spécieux puisqu'il a trait à l'absence de décision du Conseil constitutionnel fondée sur la notion de « République sociale ». Ce dernier point est exact : si la notion a pu servir aux requérants⁸³, elle n'a jamais été citée, ni

⁷⁶ D'ailleurs et même dans ce cas, il y a fort à parier que la décision fera l'objet de vives critiques notamment de la part des juristes se réclamant comme « pro-européen ». Une décision d'opportunité ne ferait en ce sens que fonder les critiques.

⁷⁷ BRAIBANT, G., « Débats », in MATHIEU, B. et VERPEAUX, M., (ss dir.), *La République en droit français*, op. précité, p. 186.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 186.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 186.

⁸⁰ Outre les considérations juridiques, cet argument tend à prouver l'existence de l'élément psychologique.

⁸¹ Article 1 : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».

⁸² Titre I, art. 40 : « La France est une République indivisible, démocratique et sociale ».

⁸³ Texte de saisine de la décision 81-132 DC du 16 janvier 1982.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

même clairement sous-entendue par le Conseil, conduisant M. Verpeaux à regretter le « *sous-emploi des adjectifs 'démocratique' et 'sociale'* »⁸⁴.

Toutefois, postuler l'absence de valeur juridique pour cette raison reviendrait à admettre que le Conseil constitutionnel, alors même qu'il a affirmé que l'ensemble des dispositions du bloc de constitutionnalité avait valeur constitutionnelle et donc *a fortiori* juridique, considère qu'il existe certaines formules au sein de la Constitution elle-même qui ne sont pas juridiques. Raisonnablement contestable : le fait que le Conseil constitutionnel préfère asseoir ses décisions sur des dispositions explicites et précises lorsqu'elles existent, n'implique pas obligatoirement qu'il ne se fondera jamais sur une notion *a priori* plus floue si nécessaire. Le Conseil en a déjà fait la preuve ; ainsi par exemple des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁸⁵ qui, (faut-il le rappeler ?), avaient été insérés afin de consacrer « *les grandes lois sociales de la III^{ème} République* »⁸⁶. L'absence de consécration explicite par le Conseil constitutionnel n'a donc pas pour effet de priver la « République sociale » de valeur juridique⁸⁷.

Mais contester le raisonnement aboutissant à nier la valeur juridique d'une notion ne revient pas à établir cette même valeur juridique.

En fait, au-delà des doutes pouvant exister suite à l'imprécision relative du terme de « République sociale »⁸⁸, il suffit de revenir sur un point évoqué précédemment : les sages de la rue Montpensier ont de longue date, sans ambiguïté et par le biais d'une jurisprudence constante, reconnu la valeur constitutionnelle de l'ensemble des dispositions de la Constitution et donc de son article 1 : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* » ; en somme, « *l'imprécision d'une disposition constitutionnelle n'en supprime pas le caractère normatif* »⁸⁹.

S'il ne peut faire de doute que le « caractère social de la République » est potentiellement un principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France, **ce principe ne peut avoir d'intérêt que dans la mesure où il fonderait une décision d'inconstitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive.**

⁸⁴ VERPEAUX, M., « La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel », art. précité, p. 137.

⁸⁵ Reconnu pour la première dans la fameuse décision 71-44 DC du 16 juillet 1971 à propos de la liberté d'association, *Rec.*, p. 29, *J.O.* du 18 juillet 1971, p. 7114.

⁸⁶ M. Guérin, débats, A.N.C., 28 août 1946, *J.O.*, p. 3363. V. en ce sens. MATHIEU, B., « La République sociale », in MATHIEU, B., VERPEAUX, M., (ss dir.), *La République en droit français*, op. précité, p. 178.

⁸⁷ V. également M FROMONT qui, au-delà d'un appel à la jurisprudence constitutionnelle considère « *[qu'on] a le devoir de donner un sens et une portée juridique à toutes les dispositions d'un [texte juridique]* », in MATHIEU, B., VERPEAUX, M., (ss dir.), *La République en droit français*, op. précité, p. 188.

⁸⁸ L'imprécision des termes avait déjà été reproché au préambule de la Constitution de 1946 sans pour autant que cela influe sur sa valeur juridique. Sans nier cette imprécision, il serait toutefois excessif de considérer que « *ce terme de social a des contours assez indéfinis au point que tout peut, peu ou prou, être considéré comme social* », in PONTIER, J.-M., « La République », art. précité, p. 240.

⁸⁹ GENEVOIS, B., « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé (à propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004) », in *R.F.D.A.*, 2004, p. 651 et s.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

II/ Une identité constitutionnelle (républicaine) justifiant l'inapplication du droit communautaire ?

Si le Conseil constitutionnel a posé une limite à l'application de la réserve de constitutionnalité (l'accord du pouvoir constituant), il faut en fait, en matière sociale, distinguer l'applicabilité de l'application de la réserve de constitutionnalité. En effet, le social n'étant pas une compétence de la Communauté, identifier la « République sociale » en tant que principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France ne servirait à rien puisque que la notion ne serait pas applicable. En l'espèce, c'est donc une double condition qui doit être satisfaite pour que le principe puisse *in fine* avoir son utilité (A). De plus, dans le cadre spécifique du contentieux constitutionnel communautaire, il conviendrait de s'interroger sur l'opportunité d'une telle appellation (B).

A/ De l'applicabilité à l'application du « caractère social de la République ».

Pour que la notion soit largement applicable, il faut que la Communauté bénéficie d'une compétence générale en matière sociale, ce qui n'est pas le cas⁹⁰. En ce sens, les développements qui précèdent peuvent paraître incongrus voire inutiles. Pour autant, la question de la compatibilité des règles communautaires au caractère social de la République peut se poser lorsque l'on se place dans une perspective évolutive de dévolution de compétences sociales à la Communauté⁹¹ mais surtout lorsqu'on étudie les conséquences sociales de directives communautaires. Ainsi, par exemple de la directive 96/71 relative au détachement de travailleurs salariés⁹² ou de la célèbre directive 2006/123/CE⁹³ dite Bolkestein.

⁹⁰ En dépit des actes pouvant être pris dans le cadre de la politique sociale ou de l'harmonisation des législations sociales, le but étant de faciliter la libre circulation des travailleurs.

⁹¹ En effet, si le principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France a été inauguré dans le cadre du contrôle des lois de transposition, rien n'empêche de penser qu'il pourrait jouer son rôle de réserve de constitutionnalité dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité d'un futur traité communautaire.

⁹² Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *J.O.* n° L 018 du 21/01/1997, pp. 1-6. Cette directive a des implications sociales dans la mesure où elle impose le respect de règles minimales édictées par l'Etat d'accueil à l'entreprise détachant un salarié dans un Etat membre autre que son Etat d'origine. Ces règles minimales ont traités aux périodes maximales de travail et aux périodes minimales de repos, à la durée minimale des congés annuels payés, aux taux de salaire minimal (y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires), aux conditions de mise à disposition des travailleurs (notamment par des entreprises de travail intérimaire), à la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, aux mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

La question de la compatibilité d'une directive à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France et donc de l'applicabilité du « caractère social de la République » peut donc se poser soit dans le cadre de l'examen d'une loi de transposition (a) soit dans le cadre nouvellement établi par la révision constitutionnelle du 23 juillet dernier : l'examen d'une loi sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation (b).

1/ L'applicabilité de la réserve de constitutionnalité : la transposition d'une directive ayant des implications sociales.

Si de nombreuses directives ont des conséquences en matière sociale, la directive dite Bolkestein offre, dans le cadre de cette étude, plus de perspectives et ce, pour deux raisons essentielles. Tout d'abord, elle a été la cible de nombreuses manifestations de syndicats européens au sein même de la capitale européenne ; elle peut être ainsi considérée comme ayant (involontairement) participé à l'émergence d'une conscience sociale européenne. D'autre part, elle n'est pas encore transposée en droit français⁹⁴. Bien que les dispositions litigieuses aient été retirées du texte finalement adopté le 12 décembre 2006, le champ des perspectives reste ouvert quant à la constitutionnalité finale de la loi de transposition et *in fine* de la directive.

Un court rappel historique est nécessaire afin de bien comprendre les enjeux d'une directive si controversée et qui, après de profondes modifications, a mis trois ans à être adoptée.

Se présentant dans la lignée de la stratégie de Lisbonne initiée en 2000, la proposition de directive présentée par le Commissaire Bolkestein est approuvée par la Commission le 13 janvier 2004. Considérée comme « *une oeuvre de dérégulation sans précédent* »⁹⁵, la proposition contenait initialement certaines dispositions fortement controversées.

La première disposition litigieuse (art. 16) était celle appliquant le principe dit « du pays d'origine » en vertu duquel le droit applicable à une prestation de services est celui de l'Etat membre dans lequel le prestataire a son siège statutaire, et non l'Etat dans lequel se déroule la prestation de service.

Le deuxième problème posé par cette proposition de directive avait trait à son (trop) vaste champ d'application. En effet, aux termes de l'ex-article 2, la directive « *s'applique aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un Etat membre* », exceptés les services financiers, communications électroniques

femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes et enfin à l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination.

⁹³ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.* n° L 376 du 27.12.2006, pp. 36-68. Si cette directive est abusivement qualifiée de directive Bolkestein, du nom du Commissaire européen l'ayant présentée, puisque celui-ci n'était plus en charge de cette directive lors de son adoption, nous adopterons toutefois cette appellation par commodité de langage.

⁹⁴ Aux termes de l'article 44, la transposition doit intervenir au plus tard le 28 décembre 2009.

⁹⁵ « Décryptage d'une oeuvre de dérégulation sans précédent », in *L'Humanité*, 15 novembre 2006.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

et transports (art. 2-2)⁹⁶. Ainsi, faute d'être explicitement exclus, la plupart des services d'intérêt économique général tels que la santé, les services sociaux, l'enseignement, la culture, les services audiovisuels ou les médias étaient *a priori* concernés par la directive, à partir du moment où ils impliquaient une rémunération économique.

Régulièrement illustrée par le tristement célèbre « plombier polonais » et face au risque de « dumping social », la directive « de la honte » symbolise, et notamment lors des débats précédant le référendum relatif au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, cette Europe du « tout libéral » dans lequel les Etats bénéficiant d'un système de sécurité sociale élevé seraient contraints à un alignement « vers le bas ».

En France, les plus hautes instances politiques⁹⁷ et juridiques⁹⁸ ont pris position contre la proposition de directive. Finalement, le Conseil européen de Bruxelles des 22 et 23 mars 2005 considère que « *la rédaction actuelle de la proposition de directive ne répond pas pleinement aux exigences [permettant de satisfaire le modèle social européen]* »⁹⁹, ouvrant la voie à la modification de la directive.

De fait, le principe dit « du pays d'origine » est abandonné et les secteurs les plus litigieux (services d'intérêt général non économiques, services sociaux et de santé, ainsi que du droit du travail) sont exclus du champ d'application de la directive¹⁰⁰.

Ainsi, et sans préjuger de l'application effective du principe, il apparaît évident que le « caractère social de la République » peut être applicable au droit communautaire et bien plus, il peut avoir une réelle utilité.

⁹⁶ Si ces services ne sont pas concernés par la directive, c'est pour la simple et bonne raison qu'ils ont déjà, ou qu'ils étaient en train de faire l'objet de textes particulier les libéralisant.

⁹⁷ Au-delà des manifestations politiques connues, il faut noter, entre autre, que le Sénat par le biais d'une résolution européenne n°89 (2004-2005) du 23 mars 2005 demandait « *résolument l'abandon de la règle du pays d'origine dès lors qu'il n'existe pas de socle d'harmonisation* ». Résolution disponible sur le site <http://www.senat.fr/leg/tas04-089.html> consulté le 17 août 2008. De même, une résolution de la Délégation pour l'Union européenne de l'Assemblée nationale votée le 02 février 2005 demande un retrait de la directive ; un rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire présenté par A. Bocquet qualifie cette proposition « *d'inacceptable dans son principe* », rapport n°2939, disponible sur le site http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2939.asp#P170_9038.

⁹⁸ Avis du Conseil d'Etat n°371.000 du 18 novembre 2004 disponible sur le site http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/decisions_lja/avis_bolkestein_181104.pdf consulté le 18 août 2008 ; avis du Conseil économique et social du 19 janvier 2005 qui appelle à la préservation du modèle social européen, disponible sur le site http://www.conseil-economique-et-social.fr/ces_dat2/2-3based/base.htm consulté le 18 août 2008.

⁹⁹ Conseil européen de Bruxelles des 22 et 23 mars 2005, Conclusions de la présidence, pt 22, disponible sur le site http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/84331.pdf consulté le 18 août 2008.

¹⁰⁰ « *La présente directive n'affecte pas les conditions d'emploi, y compris les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos, la durée minimale des congés payés annuels, les taux de salaire minimal, ainsi que la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, que les États membres appliquent dans le respect du droit communautaire; elle n'affecte pas non plus les relations entre partenaires sociaux, y compris le droit de négocier et de conclure des conventions collectives, le droit de grève et le droit de mener des actions syndicales conformément aux législations et aux pratiques nationales respectant le droit communautaire. La présente directive ne s'applique pas aux services fournis par les agences de travail intérimaire. La présente directive n'affecte pas la législation des États membres en matière de sécurité sociale.* », Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, J.O.U.E., 27.12.2006, L 376, p. 38, pt 14.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

2/ L'application de la réserve de constitutionnalité.

L'application du « caractère social de la République » comme de tout « principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France » afin de contrer l'entrée en vigueur d'une loi de transposition ne vaut que pour autant que le pouvoir constituant n'ait pas consenti, au préalable, à la primauté de la règle communautaire.

De fait, deux situations peuvent exister, voire co-exister : l'application du principe inhérent par le juge constitutionnel dans le cadre classique de l'examen d'une loi de transposition (a), mais un autre cas est envisageable nécessitant l'appropriation de la notion par les juges ordinaires (b).

- a. Le juge constitutionnel et l'application du « caractère social de la République ».

L'application par le Conseil constitutionnel du « caractère social de la République » peut intervenir dans deux cas. Celui de l'examen devenu (presque) classique d'une loi de transposition ou dans le nouveau cadre mis en place par la révision constitutionnelle du 23 juillet dernier : la décision de constitutionnalité sur renvoi de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat.

Afin d'illustrer l'application de la réserve de constitutionnalité envisagée, il est nécessaire de revenir sur la directive symptomatique : la directive dite Bolkestein. En effet, en attendant sa transposition et son éventuel examen par le Conseil constitutionnel, qu'il nous soit permis de faire un peu de fiction juridique. Dans l'hypothèse d'une adoption sans modification de la directive initiale, aurait-elle été compatible avec nos « principes inhérents à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France » et particulièrement avec le « caractère social de la République » ?

Les arguments dénonçant cette directive sont connus : l'application de la directive et notamment du principe de l'Etat d'origine, en libéralisant les services et en favorisant la concurrence entre Etats qui n'ont pas les mêmes niveaux de développement social, aboutirait à remettre en cause la protection sociale des travailleurs et *in fine*, à aligner vers le bas les systèmes de protection sociale vers le moins disant. Or, c'est justement et historiquement en se posant à elle-même l'objectif d'atteindre un niveau de protection sociale le plus élevé possible et en votant des lois en ce sens, que la République sociale est passée de l'incantation à l'incarnation. Remettre en cause ces lois de manière trop importante (toucher à la substance même du droit) pourrait ainsi justifier la contrariété de la loi de transposition à la République sociale – « principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France ».

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

Or, le Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »¹⁰¹ permet de prendre conscience de l'ampleur des modifications législatives qui auraient été nécessaires si la proposition de directive avait été adoptée sans modification. Ainsi, le manuel stipule que puisque l'article 1-6 dispose que la directive n'affecte pas le droit du travail ni la législation des États membres en matière de sécurité sociale¹⁰², la directive ne contient aucune règle relevant du domaine du droit du travail ou de la sécurité sociale et qu'elle n'oblige donc pas les États membres à modifier leur droit du travail ou leur législation en matière de sécurité sociale¹⁰³. Lue *a contrario*, cette partie du manuel indique clairement que si ce domaine n'avait pas été expressément exclu du champ d'application de la directive, ce qui n'était pas le cas dans la proposition de directive de janvier 2004, une modification législative aurait été obligatoire. Sans en connaître l'ampleur exacte¹⁰⁴, on ne peut douter qu'elle aurait été d'importance puisqu'il aurait fallu, à terme, remettre à plat les règles du droit du travail.

Par exemple, le fait qu'un prestataire soit soumis à son droit d'origine en matière de salaire minimum, pouvait certainement conduire à ce qu'il soit préféré à un autre prestataire du pays d'accueil dont le salaire minimum légal est plus élevé. De fait, les prestataires français étaient défavorisés en raison d'une trop grande protection législative. Pour rendre les entreprises françaises plus compétitives dans le cadre de prestations effectuées dans un autre Etat membres mais également dans le cadre de prestations effectuées sur le territoire national, l'un des seuls moyens d'agir pour le gouvernement français aurait été de baisser le montant du salaire minimum légal. Or ce dispositif est un point essentiel dans l'accomplissement de la République sociale.

Ainsi, en l'absence de mobilisation de la société civile relayée tardivement par les pouvoirs publics¹⁰⁵, le Conseil constitutionnel aurait eu pour rôle de préserver l'essence de la République sociale : l'application du « caractère social de la République » aurait eu ainsi l'avantage de pouvoir contrer les dispositions litigieuses ou au moins d'émettre des réserves d'interprétation.

¹⁰¹ Ce manuel a pour but de fournir une assistance technique aux Etats membres dans la transposition de la directive. Disponible sur le site http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_fr.pdf, il n'a pas de valeur juridique contraignante et n'engage pas la Commission.

¹⁰² Art. 1-6 : « La présente directive ne s'applique pas au droit du travail, à savoir les dispositions légales ou contractuelles concernant les conditions d'emploi, les conditions de travail, y compris la santé et la sécurité au travail, et les relations entre les employeurs et les travailleurs, que les États membres appliquent conformément à leur législation nationale respectant le droit communautaire. Elle n'affecte pas non plus la législation des États membres en matière de sécurité sociale. ».

¹⁰³ Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services », p. 16.

¹⁰⁴ D'ores et déjà et concernant la directive finalement adoptée, le manuel prévoit d'ailleurs que la directive nécessitera plusieurs « actes de mise en oeuvre », déclenchant un « processus dynamique, dont les avantages se dévoileront au fil des années. ». En ce sens, la loi de transposition ne sera que la première étape d'une longue série de mesures législatives ou réglementaires modifiant en profondeur les règles applicables, *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, p.7.

¹⁰⁵ On se souvient que la trop grande passivité des hommes politiques de tout bord a été dénoncée, ceux-ci n'ayant commencé à manifester leur opposition qu'à partir du moment où les syndicats, belges d'abord puis européens, avaient évoqué les risques de dumping social et juridique.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

b. L'appropriation du « caractère social de la République » par les juges nationaux.

Aux termes de la décision relative aux droits d'auteurs, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel¹⁰⁶. Il revient donc aux juges nationaux de faire un examen approfondi de la compatibilité de la loi à la directive, d'autant que suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet dernier, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation peuvent former un renvoi devant le Conseil constitutionnel pour examiner la constitutionnalité d'une loi¹⁰⁷.

Si cette nouvelle disposition est révolutionnaire en ce qu'elle permet l'examen de la constitutionnalité d'une loi entrée en vigueur, elle a l'énorme avantage de permettre également l'examen de constitutionnalité d'une loi de transposition qui n'aurait pas fait l'objet d'une saisine devant le juge constitutionnel avant son entrée en vigueur¹⁰⁸.

Toutefois, ce renvoi opéré par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne permet pas de contrôler la constitutionnalité de tous les actes communautaires et notamment de toutes les directives. En effet, si celles-ci sont censées faire l'objet d'une transposition pour pouvoir être applicables dans l'ordre juridique national, la C.J.C.E. a, de longue date et sous réserve que la directive soit suffisamment précise et inconditionnelle¹⁰⁹, consacré le principe d'applicabilité directe d'une directive non transposée à l'expiration du délai imparti ou d'une directive mal transposée.

Or le nouvel article 61-1 de la Constitution, en faisant référence à « *une disposition législative portant atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution* », exclut les dispositions d'une directive applicable directement. Dans ce cas, l'appropriation de la notion par les juges nationaux pourrait être extrêmement utile puisqu'elle permettrait à ces derniers de pouvoir examiner un texte qui ne pourrait l'être par le Conseil constitutionnel.

Ainsi, le juge national pourrait être confronté à deux situations différentes mais ayant les mêmes conséquences. D'une part, il pourrait être confronté à une directive applicable directement et qu'il suspecte d'être contraire au « caractère social de la République ». Dans ce cas, et sauf à écarter la suspicion d'inconstitutionnalité, le juge national est dans l'obligation de saisir la C.J.C.E. qui est seule habilitée à écarter une directive. D'autre part, le juge ordinaire pourrait être confronté à une décision du juge constitutionnel sur renvoi constatant l'inconstitutionnalité, même partielle, d'une loi transposant une directive. Dans ce cas, et en application du nouvel article 62, la disposition inconstitutionnelle est

¹⁰⁶ CC, décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006 précitée, cons. 20.

¹⁰⁷ Sous réserve de l'entrée en vigueur du nouvel article 61-1 de la Constitution dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à son application et de l'article 63 disposant qu'une « loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations ».

¹⁰⁸ En effet, puisque la Constitution n'exclut pas ces lois il n'y a aucune raison à ce qu'elles ne puissent faire l'objet d'un renvoi devant le Conseil constitutionnel.

¹⁰⁹ C.J.C.E., arrêt *Yvonne van Duyn contre Home Office*, 4 décembre 1974, aff. 41-74, rec. p. 1337.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

abrogée, soit à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, soit à compter d'une date ultérieure fixée par cette décision. En tout état de cause, et puisque les décisions du Conseil s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, le juge national sera confronté à un dilemme. Appliquer la directive sur le fondement de laquelle la disposition inconstitutionnelle a été adoptée, ce qui reviendrait à appliquer une directive inconstitutionnelle, ou écarter la directive ce qui n'est pas de sa compétence mais de la compétence de la Cour de Justice. De fait, le juge national n'aurait d'autre choix, là encore, que de saisir la C.J.C.E. d'une question préjudicielle.

Or, cette dernière a pour rôle d'assurer le respect du droit communautaire¹¹⁰ et non le respect du droit d'un Etat membre, d'autant que la C.J.C.E n'a de cesse d'affirmer la primauté du droit communautaire sur le droit national fut-il constitutionnel¹¹¹. Ainsi, il y a peu de chances que l'utilisation du « caractère social de la République – principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France » puisse justifier, aux yeux de la C.J.C.E. l'inapplication du droit communautaire.

En fait, et cela peut apparaître comme un simple changement de vocabulaire mais il est essentiel, **le seul moyen de faire primer le « caractère social de la République » serait d'arguer de la contrariété de la directive, non pas à un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », mais à la tradition constitutionnelle française.**

B/ Une requalification nécessaire: « le caractère social de la République », une « tradition constitutionnelle » française.

En dépit de l'affirmation de la primauté du droit communautaire sur l'ensemble du droit national et du refus de la Cour de prendre en compte les arguments étatiques liés à l'organisation politico-institutionnelle afin d'écarter le droit communautaire¹¹², la C.J.C.E. a admis récemment qu'une tradition constitutionnelle pouvait justifier une dérogation au droit communautaire primaire¹¹³ (1). Or, le « caractère social de la République » peut être constitutif de la « tradition constitutionnelle » française (2).

¹¹⁰ Art. 220 T.C.E., « La Cour de justice et le Tribunal de première instance assurent, dans le cadre de leurs compétences respectives, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité. »

¹¹¹ Si la primauté sur la Constitution est explicitement affirmée dès 1965 dans le cadre de l'ordonnance *Faillite des Acciaierie San Michele SpA contre Haute Autorité de la CECA*, 22 juin 1965, Aff. 9-65, rec. p. 35, l'arrêt de référence en la matière est le suivant : C.J.C.E. arrêt *Costa c/ Enel* précité, p. 1141. La Cour y stipule que « Issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même. » (C'est nous qui soulignons).

¹¹² C.J.C.E. arrêt *République fédérale d'Allemagne c/ Commission*, 04 mars 2004, aff. C-344/01, pts 58-60.

¹¹³ C.J.C.E. arrêt *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, 12 septembre 2006, Aff. C-145/04, rec. 2006 p. I-07917, cons. 79.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

1/ Une tradition constitutionnelle peut justifier une dérogation au droit communautaire.

En 1999, et sur requête d'une britannique habitant à Gibraltar, le Royaume-Uni est condamné par la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.)¹¹⁴ pour violation de l'article 3 du protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv.E.D.H.) en raison de l'absence d'organisation des élections au Parlement européen sur l'île de Gibraltar. En application de cet arrêt, le Royaume-Uni adopte une nouvelle législation¹¹⁵ et s'engage à ce que les « *modifications nécessaires soient apportées en vue de permettre aux électeurs de Gibraltar de participer aux élections au Parlement européen dans le cadre d'une circonscription existante du Royaume-Uni et dans les mêmes conditions que les autres électeurs de cette circonscription* »¹¹⁶. Aux termes de l'article 16-1 de cette nouvelle législation¹¹⁷, les habitants de Gibraltar, s'ils sont citoyens du Commonwealth, peuvent voter et être élus dans le cadre des élections européennes. L'attribution du droit de vote à des personnes qui ne sont pas de nationalité britannique mais qui sont par ailleurs citoyennes du Commonwealth serait, selon le gouvernement britannique, la résultante de l'histoire spécifique du Royaume-Uni et de ses colonies et c'est cela qui serait constitutif de la « tradition constitutionnelle » du Royaume-Uni¹¹⁸. Or, selon l'Espagne, il existerait un « *lien manifeste* »¹¹⁹ entre la nationalité d'un Etat membre et la citoyenneté de l'Union d'une part et la jouissance de droits inscrits dans le traité d'autre part. Dans la mesure où la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité est une compétence de la Communauté, seule cette dernière avait la possibilité d'étendre la jouissance de ces droits à des personnes n'étant pas prévues par le traité. L'Espagne considère ainsi qu'il y a violation des articles 189 CE, 190 CE, 17 CE et 19 CE. La solution est connue : la Cour reconnaît la spécificité anglaise en la matière, sa tradition constitutionnelle, et considère que puisque les articles du traité ne sont ni explicites ni précis, il n'y a pas, en l'espèce, de violation du droit communautaire¹²⁰.

¹¹⁴ C.E.D.H., arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni*, 18 février 1999, rec. 1999-I.

¹¹⁵ European Parliament (Representation) Act, E.P.R.A., en date du 08 mai 2003.

¹¹⁶ Déclaration du Royaume-Uni du 18 février 2002.

¹¹⁷ Sous réserve d'autres conditions qui n'ont pas d'importance pour l'espèce : ne pas faire l'objet d'une incapacité la rendant inapte à voter à Gibraltar aux élections au Parlement européen (à l'exception de la condition liée à l'âge) et être âgée d'au moins 18 ans.

¹¹⁸ C.J.C.E. arrêt *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* précité, pt. 46.

¹¹⁹ *Ibid.*, pt 39.

¹²⁰ *Ibid.*, pt. 79 : « Pour des raisons liées à sa tradition constitutionnelle, le Royaume-Uni a fait le choix d'octroyer le droit de vote et d'éligibilité aux QCC [qualifying Commonwealth citizen], remplissant des conditions exprimant un lien spécifique avec le territoire au titre duquel les élections sont organisées. En l'absence, dans les traités communautaires, de dispositions indiquant de manière explicite et précise quels sont les bénéficiaires du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen, il n'apparaît pas que le choix du Royaume-Uni de

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

Ramenée à notre cas d'étude, la solution s'impose à nous : si la tradition constitutionnelle d'un Etat, et pour autant qu'elle soit reconnue par Cour, peut déroger au droit communautaire primaire, *a fortiori*, elle pourrait déroger au droit communautaire dérivé, en l'espèce, une directive.

Toutefois, entre ce cas avéré de reconnaissance d'une tradition constitutionnelle et son éventuelle assimilation à un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle (républicaine) de la France », les données du problème sont différentes ; il convient donc de bien les distinguer.

En premier lieu, la tradition constitutionnelle du Royaume-Uni est reconnue par la Cour de justice et non par une Cour nationale qui aurait eu pour but de se protéger d'une législation communautaire : c'est donc une spécificité consentie par les instances communautaires et non revendiquée par une instance nationale.

En deuxième lieu, le Royaume-Uni fait appel à la notion communautaire de « tradition constitutionnelle »¹²¹ et non à une notion purement et strictement nationale de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle » dont la définition ne reposerait que de lui. En d'autres termes, le Royaume-Uni demande simplement à la Cour de justice de faire application des traités tandis que le Conseil constitutionnel, s'il reconnaissait l'existence d'un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » justifiant la non transposition d'une directive, demanderait de fait à la Cour de justice de respecter une jurisprudence nationale. Or, non seulement ce n'est pas le rôle de la Cour de justice mais de plus, cela renverserait l'ordre hiérarchique en soumettant la Cour, garante du respect du droit communautaire qui s'intègre aux ordres juridiques nationaux, à une Cour nationale qui est justement sensée intégrer ce droit communautaire.

Vues sous angle, les notions de « tradition constitutionnelle » et de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle » ne semblent pas devoir être assimilables.

Si ces remarques sont justifiées, elles n'emportent cependant pas la conviction pour trois raisons simples. Ces notions décrivent le même phénomène (une caractéristique étatique), elles s'inscrivent dans le même rapport de force et avec les mêmes protagonistes (droit national contre droit communautaire) et elles ont le même objectif (permettre une dérogation à l'application stricte du droit communautaire). Les points communs sont donc plus importants que les divergences, mais d'un point de vue stratégique, il semble que le recours à une notion communautaire soit plus à même de permettre *in fine* le respect de notre particularité républicaine.

transposer aux élections à ce Parlement organisées à Gibraltar les conditions de vote et d'éligibilité prévues par sa législation nationale tant pour les élections nationales au Royaume-Uni que pour les élections à la Chambre législative de Gibraltar soit contraire au droit communautaire. » (C'est nous qui soulignons).

¹²¹ Art. 6-2 TUE, « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. » (C'est nous qui soulignons). En l'espèce, l'idée n'est pas de dire que le Royaume-Uni et la Cour ont utilisé la notion de « tradition constitutionnelle » telle qu'elle est inscrite et entendue le traité, mais bien de préciser que cette notion est connue du droit communautaire.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

2/ Le « caractère social de la République » peut être constitutif d'une tradition constitutionnelle.

Dans le cadre de la jurisprudence évoquée précédemment¹²², c'était une règle précise du droit anglais qui était constitutif d'une tradition constitutionnelle. Or, en matière de « caractère social de la République », il s'agit plus largement d'appliquer cette notion à une valeur sous-tendue par un ordre juridique et qui va s'incarner, au gré des besoins, dans des actes juridiques. Pour démontrer que le « caractère social de la République » peut-être constitutif d'une tradition constitutionnelle (b), il convient au préalable de démontrer qu'une valeur peut fonder une dérogation au droit communautaire (a).

- a. Une « valeur », possible justification à une dérogation du droit communautaire.

Si la C.J.C.E. refuse de reconnaître les spécificités d'une organisation étatique en tant que justificatif d'une dérogation au droit communautaire¹²³, cela ne veut pas dire qu'elle refuse de prendre en compte les valeurs sous-tendues par cette même organisation, ni même qu'elle refuse de reconnaître le rôle spécifique d'une valeur au sein de celle-ci. Bien au contraire, la Cour, dans le cadre de la jurisprudence dite *Omega*¹²⁴, reconnaît que les mesures visant à assurer le respect de la dignité humaine relèvent de l'ordre public¹²⁵ et qu'en l'espèce, elles sont non seulement nécessaires à la protection des intérêts en cause, mais qu'en plus, le respect de la dignité humaine ne peut pas être protégé pas des mesures moins restrictives. Or, la notion de « dignité humaine » était ici utilisée afin d'interdire l'installation d'un jeu ayant pour objet de tirer sur des cibles humaines au moyen d'un rayon laser ou d'autres installations techniques type infrarouge. Et c'est précisément parce que le but était de « jouer à tuer »¹²⁶ qu'il y avait atteinte au respect de la dignité humaine. Or, même si la Cour profite de ce cas d'espèce pour élever le principe de dignité au rang de principe général du droit communautaire, il n'en reste pas moins qu'elle reconnaît implicitement la valeur spécifique du principe de dignité dans l'ordre juridique allemand résultant de l'histoire allemande. Cette valeur est si particulière, qu'elle justifie une dérogation à l'une des quatre libertés fondamentales instituées par le traité, en l'occurrence la libre prestation de services. En reconnaissant que la loi fondamentale allemande entendait assurer un niveau précis de protection de la dignité humaine tout en affirmant que le statut constitutionnel allemand du principe de dignité n'avait pas

¹²² C.J.C.E. arrêt *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* précité.

¹²³ C.J.C.E. arrêt *République fédérale d'Allemagne c/ Commission* précité.

¹²⁴ C.J.C.E. arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, dite *Omega*, 14 octobre 2004, aff. 36/02, JO C 300 du 04 décembre 2004, p. 3.

¹²⁵ *Ibid.*, pt 31-32.

¹²⁶ « Jouer à la guerre » est pourtant l'un des jeux préférés des enfants...

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

d'importance¹²⁷, la Cour reconnaît *in fine* les valeurs sur lesquelles sont fondées l'ordre constitutionnel allemand, les valeurs structurantes de cet ordre constitutionnel.

b. Le « caractère social de la République », une tradition constitutionnelle spécifique.

Si le social est un principe structurant de la République, il est également devenu un principe structurant notre ordre constitutionnel. Bien plus, il est un des caractères permanents de l'ordre constitutionnel français dont les composantes ont pourtant fortement varié en fonction des changements de régimes. En ce sens, il pourrait être constitutif d'une tradition constitutionnelle française.

Mais en droit communautaire, la tradition constitutionnelle doit être spécifique à un pays pour justifier l'application d'un droit particulier dérogeant à ce droit. Ainsi, c'est en raison de l'existence du Commonwealth, entité spécifique et caractérisant les liens entretenus par le Royaume-Uni avec ses anciennes colonies, qu'une tradition constitutionnelle a pu être reconnue par la Cour de justice en 2006.

Mais spécificité ne vaut pas exclusivité. En ce sens, le fait que le caractère social d'un ordre constitutionnel soit affirmé par plusieurs Etats n'interdirait pas la reconnaissance d'une tradition constitutionnelle par la juridiction communautaire. Toutefois, le caractère social d'un ordre constitutionnel est dans une position équivoque : il ne serait pas suffisamment spécifique à un ordre constitutionnel pour fonder une tradition constitutionnelle¹²⁸ mais il ne serait pas non plus suffisamment commun aux Etats membres pour être élevé au rang de principe « constitutionnel » communautaire.

Mais la particularité française est justement que ce principe n'est pas qu'une simple spécificité, somme toute relative au regard des autres pays, de notre ordre constitutionnel. La spécificité française est justement dans le lien entretenu entre République et vocation sociale, lien qui n'existe dans aucun autre Etat membre à notre connaissance.

Comme le soutient M. Verpeaux dans le cadre du strict contentieux constitutionnel¹²⁹, en raison de « l'essence supérieure » des qualificatifs de l'article 1 de la Constitution et donc du caractère social de la République, la conjugaison des articles 1 et 89-5 de la Constitution devrait même interdire au pouvoir constituant dérivé toute révision des éléments participants de la « définition matérielle » de la République. Que le Conseil constitutionnel n'ait pas fait application de cette doctrine, comme le regrette l'auteur, n'enlève rien à sa pertinence. Appliqué au contentieux constitutionnel communautaire, ce raisonnement permet même de fonder une dérogation à l'application uniforme du

¹²⁷ C.J.C.E. arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, dite Omega précité, pt 34.

¹²⁸ On retrouve ainsi des dispositions sociales dans de nombreuses constitutions : Allemagne, Espagne, Italie, Portugal, Hongrie, Pologne...

¹²⁹ VERPEAUX, M., « La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel », art. précité, pp. 135-139.

Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ?

droit communautaire puisqu'il justifie d'un lien indefectible qu'un pouvoir national souverain lui-même ne doit pas pouvoir altérer.

Ainsi, si le « caractère social de la République » constitue une limite à la souveraineté du pouvoir constituant dérivé, c'est en raison de son appartenance à la tradition constitutionnelle française établie depuis la Révolution française et à laquelle ce dernier ne peut pas porter atteinte.

Reconnaitre en droit communautaire que le « caractère social de la République » est une tradition constitutionnelle permettrait, outre le maintien d'un modèle français envié, d'éviter une rébellion des Cours constitutionnelles nationales comme celles ayant eu lieu dans les années 1970 en matière de protection des droits fondamentaux¹³⁰. En attendant que la Cour ne prenne à son compte la protection d'un modèle social européen (par le biais des principes généraux du droit communautaire ?) et que les instances communautaires ne décident d'harmoniser les législations sociales « vers le mieux disant », il ne reste aux Cours constitutionnelles, et notamment au Conseil constitutionnel, qu'à convaincre la Cour de justice du bien fondé de tels particularismes pour les Etats et pour l'Union européenne.

De tradition constitutionnelle d'un Etat, la vocation sociale pourrait devenir la tradition constitutionnelle de l'Union, permettant à tous ces citoyens non seulement de bénéficier d'un modèle social qui soit le plus protecteur possible, mais surtout d'adhérer au projet de société proposé par l'Union européenne.

¹³⁰ Ce qui, nous semble-t-il devrait arriver si la situation n'évolue pas. On se souvient que ce sont les pays les plus protecteurs en matière sociale (Allemagne, Belgique, France, Suède...) qui ont protesté si activement lorsque la directive Bolkestein était à l'étude.