

[...]

n

1. Droit public et droit social. Je vous dois d'abord un aveu. Je me suis longuement interrogé sur l'appropriation de cette conjonction de coordination, unissant les deux termes du sujet : pourquoi droit public et droit social, puisque - cette journée vient de le confirmer avec éclat - le droit public est social, au moins depuis la Constitution de 1946, et que le droit social est du droit public, au moins pour une large part des questions qu'il regroupe ; qu'on pense seulement aux politiques de l'emploi et du chômage ou à la Sécurité sociale.

Pourquoi présenter comme distinctes, séparées au point qu'on s'interroge sur ce qui les unit, deux catégories disciplinaires du droit depuis longtemps fusionnées ?

Et bien j'en suis maintenant convaincu : il y avait à cela de bonnes raisons, tant les mentalités, les références disciplinaires, les clivages nés de l'enseignement, perpétués par les professions, exacerbés parfois par le dualisme juridictionnel, sont oublieux de cette réalité.

C'est qu'au départ, c'est-à-dire à la Révolution, il n'y a pas de droit social, pas même de droit du travail. L'observation a été faite par le professeur Jean-Jacques Dupeyrou : « Il y avait un droit social dans le cadre des corporations ; il n'y en a plus - deux articles, et quels articles ! - dans le Code civil » (1).

Deux petits articles du Code civil et la liberté contractuelle au départ. Des dizaines, voire des centaines de textes législatifs ou réglementaires aujourd'hui, gravitant autour des deux masses compactes du Code du travail et du Code de la Sécurité sociale. L'offensive du droit public est là ; il faut presque parler de conquête.

Non pourtant : car le droit social garde son âme privatiste. C'est sans doute un peu abusif, à y regarder de bien près ; mais c'est tant mieux : cela contribue à son originalité, à sa qualité, et soumet souvent le commandement et l'unilatéral à la souveraineté des volontés et aux exigences du contrat. Et d'ailleurs le droit privé accueille aujourd'hui autant de services publics que le droit public (2).

Alors notre thème est excellemment choisi. Le droit social a son autonomie. Il n'a pas rompu avec ses origines civilistes. Et du même coup, il est à la fois intéressant et pratiquement important d'apprécier la place qu'y occupe le droit public, les emprunts qui y sont faits, ainsi que, par un mouvement d'influence retour, les éléments de réfection de certaines données du droit public par le droit social.

2. Droit public et droit social. Le droit social s'est progressivement développé autour du bloc premier du droit du travail, lui-même construit depuis cent ans autour du contrat de travail. Cette origine historique a pu paraître plus forte que tout. Autour de la cellule de base du contrat,

privatiste s'il en est, le droit social reste dans la mouvance du droit privé, son étude une partie détachée de la doctrine civiliste, son contentieux principalement judiciaire ; et je songe notamment à l'option prise à la Libération pour le contentieux de la Sécurité sociale.

L'éclairage de droit public cependant est resté longtemps oublié ou contesté. Jusqu'au jour où l'évidence n'a plus été discutée par personne : des pans entiers du droit social sont substantiellement de droit public, même si leurs matériaux, leurs techniques, leur contentieux, leur commentaire ressortissent au droit privé. M. Feydeau l'a rappelé à l'instant : dès 1938, le Conseil d'Etat avait analysé les assurances sociales comme un service public (3).

Pour reprendre l'image évoquée tout à l'heure, sur la table du juriste de droit du travail, le code du même nom sans doute est plus souvent consulté que le Code civil.

Me revient ici ce que Charles Eisenmann disait du droit international privé, qu'il avait enseigné à la faculté de Strasbourg : le droit international privé, disait-il, est un droit public interne... Et il avait raison.

Nul esprit de vaine revendication disciplinaire dans ce propos. C'est la réalité qui doit nous guider et qui est objet d'étude. Aucun juriste n'a de pré-carré à défendre ; il doit comprendre, faire comprendre, et apprécier.

3. De ce point de vue, qui est naturellement le nôtre, quelle heureuse initiative d'organiser cette revue si bien programmée. A l'invitation du grand ordonnateur, ce sont toutes les politiques sociales qui ont été présentées par des spécialistes dont vous avez mesuré les talents : négociation collective, licenciement, conflits collectifs, Sécurité sociale. Auparavant, en bonne méthode, nous avons pu réfléchir sur les sources, constitutionnelles ou issues des jurisprudences administrative ou judiciaire, dans un jeu d'influences réciproques.

Il était normal que nous débouchions sur des distinctions, des classifications, des tendances, voire certaines solutions particulières. Aussi bien, c'est tout le droit public qui était sollicité, et non le seul contentieux administratif ; et dans ses apports, non au seul droit du travail, mais au droit social tout entier.

Parmi ces distinctions, j'en retiens une, qui me semble susceptible de rendre compte, de façon synthétique de la richesse de nos réflexions.

Comme toutes les branches du droit, le droit social repose aujourd'hui sur des bases constitutionnelles. Alors le droit public commande, fixe les principes et les impose.

Et le droit social doit s'y conformer, quelle que soit d'autre part, sa source, unilatérale, conventionnelle ou vraiment contractuelle.

Mais dans d'autres cas, plus nombreux, le droit public compose avec le droit social et le compose. Il l'influence, le pénètre, le modifie, y impose sa logique et ses solutions. Ceci n'étant pas d'ailleurs dans certains cas sans réciprocité. En soi, il n'y a rien là de choquant. Mais il peut aussi en résulter des solutions insatisfaisantes du point de vue même de l'état de droit.

Parfois le droit public commande. Parfois le droit public compose.

I - Le droit public commande

4. Il en va du droit social comme des autres droits : il est fondé dans la Constitution.

Ce n'est pas nouveau. La « constitutionnalisation des droits sociaux », que nous a si bien exposée M. Prétot, date au moins de la Constitution de 1946.

Mais ces bases constitutionnelles du droit social sont restées cachées, latentes, théoriques, tant que dépourvues de sanction positive ; si bien que certains ont proposé d'y voir plus des règles de morale collective, de conduite politique, que des règles de droit.

Cette analyse a été formellement démentie, on le sait, par l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité, à partir de la Constitution de 1958, et plus encore de la réforme constitutionnelle de 1974 qui a ouvert de façon décisive la saisine du Conseil constitutionnel.

5. A) La nouveauté est là. Pas dans le fond du droit. Mais dans la procédure.

Et se sont ainsi révélés des droits de statut constitutionnel que l'on connaissait bien, comme le droit syndical ou le droit de grève, mais aussi d'autres droits restés plus incertains, comme le principe de participation ou le droit à l'emploi.

Ces principes propres au droit social se sont complétés des conséquences dans ce domaine d'autres principes ou droits qui ne sont pas spécifiques du droit social, comme le principe d'égalité, la liberté d'entreprendre ou, sur le terrain procédural, les droits de la défense.

La jurisprudence constitutionnelle a encore eu à réaliser la conciliation de principes parfois antagonistes, comme le droit de grève et la continuité des services publics, ou la participation à la gestion de l'entreprise et le droit d'entreprendre.

Enfin il lui appartenait de déterminer, au sommet, l'ordre des compétences quant aux sources du droit social, Ce que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont fait, sur la base d'une habilitation déjà large du texte de la Constitution au législateur, en privilégiant encore la compétence de celui-ci, plus nettement d'ailleurs dans le droit du travail proprement dit que dans le droit de la Sécurité sociale.

Ces principes, ces bases constitutionnelles, s'imposent au droit social ; et ils le fondent. Le droit public ici commande. Et c'est même là sa première fonction.

6. Qu'on s'interroge ainsi par exemple sur « le droit d'obtenir un emploi » ou « le droit de tout travailleur de participer à la gestion de l'entreprise ».

Il n'y a point là consécration de droits subjectifs. Le Conseil constitutionnel a fort bien fait comprendre, notamment à propos du droit à l'emploi, que ces règles ne s'analysaient pas en un pouvoir d'exiger, mais en une obligation pour le législateur de respecter certaines orientations et objectifs (4).

C'est en ce sens que l'on peut reconnaître à ces principes constitutionnels une valeur positive. On est proprement dans l'ordre du commandement, au sein d'un processus normatif. Et ce cadre de droit public gouverne aujourd'hui toutes les branches du droit de l'emploi.

7. B) La nouveauté est considérable. Mais elle n'est pas figée. L'évolution se poursuit.

On a fait observer en effet que, si le Conseil constitutionnel avait reconnu la plupart des dispositions « sociales » du préambule de la Constitution de 1946, il n'était guère allé au-delà. En particulier, il n'a pas utilisé la formule de l'article 2 de la Constitution affirmant le caractère « social » de la République.

La technique, si fructueuse dans d'autres domaines, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République n'a guère été sollicitée pour le droit social. La remarque en a été faite par M. Devès en 1988 (5) ; et les choses n'ont pas vraiment changé depuis. Ne peut-on imaginer que, le moment venu, la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'enrichisse de principes de cette nature qui ont manifesté à l'extrême, dans d'autres domaines, la force créatrice de la jurisprudence du Conseil ?

Peut- être. Toutefois il est peu probable que l'on aille très loin dans cette direction. Pour mystérieuse que soit l'origine des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ceux-ci paraissent le plus souvent rattachés aux grandes lois de la première Troisième République, jusqu'à la guerre de 1914. Et les lois sociales de cette époque - au demeurant limitées, si on compare à ce qui se passait alors outre-Rhin - ont été comme absorbées par la suite par le préambule de 1946. La référence principale, sinon exclusive, du Conseil constitutionnel à ce dernier s'explique ainsi et se justifie.

8. C) En revanche des nouveautés pourraient venir aussi des engagements internationaux.

La primauté du traité, même sur la loi postérieure, désormais admise pour la généralité des traités par la jurisprudence du Conseil d'État, et étendue au droit dérivé, pourrait allonger la liste des principes s'imposant en matière sociale.

Je pense aux règles dégagées dans le cadre de l'OIT ou, demain, de la Communauté européenne, si l'Europe sociale voit le jour.

C'est toujours le droit public qui commande. Ici le droit international public.

9. D) Ici le président Cochard a posé une redoutable question : certes le droit public constitutionnel commande, mais comment lui obéir lorsqu'il s'exprime par les décisions du Conseil constitutionnel, lesquelles pourtant, incontestablement, s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles (art. 62 de la Constitution) ?

Prenons le cas où la constitutionnalité d'une loi est reconnue par le Conseil constitutionnel « sous de strictes réserves d'interprétation ». Le juge applique la loi ; quel cas doit-il faire de ces réserves d'interprétation ? Et s'il s'en écarte — comme les cours suprêmes administrative et judiciaire semblent l'avoir déjà fait, avec discrétion — que se passera-t-il ?

La question est redoutable. C'est celle de l'exécution des décisions du Conseil constitutionnel (6). Et M. le président Cochard nous a dit qu'elle était tout spécialement d'actualité pour la chambre sociale de la Cour de cassation.

Je n'ai pas la réponse... mais cependant une conviction, que je vous livre, bien qu'elle soit un peu hérétique : ce n'est pas de la notion d'autorité de chose jugée que viendra la solution, quelles que soient les subtilités et l'imagination qu'on développe sur ce terrain.

Il s'agit d'autre chose.

Il est vrai que le Conseil d'État a prétendu ramener les décisions du Conseil constitutionnel à l'autorité de chose jugée par ce raisonnement réducteur qu'il affectionne et qui veut que, par exclusion, une autorité qui n'est ni législative, ni administrative, soit forcément un juge. C'est vrai encore que, plus récemment le Conseil constitutionnel lui-même a fait référence à l'autorité de chose jugée.

Mais tout ceci n'est-il pas le fruit d'une confusion entre l'adoption des formes juridictionnelles (ou de certaines d'entre elles) qui font du Conseil une juridiction, et la nature du contrôle de constitutionnalité des lois qui, en France et à ce jour, est normatif et non juridictionnel ?

L'intervention du Conseil constitutionnel est toute entière intégrée dans le processus législatif : il s'agit de parachever la loi déjà votée en lui donnant la signification (les réserves d'interprétation) ou les limites (déclaration de non conformité à la Constitution) qu'exige le « bloc de constitutionnalité », ou encore en refusant certaines abrogations qu'elle comporte.

La contestation n'est que l'instrument de la saisine. Le Conseil constitutionnel n'a pas pour mission de la vider, mais bien de contribuer à la confection de la loi par l'examen de la constitutionnalité de l'ensemble de ses dispositions (et non pas des seules dispositions contestées devant lui).

Cette perspective, profondément originale, - qui interdit d'assimiler le système français aux autres systèmes européens ou américain de contrôle de constitutionnalité des lois - marque et domine tout le droit de l'exécution des décisions du Conseil constitutionnel : c'est du côté de l'autorité de la loi qu'il faut chercher ; pas du côté de l'autorité de chose jugée.

Qu'on me pardonne cette digression un peu longue. Mais la discussion de ce matin a montré son importance ; et le sujet me tient à cœur ; même s'il dépasse l'horizon du droit social.

Revenons à notre thème. Et envisageons maintenant le droit public dans ses relations de collaboration avec le droit social.

II - Le droit public compose

10. Dans d'autres cas en effet le droit public - mais est-ce encore le même : il s'agit plutôt du droit administratif - pénètre le droit social, compose avec lui, s'y installe, quitte à s'adapter aux caractéristiques de celui-ci.

Cette publicisation du droit social est révélatrice de la part déterminante prise par les pouvoirs publics dans des domaines de plus en plus fictivement rattachés à l'initiative privée et au contrôle professionnel.

Elle n'est pas sans heurt d'ailleurs quelquefois, et pour ce motif politique, et pour des raisons plus techniques, qui tiennent notamment à certaines rigidités ou anachronismes du droit administratif.

De ce mouvement de publicisation, de son caractère inéluctable, de ses difficultés aussi, les rapports que nous avons entendus ont été autant de brillantes illustrations.

11. A) S'y manifeste parfois la recherche d'une harmonieuse complémentarité ou d'une saine émulation dans la recherche d'un « optimum juridique ».

Ainsi des juges.

Jurisprudence administrative et jurisprudence judiciaire s'influencent, se déterminent l'une l'autre, s'informent mutuellement et se complètent. M. Cadiet a décrit brillamment ce « jeu des influences ». M. Feydeau nous en a donné des exemples multiples dans le droit de la Sécurité sociale. Mme Chelle encore a rappelé comme cet exercice de complémentarité avait été parfois laborieux dans le contentieux du licenciement.

D'autant que souvent les juges ne sont pas deux, mais trois, lorsqu'interfère la jurisprudence pénale ; et que parfois — notamment en matière de licenciement — la vraie comparaison est entre le contrôle du juge judiciaire et celui de l'administration active, et non d'abord du juge administratif.

Ainsi également du fond du droit.

Des notions juridiques venues du droit public, comme celle de service public, d'usager, de contrôle de tutelle, de statut légal et réglementaire, d'acte administratif individuel ou de pouvoir réglementaire, de compétence liée, de détournement de pouvoir ou d'erreur manifeste ont pénétré le droit social. Le statut des salariés protégés est un statut de droit public. Les syndicats exercent parfois une compétence quasi-normative (7) et le pouvoir réglementaire du chef d'entreprise nourrit une jurisprudence abondante et subtile. Depuis longtemps, le droit positif a reconnu et organisé le service public de l'emploi. Et on a déjà dit que, dès l'entre-deux guerres, les systèmes d'assurances sociales avaient reçu cette qualification. Pour le règlement des conflits collectifs, ainsi que l'a fort bien montré M. Jean-Emmanuel Ray, des techniques sont mises en œuvre qui n'ont souvent de conventionnel ou d'arbitral que le nom, et ressortissent en réalité largement aux nouvelles formules du droit public.

12. Nouvelles formules du droit public - ici le droit administratif. C'est qu'en effet celui-ci est largement renouvelé, dans ses applications les plus actuelles. Et le droit social n'est pas étranger à ce renouvellement.

Par une sorte d'interaction, par un jeu d'influences croisées, le droit social enrichit aussi et modifie en proportion les schémas traditionnels du droit administratif.

Qu'on pense simplement à la négociation collective dont nous a parlé Philippe Langlois. Aux marges du contrat et de l'unilatéral, le droit social a inventé, pratiqué, perfectionné une technique de création du droit, une nouvelle source du droit, dont le Conseil constitutionnel a admis qu'elle soit compatible avec la large attribution de compétence au législateur que comporte l'article 34 de la Constitution (8).

Le droit administratif récent a reçu et développé ces techniques, dans la fonction publique bien sûr, mais aussi dans tous les domaines aujourd'hui couverts par la « politique contractuelle », qui vont des actions conjointes des collectivités territoriales aux contrats de plan en passant par la contractualisation des subventions aux universités...

Bernard Teyssié le disait ce matin : le droit public souvent aujourd'hui se cache derrière le contrat.

13. B) De cette compétition, de cette stimulation, une mise en parallèle globale du droit du travail et du droit de la fonction publique, depuis la guerre, fournit encore une illustration. Des comparaisons s'établissent naturellement entre la situation faite aux salariés du secteur privé et celle des agents publics, comparaisons génératrices de revendications parfois, d'emprunts et d'influences réciproques souvent.

Ainsi le statut général de la fonction publique de 1946 a pu paraître organiser la représentation et la participation des travailleurs avec plus de garanties que la législation sociale de l'époque. Certaines de ses solutions ont été pour ce motif étendues au-delà de l'objet strict du statut général, ce dont témoignent encore aujourd'hui les statuts du personnel propres à diverses entreprises publiques (9). Puis c'est le droit social qui est apparu « en avance » et dont les institutions ont été plus ou moins directement reprises, et dans les entreprises publiques, et dans la fonction publique.

C'est dans le droit du travail que récemment le Conseil d'État a trouvé l'expression de principes qu'il a repris à son compte pour y soumettre le droit de la fonction publique (10).

Tout ceci n'est pas mauvais, et concourt finalement à une forme d'unité du droit social, au moins pour les grands principes, qui est naturelle, souhaitable... et d'ailleurs revendiquée en général par les travailleurs.

14. C) Mais, sous d'autres aspects, les choses se passent mal.

Soyons brutal. Comment a-t-on pu admettre, pendant tant d'années, dans un état de droit, que des règles de compétence juridictionnelle, venues du fin fond de l'histoire, inconnues à l'étranger, dont le Conseil constitutionnel confirmait qu'elles pouvaient (sinon devaient) être librement aménagées par le législateur, aient pu organiser une sorte de déni de justice en réponse au

contentieux, considérable et vital, du licenciement autorisé. C'est pour moi un des plus évidents scandales du droit français de ces dernières années.

Le juge administratif reprenait son territoire. Et la chambre sociale de la Cour de cassation, invoquant bien abusivement la séparation des pouvoirs, organisait savamment sa retraite... (11). Cependant que la seule réponse du législateur a été dans un aménagement dérisoire de la question préjudicielle par la loi du 18 janvier 1979.

C'est là la pire version de la dualité de droits et de la dualité de juges. Droit administratif et droit social, sous leurs aspects contentieux, se révèlent alors incapables, du fait de leur coexistence même, de leur logique respective et de leur interpénétration.

Fort heureusement, Mme Chelle nous a montré que ce sombre tableau appartenait pour l'essentiel au passé. Mais les rigidités contentieuses demeurent, et peuvent conduire demain, dans des domaines moins vastes, à de semblables impasses.

Le droit public a largement pénétré le droit social. Mais pour les règles et notions qu'il y a apportées, il fait désormais partie de celui-ci ; il s'y intègre. Et c'est ce droit social publicisé qui doit assurer sa propre unité : unité de régime, mais aussi unité du contentieux, chaque fois que cela est possible.

A ces progrès nécessaires, des réunions comme celle d'aujourd'hui contribuent de façon éminente.

Droit public et droit social - rapport de synthèse par Yves GAUDEMET, Professeur à l'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris Droit social 1991, n° 3, p. 241

(1) « Liberté, égalité, fraternité », Droit social, n° spécial, 1990, p. 9.

(2) ... au point même que - outre les services publics à gestion privée - des services publics confiés à des personnes publiques - je pense aux établissements publics industriels et commerciaux - sont principalement placés sous un régime de droit privé.

(3) Cons. d'Etat, 13 mai 1938, Caisse primaire « aide et protection », RDP 1938, p. 830, concl. R. LATOURNERIE. Rappelons que M. FEYDEAU a eu l'amabilité de présenter le texte préparé par M. DONNADIEU, empêché.

(4) L'alinéa du préambule de la Constitution de 1946 consacrant le « droit d'obtenir un emploi » a été invoqué à trois reprises devant le Conseil constitutionnel, toujours à propos de la limitation par la loi de la possibilité de cumul d'une pension de retraite et d'un revenu d'activité (5 janv. 1982, Rec. pp. 15-28 mai 1953, Rec. p. 41 - 16 janv. 1986, Droit social 1986, p. 372, note Y. GAUDEMET ; dans sa décision « emploi des jeunes » du 5 juillet 1977, le Conseil n'avait pas statué directement sur le droit à l'emploi, mais sur le principe d'égalité et sur celui de participation). Le Conseil reconnaît la valeur positive de cette prescription du préambule, et il en précise la portée. On a pu ainsi observer une forme d'évolution dans les formules utilisées en 1983-83 d'une part,

en 1986 d'autre part, cette dernière décision semblant faire « une part propre au droit individuel au travail dès lors qu'il s'inscrit lui-même dans une recherche du plein-emploi » (voir note Y. GAUDEMET, précit., p. 375). Toutefois le droit à l'emploi ne saurait être considéré comme un véritable droit subjectif permettant à chacun d'« exiger, soit de l'État, soit d'employeurs, qu'emploi lui soit offert » (A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », Droit social 1986, p. 37 et s.) - Voir aussi L. HANON, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Droit social, 1980, p. 432 et J.F. FIAUSS, « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Droit social, 1982, p. 645.

(5) CI. DEVÈS, « Le Conseil constitutionnel et la République sociale », Quot. jur. 29 oct. 1988, pp. 3 et s, spéc. p. 6.

(6) V. G. DRAGO, l'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, Thèse Paris II dactylographiée en cours de publication. Ed. Economica.

(7) Et le contentieux de la désignation des délégués syndicaux). Mélanges M. WALINE, p. 461.

(8)... en droit du travail Idée. 89-257 DC du 25 juillet 1989) et dans le droit de la protection sociale (déc. 89-269 DC du 22 janvier 1990) - voir rapport X. PRÉTOT.

(9) Voir par ex. FUSILIER, « Le statut du personnel des entreprises nationalisées comparé au statut de la fonction publique, RDP 1956, p. 501 et aussi P. DURAND, « La constitution des comités d'entreprise dans les services publics de caractère industriel ou commercial », Droit social, 1954, p. 680.

(10) ... Comme « le principe général dont s'inspire l'article 29 du livre 1er du Code du travail » interdisant de licencier une salariée en état de grossesse (Cons. d'État, 8 juin 1973, Mme Peynet, leb. p. 406, concl. GREVISSE) ; « le principe général du droit applicable à tout salarié », et dont s'inspire l'article L. 141-2 du Code du travail, à un minimum de rémunération... qui ne saurait être inférieur au salaire minimum de croissance de l'article L. 141-2 (Cons. d'État 23 avril 1982, ville de Toulouse, D. 1983, p. 601, note J.B. AUDY) ; « le principe d'interdiction des sanctions pécuniaires » dont s'inspire l'article L. 122-42 du Code du travail (Cons. d'État, 1^{er} juillet 1988, Billard et Voile, leb. p. 268).

(11) Par ex. Cass. soc. 9 mai 1978, D. 1979, p. 681, note PÉLISSIER - voir aussi Ph. LANGLOIS, « La séparation des pouvoirs en droit du travail », Droit social 1979, p. 339