
Légitimation démocratique du jugement de proportionnalité et juridictionnalisation des droits sociaux dans le système euro-unitaire

Michele Zezza



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/11102>

DOI : [10.4000/revdh.11102](https://doi.org/10.4000/revdh.11102)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Michele Zezza, « Légitimation démocratique du jugement de proportionnalité et juridictionnalisation des droits sociaux dans le système euro-unitaire », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 19 | 2021, mis en ligne le 05 février 2021, consulté le 31 mars 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/11102> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.11102>

Ce document a été généré automatiquement le 31 mars 2021.

Tous droits réservés

Légitimation démocratique du jugement de proportionnalité et juridictionnalisation des droits sociaux dans le système euro-unitaire

Michele Zezza

NOTE DE L'AUTEUR

Le présent travail a été réalisé pendant une période de recherche auprès du *Global Studies Institute (GSI)* de l'*Université de Genève (Unige)*, financé par la *Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP)*, avec le suivant numéro de processus : 2019120917

I – Contexte de l'analyse

- 1 En employant des catégories théoriques fournies par M. Cohen-Eliya et I. Porat, nous pouvons affirmer qu'au cours des dernières décennies et à l'échelle internationale, le droit constitutionnel a connu une transition remarquable d'une « culture de l'autorité » – dans laquelle la légitimité des organes gouvernementaux à exercer le pouvoir réside principalement dans leur aptitude à l'exercer – vers une « culture de la justification »¹ – où le respect des sphères d'autorité ne représente qu'un point de départ pour une vérification constitutionnelle de la légitimité, effectuée sur la base de principes méthodologiques tels que la raisonnable et l'argumentation². Un processus de constitutionnalisation³ a modifié tant quantitativement que qualitativement la culture juridique des pays libéraux-démocrates contemporains, en introduisant des principes

constitutionnels attributifs de droits fondamentaux exprimant des considérations de caractère moral. Cette « connexion »⁴ entre droits et morale se montre de manière frappante dans l'interprétation des clauses constitutionnelles abstraites, vagues, génériques, indéterminées et émotionnellement caractérisées, ainsi que dans le processus de concrétisation et de pondération entre droits⁵. Un exemple emblématique de l'emploi de termes à connotation éthique dans l'écriture constitutionnelle est constitué du libellé de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (« Personne ne devrait être soumise à la torture ni à des peines et traitements inhumains ou dégradants »), dans lequel émerge le caractère émotionnel et controversé des mots 'torture', 'inhumaine' et 'dégradante'⁶.

- 2 Les textes constitutionnels contemporains, en tant que projets de (re)fondation organique d'un ordre social conçu pour s'appliquer potentiellement à tous les citoyens, reconnaissent des droits multiples, issus de traditions idéologiques hétérogènes (démocratique, républicain, libéral, socialiste, etc.), ainsi que des valeurs et des intérêts collectifs différents, sans établir des relations prioritaires claires et définitives : la liberté religieuse, la liberté d'expression, le droit au travail ou à la santé, etc., ont tendance à être formulés d'une façon large et générique, de sorte que leur signification soit ensuite précisée lors de la phase d'application. À leur tour, ces clauses de limitation des droits sont rarement formulées de manière précise et opportune, mais se réfèrent généralement à des concepts également vagues⁷ et indéterminés⁸.
- 3 Sans préjudice de la nécessité de sauvegarder, avec différentes techniques interprétatives et jurisprudentielles, leur noyau d'incompressibilité, les dispositions constitutionnelles attributives des droits fondamentaux doivent généralement être précisées, concrétisées, harmonisées et équilibrées. Le cadre des hypothèses relatives aux limitations que les droits peuvent subir est amplifié, très souvent, par la concurrence avec des exigences hétérogènes telles qu'exigences publiques et collectives, principes et biens constitutionnels. Ce style de rédaction, bien évidemment, peut provoquer des tensions entre le juge et le législateur dans l'interprétation et la gestion des droits. En plus des limites textuelles ou lexicales des chartes constitutionnelles, ce conflit peut également dépendre de raisons axiologiques ou téléologiques imputables aux choix de l'interprète et, plus généralement, à la façon dont les cours constitutionnelles et les parlements conçoivent leur rôle au sein du contexte politico-juridique de référence.
- 4 En particulier, en ce qui concerne le contexte européen, une confirmation de ce changement peut facilement être trouvée en observant que, parmi les instances réglementaires exprimées respectivement par l'ordre juridique de l'Union Européenne et par les États membres, surgissent souvent des conflits interprétatifs. L'autorité de chaque gouvernement (supranational ou national), en référence à une décision unique, apparaît répartie entre différents plans de prise de décision, segmentés entre plusieurs sièges institutionnels. À cet égard, David Halberstam utilise le concept de « hétéarchie constitutionnelle » pour décrire cette mosaïque de normes, d'acteurs juridiques, d'autorités institutionnelles et interprétatives qui caractérisent le contexte du droit de l'Union :

« Constitutional heterarchy is a system of spontaneous, decentralized ordering among the various actors within a system. But it is more than that. Constitutional heterarchy is not merely conflict and accommodation based on raw power differentials or random fortuity of positions of relative advantage. Instead, constitutional heterarchy reflects the idea that the coordination among the various

actors is based in constitutional considerations, that is, in the values of constitutionalism itself »⁹.

- 5 Ce changement – il faut le préciser – ne doit pas être identifié avec un processus de « dé-judiciarisation »¹⁰ dans lequel les décisions politiques sont prises sans aucune sorte de contrôle externe. La crise qui affecte l'autorité du droit dans le contexte du constitutionnalisme s'identifie plutôt à la coexistence (souvent conflictuelle) de la sphère juridique nationale avec la sphère supranationale.
- 6 On peut considérer, en particulier, tous les mécanismes d'aide financière utilisés par la *gouvernance* économique qui ont représenté un élément constant du complexe varié d'instruments – européens, intergouvernementaux et internationaux – adoptés pour faire face à la crise¹¹ : le premier plan d'assistance à la Grèce (*Greek Loan Facility*), le Mécanisme européen de stabilité financière (*European Financial Stabilisation Mechanism* ou EFSM), le Fonds européen de stabilité financière (*European Financial Stability Facility* ou EFSF) et le Mécanisme européen de stabilité (*European Stability Mechanism*, ou ESM) ; et encore, la modification de l'art. 136 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (acronyme TFUE), d'autres dispositions des traités modifiées par voie interprétative comme résultat de l'activité jurisprudentielle des juges européens (en particulier, art. 123 et l'art. 125 TFUE), etc. Tous ces outils et mesures, malgré le fait qu'ils sous-tendent une importance centrale des processus économiques, continuent d'être appréhendés à travers des instruments à caractère pleinement juridique. Autrement dit, les instruments par lesquels il a été décidé de faire face à l'urgence économique et financière se présentent comme étroitement liés au droit de l'Union.

II – Le principe de proportionnalité dans le système euro-unitaire

- 7 Comme on le sait, la méthode habituellement utilisée par les Cours constitutionnelles (et, moins largement, par les juges communs) pour préciser (concrétiser, déterminer) le contenu des principes réside dans la proportionnalité. Il s'agit d'une technique argumentative particulièrement présente dans la « culture de la justification »¹² qui vise à établir le degré de satisfaction « approprié » d'un principe par rapport à d'autres, en évaluant donc si les limites ou la compression d'un droit ne sont pas en fait excessives par rapport à l'ampleur du sacrifice constitutionnellement admissible¹³.
- 8 Cette procédure trouve un champ d'application important dans le contexte euro-unitaire (et plus encore dans le système communautaire), dans la mesure où il vise à protéger les droits (ou « libertés ») qui y sont reconnus, les droits qui constituent une expression des traditions constitutionnelles communes (des pays membres), et enfin les droits prévus par la Convention européenne¹⁴. Dans ce cadre, par conséquent, les droits fondamentaux ne se présentent pas du tout comme des prérogatives indéfectibles, mais finissent par être diversement équilibrés avec d'autres besoins. En particulier, comme on le verra mieux plus tard, un aperçu des lignes directrices jurisprudentielles de La Cour de justice montre comment les droits sociaux¹⁵, et plus généralement tous les droits positifs de prestation, jouent un rôle le plus souvent subordonné aux objectifs économiques communs du marché intérieur et de son instrument privilégié, la liberté de circulation.

- 9 D'une manière générale, il faut observer que le raisonnement juridique de la Cour tend à appliquer le critère de proportionnalité à interférences, restrictions, réglementations de tous les types de droits (y compris, notamment, le droit de propriété, la liberté d'exercer une initiative économique ou la liberté de manifestation de la pensée), en démontrant que l'exercice des droits de liberté peut également être modulable. Par ailleurs, dans certains arrêts, la Cour semble disposée à limiter les « libertés fondamentales » afin de protéger ces « droits fondamentaux » reconnus par les traditions constitutionnelles nationales et par la CEDH, en évoluant ainsi vers un positionnement des droits et des libertés sur un terrain de parité axiologique¹⁶. À cet égard, au net de certaines oscillations, le scénario le plus fréquent qui résume le raisonnement de la Cour de justice peut être identifié de la façon suivante : les États sont autorisés à appliquer leurs droits fondamentaux (et surtout sociaux) tant qu'ils n'entravent pas l'application du droit de l'Union et la prévalence uniforme des droits et des libertés reconnues et réglementées.
- 10 Dans le cadre euro-unitaire¹⁷, selon les cas, la proportionnalité se présente comme un principe général du droit de l'Union, reconnu comme tel par la jurisprudence de la Cour de justice, ou, en ce qui concerne spécifiquement le travail des institutions de l'UE, il s'impose en raison de sa mention expresse dans le Traité qui limite toutefois la référence à la seule condition de la nécessité. Au-delà de représenter un critère d'action, la proportionnalité fait partie des principes généraux du droit supérieurs aux règles du droit primaire de l'Union Européenne identifiées par la jurisprudence de la Cour de justice sur la base d'une méthode de comparaison juridique pour montrer l'existence de concepts et de catégories communs dans les systèmes juridiques qui la composent. Dans le travail continu de la Cour de justice, le principe de proportionnalité apparaît soumis au respect de trois conditions : (1) l'attitude, ou adéquation, de la mesure à poursuivre l'objectif préétabli ; (2) la nécessité que la mesure adoptée constitue l'option qui implique le moins de dommages possible aux intérêts en cause ; (3) l'exigence que le sacrifice imposé soit raisonnablement exigible (proportionnalité *stricto sensu*)¹⁸. En fonction de ces aspects, les seules restrictions qui peuvent être appliquées sont celles nécessaires et correspondantes aux finalités d'intérêt général reconnues par l'Union ou nécessaires pour protéger les droits et les libertés des citoyens des États membres.
- 11 Au moins sur un plan formel, ce modèle apparaît en grande partie inspiré par le droit allemand, où le principe de proportionnalité est basé sur trois passages, qui à partir du célèbre *Apothekenurteil*¹⁹ ont été réunis par la jurisprudence constitutionnelle allemande dans le principe de proportionnalité *lato sensu* : il s'agit des trois éléments de l'adéquation (*Geeignetheit*), de la nécessité (*Erforderlichkeit*) et de la proportionnalité au sens strict (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). Toutefois, le modèle du contrôle juridictionnel « en trois étapes » proposé par la doctrine allemande – et, en réalité, très rarement appliquée comme tel, même par les juges allemands – n'a jamais été pleinement accepté dans la jurisprudence des juges de l'Union : cela fonctionne, parfois, comme outil de contrôle et de reconstruction (et en même temps de rationalisation) *ex post* d'une décision adoptée selon un autre modèle de raisonnement juridique. Sauf quelques exceptions²⁰, le contrôle de proportionnalité dans le cadre de l'UE, se limite à la vérification des critères d'adéquation et de nécessité. En outre, il convient de noter, d'une part, que son utilisation se produit souvent en modifiant la séquence d'application de ses éléments constitutifs²¹, et, d'autre part, que les trois

étapes logiques précédemment identifiées ne sont pas clairement distinctes les unes des autres. Elles sont plutôt fusionnées en un seul jugement holistique dont le but est de trouver un point d'équilibre entre les moyens disponibles, le degré de satisfaction d'un droit ou d'un principe et le niveau de lésion d'un autre droit ou principe. Enfin, il faut souligner que, dans le débat théorico-juridique sur l'utilisation du principe de proportionnalité par le juge de l'Union, il apparaît souvent un élément supplémentaire qui précède l'analyse de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict : l'analyse de la légitimité du but poursuivi par le législateur²².

III – Arguments critiques contre la proportionnalité

- 12 Sur le plan théorique, l'un des problèmes les plus remarquables qui caractérisent l'utilisation du principe de proportionnalité par les juges de l'UE réside dans la structure technocratique et dans l'évident déficit démocratique représentatif de la base sur laquelle se fonde le droit de l'Union Européenne (les décisions politiques sont prises à l'échelle intergouvernementale par les majorités fluctuantes que les institutions sont en mesure d'exprimer) et, en parallèle, en l'absence du point de vue supranational d'une dimension authentiquement constitutionnelle des droits.
- 13 De manière plus générale, la critique dirigée contre le caractère antidémocratique, para- ou crypto-législatif, de la proportionnalité et des techniques de pondération²³ se place dans l'espace des métamorphoses qui ont investi la production et l'interprétation du droit dans le constitutionnalisme contemporain. Dans ce cadre, s'est développée une orientation doctrinale assez répandue qui a tendance à dénoncer le fait que la croissance exponentielle du pouvoir juridictionnel, favorisée par les processus de mondialisation et par la circulation de modèles argumentatifs à échelle supranationale²⁴, se traduirait par une restriction de l'espace d'autonomie du choix législatif²⁵. Le principal risque que ces aspects, typiques du constitutionalisme contemporain, peuvent produire consiste donc en un véritable changement institutionnel des compétences du pouvoir judiciaire, organe sans légitimité démocratique directe (*political unaccountability*), dans le cadre de la législation impliquant, par conséquent, la compression du principe démocratique de l'égalité politique. Dans ce contexte, selon plusieurs interprètes, le principe de proportionnalité donnerait un notable pouvoir discrétionnaire entre les mains du juge constitutionnel, qui finirait par adopter des décisions normatives automatiquement préjudiciables à l'autonomie politique du Parlement²⁶. Ces critiques tendent à présenter la proportionnalité comme une technique argumentative de nature décisive, utilisée par les cours constitutionnelles pour justifier leurs propres décisions subjectives et arbitraires.
- 14 Cependant, un tel discours semble impliquer au moins une vision réductrice de la représentation politique²⁷ de la séparation des pouvoirs et des mécanismes démocratiques en général. Il véhicule une idée de démocratie fondée sur la seule expression de la volonté populaire, ce qui finit par occulter le lien logique entre les libertés privées subjectives et le principe de l'autodétermination politique. Or, les valeurs démocratiques ne s'épuisent pas dans le principe de la majorité, dans la sphère de la représentativité ou dans les mécanismes procéduraux. Elles trouvent leur intégration dans la garantie d'une série de principes et de droits fondamentaux qui représentent la dimension substantielle de la souveraineté populaire.

- 15 En termes d'analyse descriptive, nous pouvons supposer que, dans la gestion des droits fondamentaux au sein du constitutionnalisme contemporain, sont autant nécessaires le moment politique (parlementaire et gouvernemental) de la répartition des ressources (la mise en place d'infrastructures, l'organisation des tâches administratives, bureaucratiques et de sécurité publique, etc.) que la soustraction, généralement déléguée au pouvoir judiciaire, du noyau essentiel des droits aux mutations des majorités parlementaires et du gouvernement et aux négociations politiques²⁸.
- 16 Joseph Raz, à cet égard, utilise une analogie relative aux décisions que nous prenons dans notre vie individuelle :
- « Hence in deciding whether to spend public resources on museums or sport facilities, whether to concentrate them in a few regional centers or disperse them among many towns, whether to favour conservation of the countryside and of farming communities or to encourage urbanization based on service industries, or indeed whether to generate more public resources through taxation or to leave more resources with individuals to do with what they like, in these and many other questions there may be no solution which is best, only a range of incompatible solutions to choose from which are all good. This view relates to one aspect of morality and rationality. It concerns those aspects of morality and rationality whereby they contribute to the morality of an action by its being guided by reasons, moral ones where they pertain. An action can be moral not because of the reasons for which it is done but because of what it expresses. A political decision can be rational because it expresses "the will of the people", *i.e.* it was reached in ways which realize the value of participation in public affairs, regardless of its consequences or the reasons which motivated it. The fact that within a certain range reasons are silent on which decision ought to be taken has important consequences for the evaluation of political institutions, partly because of its implications regarding the relative role of expressive and guiding reasons in their evaluations »²⁹.
- 17 Dans le contexte d'un articulé pluralisme tel que celui qui caractérise la gestion des droits au sein du constitutionnalisme contemporain, les principes de fond de la Constitution confèrent au législateur un espace d'autonomie dans lequel s'insèrent les choix politiques³⁰.
- 18 La relation existante entre la politique représentative et la juridiction constitutionnelle ne doit pas nécessairement être configurée en termes antagonistes : à travers les mécanismes du *Judicial Review* est offerte aux citoyens la possibilité d'intervenir dans le procès de consolidation ou de révision de décisions législatives, en les contestant dans un forum qui, au moins idéalement, ne reflète pas le jeu des majorités politiques contingentes. Le débat public peut s'enrichir ainsi de nouvelles voix, de nouvelles idées politiques et sociales, avec une extension significative de l'espace de délibération. Le principe démocratique de l'autodétermination politique, de cette manière, peut entrer dans une relation synergique avec d'autres principes méta-démocratiques, à partir de l'ensemble des droits fondamentaux qui contribuent à définir la dimension substantielle de l'État constitutionnel. Quant à l'aspect plus spécifique du contrôle de proportionnalité, une stratégie possible pour inclure ce critère dans le circuit démocratique représentatif consiste à considérer que, grâce à l'utilisation de cette technique, le juge a tendance à se concentrer (pas sur le contenu des décisions publiques, mais) sur la méthode ou le processus décisionnel, et donc sur les justifications invoquées pour soutenir toute ingérence législative avec un droit et rapporter les choix législatifs au respect de la Constitution. À ce niveau, il est possible de développer une relation d'interaction et de dialogue entre le législateur et le juge, à

travers de moyens de communication essentiellement fondé sur la « raisonabilité ». Le législateur sera tenu de justifier ses choix en matière de droits (d'allocation), et le juge d'évaluer, selon les limites et les critères établis par la constitution, le bien fondé des justifications alléguées par le législateur pour interférer dans ce domaine³¹.

IV – La gestion judiciaire des droits sociaux

- 19 Les éléments qui contribuent à rendre le recours à la proportionnalité, au moins en principe, justifiable sur le plan démocratique ne doivent pas conduire à embrasser une vision irénique des relations entre pouvoir judiciaire et pouvoir législatif. Comme on essaiera de le montrer dans les considérations suivantes, le large espace d'appréciation dont dispose le juge constitutionnel peut en effet générer des conséquences négatives, par exemple en favorisant l'émergence d'attitudes interprétatives conditionnées par une atmosphère extérieure hostile à la protection des droits constitutionnellement reconnus, par un climat culturel fragmenté et conflictuel ou, encore, par une conjoncture économique et financière défavorable. Dans ces circonstances ainsi que dans d'autres, le risque persistant est d'éroder le sens même de la rigidité constitutionnelle en tant que mécanisme de protection des minorités en face des volontés politiques contingentes provenant de différents secteurs de la société, et rendant en même temps la décision du juge moins transparente. Il est donc illusoire, pour ces raisons, de croire que l'imprécision du style de rédaction constitutionnelle des droits, bien que largement inévitable, produit automatiquement des effets bénéfiques lors de l'interprétation et application des droits.
- 20 Un autre problème posé par l'utilisation de la pondération et de la proportionnalité concerne la possibilité, pour le juge de l'Union, de contrôler les décisions politiques relatives aux droits qui, comme dans le cas des droits sociaux, sont particulièrement conditionnés sur le plan financier et des prestations publiques³². Sur la base de la réflexion³³ de Jeff King, nous pouvons identifier au moins quatre sujets récurrents, dans le débat théorique juridique qui visent à contester la possibilité d'une gestion judiciaire des droits sociaux :
- 21 1) La légitimité démocratique : l'assemblée législative, où s'exprime la représentation démocratique, constitue la meilleure institution dans laquelle le plus grand nombre de voix peut être exprimé, aspect ce dernier particulièrement important lorsque des questions relatives à l'allocation des ressources publiques³⁴.
- 22 2) La polycentricité : certaines questions relatives à l'administration des droits (et parmi ceux-ci sans aucun doute l'allocation des ressources) nécessitent une connaissance approfondie d'un nombre important de variables interconnectées.
- 23 3) L'*expertise* : le *welfare state* s'est développé grâce à la contribution d'un niveau d'*expertise* remarquable ; les juges, bien que dépourvus de cette fonction, sont appelés à contrôler des évaluations basées sur un certain degré de compétence technique.
- 24 4) la flexibilité : il existe des raisons valables, dans l'ensemble, attribuables aux limitations intrinsèques qui affectent le contenu informationnel à la disposition des opérateurs juridiques, pour faire en sorte que les gouvernements ou les parlements assument la responsabilité de décider de certains sujets, si la possibilité de changer de position face à l'apparition de nouvelles informations ou développements inattendus est cruciale.

- 25 À cet égard, pour comprendre le rôle des droits sociaux dans le système de l'Union Européenne et sa gestion au niveau judiciaire, il est particulièrement pertinent de considérer la jurisprudence de la Cour de justice sur les relations entre les systèmes nationaux de droit du travail et la sécurité sociale, d'une part, et les principes fondateurs de la constitution économique européenne, d'autre part, tant sur le plan des règles en matière de concurrence que sur le plan des libertés économiques. L'asymétrie constitutive existante entre ces principes repose essentiellement sur la plus grande rigueur avec laquelle le principe de proportionnalité est appliqué par les juges de l'Union lorsqu'il s'agit d'établir une évaluation comparative entre les besoins (notamment financiers) qui émergent des situations internes aux États membres et la nécessité de garantir ces droits, libertés et principes qui représentent une des principales raisons d'existence de l'Union Européenne³⁵.
- 26 Il y a de nombreuses décisions de la Cour de justice qui montrent, en général, que les droits sociaux peuvent obtenir une reconnaissance seulement s'ils contribuent à attribuer un rôle important, dans le droit de l'Union Européenne, aux libertés traditionnelles du marché, à savoir au plein déploiement des libertés économiques de circulation des capitaux, des personnes, biens et services (les quatre libertés du marché commun européen)³⁶. Dans cette perspective, les droits sociaux peuvent constituer un obstacle légitime aux libertés économiques, mais uniquement dans la mesure où leur exercice respecte le canon de la proportionnalité ; ou dans la mesure où les actions collectives, ainsi que toute autre restriction opposée à toute autre liberté économique, « poursuivent un objectif d'intérêt général, sont suffisantes pour garantir leur réalisation et n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour y parvenir »³⁷.
- 27 Pour la présente analyse, il peut être suffisant de se concentrer sur la considération des affaires *Viking*³⁸, en matière de droit de grève, et *Laval*³⁹, en matière de salaire minimum. Tous deux rendus en décembre 2007, ces arrêts, d'une part, représentent des exemples emblématiques de juridictionnalisation des conflits sociaux à l'échelle supranationale et, d'autre part, ont entamé une orientation particulièrement significative en matière de pondération entre droits sociaux et libertés économiques⁴⁰. A travers eux, la Cour a statué sur la compatibilité de deux actions collectives avec le droit de la Communauté Européenne (maintenant Union Européenne) tant en ce qui concerne l'effet horizontal direct de protection de l'art. 43 TCE (maintenant devenu l'article 49 TFUE) relatif à la liberté d'établissement (plus précisément : l'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement) ainsi qu'en relation avec les libertés et droits économiques constitutionnellement protégés. Dans les deux cas, les interprètes s'attardent sur les objectifs de l'action collective entreprise par les syndicats et sur sa compatibilité avec les libertés fondamentales garanties par le Traité. Avec une certaine simplification, on pourrait affirmer que les multiples questions soumises à l'examen de la Cour dans les deux affaires peuvent se résumer dans la question suivante : est-ce qu'une action collective (un droit social) engagée dans le respect des règles en vigueur dans un État membre – pour éviter une opération de *flag of convenience*, dans le cas *Viking* ; pour conduire une entreprise étrangère à souscrire par adhésion le contrat de secteur, dans le cas *Laval* – peut légitimement entraver la fourniture d'un service par une entreprise qui s'est installée dans un autre État (c'est-à-dire restreindre une liberté économique supranationale) ? Plus précisément : est-ce que, dans le contexte socio-économique de l'Union après l'élargissement, la grève organisée et effectuée par des travailleurs résidents dans des pays à haut niveau de protection sociale peut être utilisée comme

une forme légitime de protestation contre les entreprises qui, en provenance de pays où le coût du travail est plus bas, cherchent à exploiter leur avantage concurrentiel ?

- 28 Dans ces arrêts émerge le rôle déterminant joué dans le cadre du (ce qui à l'époque était le) droit communautaire, de la médiation judiciaire en tant que lieu qui – en l'absence de mécanismes démocratiques-représentatifs et d'une dimension authentiquement politique-constitutionnel – est habilité à identifier le point d'équilibre entre les besoins économiques et les exigences de solidarité. En fait, l'un des éléments du plus grand intérêt des deux arrêts réside avant tout dans la composition de la relation juridique entre les ressources économiques disponibles pour les dépenses sociales et l'applicabilité effective des droits sociaux officiellement reconnus. À la base du conflit d'intérêts qui se produit dans les deux cas, l'on peut détecter un des changements les plus forts déterminés par l'élargissement de l'espace européen, à savoir la décision de déplacer les activités productives (ou d'attirer de la main-d'œuvre) vers ces pays où le coût du travail est plus faible (dumping social), avec des répercussions inévitables notamment dans les relations professionnelles. Ce changement, entre autres conséquences, impose la nécessité d'éviter les distorsions de la concurrence entre ces entreprises situées dans les pays membres de l'Union Européenne (avant Communauté Européenne) depuis le début ou en tout cas depuis plus longtemps par rapport aux entreprises de ces pays (notamment de l'Est) qu'y ont adhéré plus récemment.

1 – L'arrêt Viking

- 29 Dans *Viking* on discute de la compatibilité du droit de grève, garanti par l'art. 13 de la Constitution finlandaise, avec la liberté d'établissement conformément à l'art. 43 du Traité CE. Viking Line, une société finlandaise opérante dans la mer Baltique à travers un service de transport maritime entre Tallin (Estonie) et Helsinki (Finlande), avait contesté le boycott accompli à son égard par l'association internationale qui regroupe les syndicats des travailleurs des transports (*International Transport Workers' Federation*). En octobre 2003, elle avait communiqué au syndicat la décision de changer de pavillon à l'un des ferries de sa flotte, le *Rosella*, en l'enregistrant en Estonie. De cette manière, elle aurait pu fonctionner à un prix plus compétitif, en payant moins les membres de l'équipage et en alignant la rétribution aux normes salariales estoniennes, qui sont inférieures à celles en vigueur en Finlande. Pourtant, le syndicat finlandais des maritimes avait dénoncé le changement de pavillon « de convenance », en convoquant une grève et en menaçant des nouvelles actions collectives. Après l'entrée de l'Estonie dans l'Union, Viking a déposé un recours pour vérifier l'opposition de l'action syndicale à la liberté d'établissement et pour enjoindre au syndicat de ne pas l'entraver dans son action. Le recours a été accueilli : le juge a décidé de renvoyer la question à la Cour de justice, étant donné que l'issue du litige dépendait de l'interprétation correcte du droit communautaire. La décision de la Cour européenne de justice a donc établi que les actions collectives menées par les syndicats finlandais constituaient des restrictions à la libre prestation de services en vertu de l'article 43 du Traité CE, en indiquant que l'action collective projetée aurait pu anéantir l'exercice de la liberté d'établissement par Viking.
- 30 Dans cet arrêt, en résumé, la Cour établit que la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime qui peut justifier, en principe, une restriction d'une liberté fondamentale, en soulignant d'autre part que l'objectif de protection et d'amélioration

des conditions du travail est une raison impérieuse d'intérêt général (points 77 ss.). Dans le même temps, la Cour ajoute que pour considérer l'action collective comme justifiée, elle doit être effectivement liée à l'objectif de protection : critère qui n'est pas rempli lorsque les emplois ne sont pas, en tant que tels, compromis ou sérieusement menacés, mais qui, comme en l'espèce, sont seulement moins bien rémunérés. En outre, même si ces conditions sont respectées, la Cour doit vérifier si l'action de l'entreprise est effectivement adéquate pour atteindre l'objectif : en particulier, le juge devra vérifier si le syndicat, avant d'avoir fait recours à la grève, a pu mener des actions moins restrictives que celles qui, comme le droit de grève, constituent un obstacle à la liberté de circulation (point 75).

2 – L'arrêt Laval

- 31 Dans le deuxième cas qui nous occupe, une entreprise lettone (Laval) avait détaché ses travailleurs pour effectuer des travaux en Suède chez un chantier de construction d'une filiale - Baltic - qui avait remporté un contrat pour la construction d'une école dans la ville suédoise de Vaxholm. Les syndicats suédois ont donc engagé des actions syndicales, en particulier le blocage des activités des chantiers, la prévention de l'entrée des travailleurs lettons sur le lieu de travail et la proclamation d'une grève de solidarité. Par conséquent, Laval avait fait appel au juge pour déterminer l'illégalité de l'action de solidarité et obtenir son arrêt, en demandant en plus au syndicat suédois une condamnation à verser une indemnité pour les dommages subis. Interrogée sur le litige, la Cour a estimé que l'action syndicale exercée constituait une restriction injustifiée à la libre circulation des services. Elle a établi en outre que la liberté d'établissement et la directive 96/71/CE s'opposent à une action collective d'une organisation syndicale qui pourrait inciter un prestataire de services étranger à entamer des négociations sur la rémunération et sur la stipulation d'une convention collective relative aux conditions de travail et d'emploi les plus favorables offertes par l'État d'accueil.
- 32 Dans cet arrêt, la Cour, au-delà de traiter essentiellement les mêmes questions théoriques impliquées dans l'arrêt *Viking* (bien que, cette fois-ci, concernant la libre circulation des services), finit par élaborer une évaluation des objectifs et de la proportionnalité de l'action collective, à partir d'une interprétation spécifique de la Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil (16/12/1996) sur le détachement des travailleurs de services. Dans ce cas, le test de proportionnalité est utilisé en effectuant un contrôle particulièrement restrictif : la Cour a jugé, en effet, qu'un aspect du droit syndical suédois est inconciliable avec le droit européen, en fixant également une limite maximale à l'amélioration de la protection des travailleurs à travers la négociation collective. Plus particulièrement, en Suède, le contrat collectif n'avait pas d'efficacité générale. Il appartenait donc aux partenaires sociaux de déterminer les salaires par négociation et, dans le cas des entreprises de construction (comme dans le cas d'espèce), les négociations devaient se dérouler au cas par cas, sur le lieu de travail. Cependant, selon la Cour, ce système n'est pas applicable aux entreprises étrangères, essentiellement pour deux raisons : d'une part, parce que ça rendrait impossible en prévoir les coûts ; d'autre part, dans le cas présent, les syndicats prétendaient imposer aux entreprises certaines conditions plus avantageuses que celles prévues par les mêmes lois suédoises dans les matières visées à l'art. 3, n. 1, premier alinéa, lettres a) et g) de la directive. Bien que l'art. 3.7 de la directive contienne une

disposition qui semblerait être sans préjudice des conditions les plus favorables, la Cour a écarté une interprétation selon laquelle l'État membre d'accueil pourrait subordonner la fourniture d'un service sur son territoire au respect des conditions de travail qui vont au-delà des normes de protection minimales obligatoires.

- 33 Pour définir la portée de l'art. 49 du Traité sur la Communauté européenne en ce qui concerne la libre prestation de services, la Cour a proposé à nouveau les arguments déjà utilisés pour clarifier la portée de l'art. 43 en ce qui concerne la liberté d'établissement. En effet, les juges affirment qu'en principe la limitation de la concurrence énoncée au cinquième alinéa de l'art. 137 du Traité n'empêche pas que certaines actions collectives telles que celles impliquées dans l'affaire en question peuvent relever du champ de leur compétence. Sur ce fondement, la Cour exclut que la qualification de la grève et de l'autonomie collective comme droits fondamentaux puisse en elle-même entraîner la licéité de l'action syndicale contestée. Les juges vérifient d'abord que les activités syndicales ont effectivement déterminé une restriction à la liberté économique et ils évaluent la licéité de l'action collective sur la base du principe de proportionnalité. Contrairement au précédent, cependant, dans ce cas le contrôle judiciaire est interrompu au premier des trois paramètres prévus : la mesure de restriction à la libre circulation des services, visant à imposer des normes de protection sociale supérieures à celles déterminées par la directive 96/71, n'est pas vue comme adaptée à la réalisation d'objectifs dignes de protection en vertu du droit communautaire et, pourtant, aux fins de la résolution du cas.

3 – Tentative d'analyse comparée

- 34 La Cour considère donc, dans *Viking* et *Laval*, le droit de grève et de négociation collective comme des formes de pouvoir tout à fait analogues à celles exercées par l'autorité publique.
- 35 Comme le signale correctement S. Giubboni, la Cour se trouve à évaluer
- « [d]eux situations subjectives au moins dans l'abstrait pas commensurables, dans l'histoire du constitutionnalisme libéral, qu'il faut considérer comme fondées, d'une part, dans la puissance publique incarnée par le pouvoir législatif de l'État et, d'autre part, dans le droit de grève et dans la liberté garantie aux manifestations de l'autonomie privée collective. Le droit de grève et le droit de négociation collective – tels qui sont reconnus en particulier dans les systèmes juridiques suédois et finlandais – sont essentiellement examinés par la Cour, dans *Laval* et *Viking*, en raison de la force provenant du conflit syndical et de la capacité effective d'entraver ou même de bloquer l'activité commerciale transnationale opposée, en tant que formes de pouvoir assez similaires à celles exercées par l'autorité publique »⁴¹.
- 36 En d'autres termes, nous nous trouvons face à deux situations substantiellement hétérogènes : le système juridique supranational, qui vise la création d'un marché libre ; et les sujets syndicaux, qui participent au conflit social en essayent de protéger les travailleurs des entreprises qui se déplacent vers des nouveaux marchés. Le problème traité concerne précisément la compatibilité entre différentes sphères de droits et libertés dans le contexte d'une économie sociale de marché : les droits sociaux de négociation et d'action collective, d'une part, et l'exercice des libertés économiques et de circulation garantie par les traités européens, d'autre part. Par ailleurs, les deux cas constituent un exemple emblématique de ces problèmes constitutionnels d'incompatibilité entre droits que les institutions européennes se trouvent souvent à

gérer, même sans avoir tous les outils nécessaires, au moment où le processus d'intégration soustrait effectivement des compétences aux États membres. En l'absence d'une ligne commune sur le terrain des directrices sociales, l'application du principe de proportionnalité par la Cour de l'Union européenne impose la charge, pour le juge national, d'évaluer le contenu du conflit collectif, le bien-fondé des objectifs de protection et l'adéquation des moyens visant à les atteindre, aboutissant de cette manière à limiter les objectifs d'autoprotection légitimement poursuivis par les parties sociales.

- 37 La principale nouveauté dans ces deux affaires est la décision de la Cour de traiter les conflits concernés en tant que juge constitutionnel, en utilisant le critère de pondération entre les droits (en appliquant le test d'adéquation à l'action syndicale et à la convention collective), selon un schéma de raisonnement pas établi préalablement⁴². En surmontant l'obstacle constitué par l'art. 137.5 TEC, aujourd'hui art. 153 TFUE – qui prévoit que l'Union n'a pas de compétence réglementaire en matière de rémunération, de droit d'association, de droit de grève et de lock-out – et en reconnaissant d'autre part l'effet horizontal de la liberté de circulation, même opposable à l'autonomie des organisations syndicales, la Cour crée l'espace pour opérer une pondération libre, franchie par des contraintes constitutionnelles ou para-constitutionnelles.
- 38 Malgré quelques différences dans les dispositifs, dans les deux arrêts, la Cour se retrouve à identifier un point d'équilibre entre le droit à l'action collective (droit de grève en général, action de boycott, grève de solidarité) et la liberté de mouvement impliquée (liberté de fournir services et liberté d'établissement), en dictant ainsi aux juridictions nationales les règles sur lesquelles fonder l'appréciation de la légitimité d'une action collective au regard du droit communautaire. Les deux arrêts visent, en définitive, à justifier la primauté du droit des traités sur les droits prévus dans les ordres juridiques nationaux au niveau constitutionnel : du point de vue de la Cour, les règles sur le TCE, relatives au droit d'établissement et à la libre prestation conditionnent non seulement les pouvoirs publics mais aussi les parties privées, y compris les syndicats, en raison de « l'effet direct horizontal » des mêmes règles sur les droits économiques fondamentaux.
- 39 En ce sens, la Cour de justice semble récupérer partiellement les opinions des avocats généraux Maduro⁴³ et Mengozzi⁴⁴, qui se sont référés à la jurisprudence moins récente en matière d'extension du principe de non-discrimination de l'art. 49, y compris pour les sujets non publics dotés du pouvoir de réglementer collectivement tant le travail indépendant que la prestation de services⁴⁵.
- 40 Comme cela s'était déjà produit dans le cas des arrêts *Omega*⁴⁶ et *Schmidberger*⁴⁷ – dans lesquels, cependant, les droits civils prévalent sur les libertés économiques – dans ces arrêts aussi émerge, dans le choix de faire une pondération qui implique des valeurs et des droits mis sur un pied d'égalité, l'intention de surmonter une connotation purement économiste de l'Union. Toutefois, bien que la Cour reconnaisse la possibilité d'entreprendre une action collective (y compris bien sûr le droit de grève) en tant que droit fondamental, dans les deux controverses la Cour de justice a présenté des réponses déséquilibrées et asymétriques en faveur de la protection des libertés de circulation au sein du marché intérieur⁴⁸. Les luttes syndicales, selon le résultat auquel la Cour arrive, ne doivent pas être « excessives » ni viser des objectifs « vexatoires » pour la contrepartie. Le type d'équilibre esquissé entre le droit de grève et la liberté d'établissement finit par nuire à la garantie constitutionnelle accordée au droit de

négociation collective, régi par l'art. 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Parallèlement, se produit une atteinte à l'art. 53 de la même Charte, qui prescrit la protection des droits pour les travailleurs et leurs associations syndicales, selon le standard le plus élevé parmi les possibilités disponibles. Cette orientation de la Cour – il convient de le préciser – contraste ouvertement avec le Préambule et les articles 2 et 3 des Traités de l'Union relatifs au développement durable, à la cohésion économique et sociale, à l'élimination des inégalités et à la garantie de tous les droits (y compris, bien entendu, les droits sociaux). Cette décision ne semble pas respecter le test de la nécessité – selon lequel la mesure contestée doit être le moins invasive à l'égard du bien juridique concurrent – ni le critère de proportionnalité au sens strict – selon lequel le sacrifice imposé par une mesure à un droit fondamental concurrent doit être raisonnablement équilibré par rapport au degré de satisfaction de ce dernier. Une décision qui subordonne sur un plan théorique et concret les droits fondamentaux aux libertés économiques et ne les reconnaît qu'à la condition de respecter le principe de proportionnalité s'écarte considérablement de tout modèle de développement durable et, au-delà du cinquième alinéa de l'art. 137, semble également léser l'art. 2 du Traité sur la Communauté européenne⁴⁹.

V – Observations conclusives

- 41 En conséquence du processus de constitutionnalisation qui a affecté la culture juridique des démocraties constitutionnelles contemporaines, les textes constitutionnels ont tendance à reconnaître de nombreux droits et principes, ainsi que plusieurs valeurs et intérêts collectifs, sans établir clairement des relations de priorité. Dans ce contexte, le cadre extrêmement générique défini par les dispositions constitutionnelles ouvre aux interprètes une pluralité de « mondes constitutionnellement possibles »⁵⁰, en imposant souvent le recours à des évaluations, des conciliations et des pondérations. Comme l'on a essayé de montrer, en règle générale la proportionnalité est seulement une technique de résolution des antinomies entre principes constitutionnels et droits (fondamentaux) qui peut impliquer à la fois des éléments discrétionnaires et rationnels, selon l'utilisation qui en est faite dans les circonstances spécifiques du cas et dans le contexte juridico-politique de référence. Elle consiste, donc, en une technique flexible et élastique qui, en vertu de ses caractéristiques structurelles, se prête à être utilisée par le juge dans multiples et imprévisibles directions. En fonction de la variation des différents intérêts qui entrent en jeu dans les cas spécifiques, il faudra attribuer un poids important à la sensibilité politico-sociale du juge appelé à décider. Cette composante d'indétermination émerge notamment dans la troisième et dernière phase de la « proportionnalité au sens strict », dans laquelle le juge établit la valeur relative des principes en jeu, en déterminant une hiérarchie entre préférences conditionnées. Les autres phases du contrôle de proportionnalité, qui en première instance tendent à résulter plus objectives et aseptiques, peuvent également impliquer un degré élevé de pouvoir discrétionnaire, lorsque les appréciations à effectuer sont caractérisées par une complexité particulière, qui rend extrêmement difficile, sinon impossible, d'identifier une unique solution correcte⁵¹.
- 42 Un aspect important qui caractérise la rédaction constitutionnelle des droits, y compris dans le contexte du système euro-unitaire, est l'utilisation répandue des clauses générales ouvertes⁵². Il s'agit d'un élément fréquent dans la formulation linguistique de

dispositions normatives qui reconnaissent les droits fondamentaux en général, et pas seulement les droits sociaux. Il convient sans doute de souligner que ce sont plutôt les pratiques interprétatives répandues parmi les professionnels du droit – au niveau national, international et supranational – qui dénotent une tendance consistante à attribuer aux droits sociaux le statut des normes dépourvues d'efficacité. Pour la même raison, les droits sociaux ne doivent pas être automatiquement identifiés avec des droits fictifs ou « en papier » (« *di carta* »), dépourvus d'une réelle efficacité, car ils n'imposent aucune obligation concrète aux législateurs nationaux⁵³ : cette particularité peut se retrouver dans tous les droits, en cas d'inertie législative et/ou juridictionnelle. Plus généralement, tous les droits sont en principe « équilibrables » (et donc partiellement relativisables) au moment du processus de l'application. Ils sont susceptibles de compression et de réexpansion ultérieure selon les interprétations judiciaires et les choix législatifs opérés, ainsi qu'en fonction de la disponibilité des ressources financières contingentes⁵⁴. L'Union, en effet, notamment après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et de la Charte des droits fondamentaux, disposerait des ressources institutionnelles, réglementaires et culturelles pour surmonter une orientation jurisprudentielle qui finit effectivement par subordonner les droits fondamentaux (et les droits sociaux en particulier) aux besoins du marché.

- 43 Dans ce cadre, on peut formuler l'hypothèse que, en s'appuyant sur la présence de clauses ouvertes et indéterminées, la Cour de Luxembourg finisse par opter, dans ces cas comme dans d'autres, pour une attitude interprétative fortement conditionnée par une atmosphère extérieure basée sur une idéologie substantiellement néolibérale⁵⁵. Il est possible, en d'autres termes, que le juge de l'Union soit ainsi amené à se baser sur la morale sociale dominante (ou mieux encore : à sélectionner, sur la base d'un critère d'évaluation inexplicité, des paramètres de jugement à appliquer au cas concret), en faisant entrevoir, en ce sens, une vision du droit comme le résultat superstructurel des processus économiques et comme système avec la finalité d'immuniser le capitalisme transnational des possibles ingérences du pouvoir démocratique. Un cadre de déconstitutionnalisation, ceci, dans lequel les droits sociaux peuvent trouver application seulement s'ils n'entravent pas le développement des libertés économiques traditionnelles.
- 44 Une approche jurisprudentielle qui attribue aux droits sociaux un rôle de subordination instrumentale aux objectifs économiques semble trouver son propre fondement philosophique dans une vision de constitutionnalisme selon laquelle la justification de la protection des droits repose principalement sur son aptitude à mettre en œuvre le principe du marché libre. Si cela est vrai, ça voudra dire que les critères de stabilité macroéconomique, de compétitivité et de confiance dans le marché financier deviennent une sorte de principe matériel qui guide l'interprétation normative. Bien qu'ils soient formulés sur un plan d'équi-ordination ou d'équivalence hiérarchique dans le cadre des traités, dans de nombreuses occasions les droits sociaux ne trouvent pas seulement des limites dans la disponibilité effective de ressources destinées à leur protection, mais peuvent être continuellement sacrifiés face à l'émergence de demandes hétérogènes. L'étude de ces cas jurisprudentiels peut mettre en lumière comment, derrière la logique apparemment aseptique et procédurale utilisée dans la pondération, il existe en fait une option forte vers un modèle économique et social spécifique. À son tour, la compréhension de cette transformation constitutionnelle, qui probablement n'a pas encore développé tout son potentiel, représente une phase nécessaire pour la construction de nouvelles approches qui

reconnaissent une même dignité théorique - et pas seulement sur le plan formel de la hiérarchie des sources -, aux droits sociaux au regard aux autres droits reconnus au sein de l'Union.

NOTES

1. Voir M. Cohen-Eliya, I. Porat, « Proportionality and the Culture of Justification », *The American Journal of Comparative Law*, 59, 2011, pp. 463-490.
2. « In a culture of justification [...] the question of authority serves only as a starting point for the constitutional analysis, and the existence of authorization to act is a necessary but not a sufficient condition for legitimacy and legality. Rather, the crucial component in the legitimacy and legality of governmental action is that it is justified in terms of its “cogency” and its capacity for “persuasion”, that is, in terms of its rationality and reasonableness », *ibid.*, p. 475.
3. À ce sujet, voir R. Guastini, « La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano », *Ragion pratica*, 11, 1990, pp. 185-206.
4. À ce sujet, les ouvrages de référence sont les suivantes : C.S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, notamment ch. 1. Toutefois, il faut préciser que Carlos Nino ne refuse pas la thèse positiviste de la séparation conceptuelle entre droit et morale, en acceptant vice versa l'idée d'une connexion justificative et interprétative.
5. Sans vouloir entrer dans le sujet qui, par sa complexité, nécessiterait un espace autonome de traitement, on peut se limiter à considérer de façon générique la notion de pondération comme une structure argumentative, principalement utilisée en matière judiciaire, pour justifier une relation de priorité conditionnée entre principes au sein de cas concrets. La littérature théorique sur ce sujet est très vaste ; cf. en particulier : R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1985.
6. [« No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment and punishment »]. À cet égard, voir en particulier les analyses de D. Miers, W. Twining, *How to Do Things with Rules*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1982, pp. 61-62.
7. Pour la notion d'imprécision du langage juridique, la référence est H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, ch. VII. De manière plus générale, voir les considérations de J. Waldron, « Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues », *California Law Review*, 82, 1994, pp. 509-540 ; T. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
8. La littérature théorique sur l'indétermination normative est extrêmement étendue. En tout cas, voir en particulier V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 19-36 ; K. Kress, « Legal Indeterminacy », *California Law Review*, 77, 2, 1989, pp. 283-337 ; J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 157 ss. ; M.C. Redondo, « Teorías del derecho e indeterminación normativa », *Doxa*, 20, 1997, pp. 177-196.
9. D. Halberstam, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in J. Dunoff, J. Trachtman (Eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 2009, p. 355.
10. Sur ce sujet, N. Scicluna, *European Union Constitutionalism in crisis*, London-New York, Routledge, 2015, signale qu'une tendance récente du processus d'intégration européenne

consisterait dans l'incrément des dynamiques de politisation, ce qui impliquerait parmi d'autres conséquences, que le régime auquel sont soumis les mécanismes de fonctionnement de la gouvernance économique et financière serait « a-légal » (ou « a-juridique »). L'auteur parle en ce sens d'un processus de « de-legalisation » (« this is not to say that the instruments of the new economic governance are not legally codified, but that they lack the formal legitimacy of the constitutional order they bypass and that this lacuna is not made up for by other forms of democratic accountability »), *ibid.*, pp. 5-6.

11. En conséquence des liens créés par les traités et les accords, des principes tels que la stabilité macroéconomique, financière et monétaire, la confiance dans les marchés, la santé des finances publiques de l'État (voir art. 119 et 126 TFUE), la compétitivité, ainsi que la durabilité des politiques nationales, notamment à caractère social (voir art. 151 TFUE) acquièrent une importance centrale dans le système juridique de l'Union. Les effets les plus visibles de ces politiques européennes et nationales se retrouvent, d'une part, dans la subordination des niveaux de salaire à l'indice de productivité industrielle ; d'autre part, dans le soutien du revenu du travailleur en échange de comportements actifs spécifiques (requalification professionnelle, acceptation d'une large flexibilité, déréglementation de la relation de travail, etc.). Voir notamment F.G. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato: stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016 ; L. Taschini, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Giappichelli, Torino, 2019.

12. « When we apply proportionality in constitutional law, we ask governments to justify their actions on substantive grounds. The global move toward proportionality is therefore a global move toward justification ; it responds to a widespread and basic intuition ; we want government to justify all of its actions. Thus, in order to understand the success of proportionality we must place it within a larger move towards what we term a constitutional "culture of justification" », M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, cit., p. 474.

13. Sur le débat théorique juridique plus récent en matière de proportionnalité : A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012 ; M. Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, « Law & Ethics of Human Rights », 4, 2, 2010, pp. 142-175 ; D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oup, Oxford, New York, 2004 ; V.A. da Silva, « O proporcional e o razoável », *Revista dos Tribunais*, 798, 2002, pp. 23-50 ; V. Jackson, « Being Proportional about Proportionality », *Constitutional Commentary*, 21, 3, 2004, pp. 803-859 ; J. Rivers, « Proportionality and Variable Intensity of Review », *Cambridge Law Journal*, 65, 1, 2006, pp. 174-207 ; G. Huscroft, B. Miller, G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Reasoning, Justification*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014 ; K. Möller, « Proportionality: Challenging the Critics », *International Journal of Constitutional Law*, 10, 3, 2012, pp. 709-731 ; J. Mathews, A. Stone Sweet, « Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 2008, pp. 73-165 ; I. Porat, *Some Critical Thoughts on Proportionality*, in G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (eds.), *Reasonableness and Law, Dordrecht*, Springer, Dordrecht, 2009 ; B. Schlink, « Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here ? », *Duke Journal of Comparative & International Law*, 22, 2012, pp. 291-302 ; S. Tsakyrakis, « Proportionality: An Assault on Human Rights ? », *International Journal of Constitutional Law*, 7, 3, 2009, pp. 468-493 ; G. Webber, « Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 23, 2010, pp. 179-202.

14. À cet égard, voir surtout l'analyse de S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

15. Sans approfondir le sujet, pour des raisons d'espace, nous identifions les droits sociaux avec ces droits orientés à obtenir certains avantages de la part d'un autre sujet (public ou privé), afin d'éviter toute circonstance matérielle ou existentielle (santé, handicap, indigence, chômage, disparité des rapports de force économiques et sociaux, etc.) qui empêche le plein

développement de la personne humaine et sa participation à la vie sociale sur la base d'une liberté et d'une égalité effectives par rapport aux autres citoyens.

16. Voir en particulier la CJUE 26 juin 1997, affaire C-368/95, *Familiapress* ; 12 juin 2003, affaire C-112/00, *Schmidberger* ; 14 octobre 2004, affaire C-36/02, *Omega*. Sur le sujet, voir A. Tancredi, « L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria », *Rivista di diritto internazionale*, 89, 3, 2006, pp. 644-692 ; C. Kombos, « Fundamental Rights and Fundamental Freedoms : A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity », *European Public Law*, 12, 3, 2006, pp. 433-460. Enfin, dans l'arrêt *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* (C-67/96, 1999), la Cour a jugé que le droit à la négociation collective aurait pu être soustrait au droit de la concurrence.

17. Sur l'utilisation du principe de proportionnalité dans la jurisprudence de l'Union : N. Emiliou, « The Principle of Proportionality in European Law », Kluwer, London *et al.*, 1996, pp. 115 ss. ; J.J. Cremona, « The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », in U. Beyerlin, M. Bothe, R. Hofmann, E.-U. Petersmann, (Hg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung : Völkerrecht - Europarecht - Staatsrecht : Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Springer, Berlin *et al.*, 1995, pp. 323-330.

18. En ce qui concerne la phase du test de proportionnalité en sens strict, la frontière avec le principe de raisonnabilité comme (tentative de) conciliation d'intérêts conflictuels apparaît faible (en ce sens, voir A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 378).

19. Voir *Bundesverfassungsgericht*, 11 juin 1958, in BVerfGE 7, pp. 377 ss.

20. Voir en particulier CJUE, 11 juillet 1989, in C-265/87, *Schröder v. Hauptzollamt Gronau*.

21. Voir, par exemple, CJUE, 02 mai 1990, in C-357/88, *Hopermann GmbH v Bundesanstalt für landwirtschaftliche marktordnung*.

22. Dans ce sens, voir en particulier, J. Jowell, « Beyond the Rule of Law : Towards Constitutional Judicial Review », *Public Law*, 2000, p. 679. Il convient de noter que, dans le cadre du débat théorico-juridique, d'autres modèles reconstructifs sont également répandus. Un exemple avant tout c'est le modèle de proportionnalité en cinq étapes élaborées par M. Elliott, *Proportionality and deference : the importance of a structured approach*, in C.F. Forsyth (ed by), *Effective Judicial Review : A Cornerstone of Good Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 264 ss., qui inclut aussi l'évaluation sur l'importance de l'intérêt impliqué.

23. Voir, *ex multis* : L. Henkin, « Infallibility under Law : Constitutional Balancing », *Columbia Law Review*, 78, 5, 1978, pp. 1022-1049 ; B. Neuborne, « Notes for a Theory of Constrained Balancing in First Amendment Cases : An Essay in Honor of Tom Emerson », *Case Western Reserve Law Review*, 38, 4, 1988, en particulier p. 578 ; M. Nimmer, « The Right to Speak from Times to Time : First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy », *California Law Review*, 56, 4, 1968, spéc. p. 947 ; P. de Lora Deltoro, « Tras el rastro de la ponderación », *Revista española de derecho constitucional*, 20, 60, 2000, pp. 359-369 ; W. Leisner, *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 171 ; I. Maus, « Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts », *Rechtstheorie*, 20, 1989, pp. 191-210.

24. Quelques problèmes de conflit entre le système communautaire (maintenant le système euro-UE) et les systèmes juridiques nationaux sont analysés par M. Kumm, « The Jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal*, 11, 3, 2005, pp. 262-307.

25. Sur ce sujet, voir : L. Blichner, A. Molander, « Mapping Juridification », *European Law Journal*, 14, 1, 2008, pp. 36-54 ; R. Hirschl, *Towards Juristocracy : The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2004 ; Id., *The Judicialization of Politics*, in K. Whittington, D. Kelemen, G. Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2010, ch. 8 ; T. Koopmans, *Courts and Political Institutions : A Comparative View*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 247 ss. ; M.

Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford, 2002 ; L. Hilbink, P. Woods, « Comparative Sources of Judicial Empowerment : Ideas and Interests », *Political Research Quarterly*, 62, 4, 2009, pp. 745-752 ; A. Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford, 2000 ; C. Tate, T. Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995.

26. Voir en particulier B. Pieroth, B. Schlink, *Staatsrecht II*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 70 ; B. Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, « EuGRZ », 11, 1984, p. 462 ; Id., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in P. Badura, H. Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre des BVerfG*, 2 voll., Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 460 ss.

27. Pour une critique de la représentation stylisée des mécanismes électoraux (de l'absence structurelle d'identification organique entre les citoyens et leurs représentants découle la nécessité de protéger les droits des citoyens même contre leurs représentants) : M. Kumm, « Institutionalizing Socratic Contestation : The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review », *European Journal of Legal Studies*, 2, 2007, pp. 153-183.

28. Sur le thème de l'entité institutionnelle en charge de la gestion (concrétisation et protection) des droits, et de manière plus générale sur le problème de la division du travail dans l'administration des droits : R. Burt, *The Constitution in Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1992 ; B. Celano, « Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto », *Filosofia politica*, 19, 3, 2005, pp. 427-441 ; J. Waldron, « Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators », *Supreme Court Law Review*, 23, 2004, pp. 9-21.

29. J. Raz, *Law and Morality*, in Id., *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 338.

30. José Juan Moreso, à ce propos, parle de « valeur expressive de la démocratie » (voir J.J. Moreso, « Ferrajoli sui conflitti tra diritti », *Diritto & Questioni pubbliche*, 6, 2006, p. 139).

31. « The lawmaker has an obligation to respect proportionality when drafting legislation imposing statutory limitations on rights, being aware that his measures must withstand proportionality review. The judge may only approach the decisions of the lawmaker through a structured, disciplined use of proportionality, which restrains him to follow convincingly a particular line of reasoning », X. Contiades, A. Fotiadou, « Social Rights in the Age of Proportionality : Global Economic Crisis and Constitutional Litigation », *International Journal of Constitutional Law*, 10, 3, 2012, p. 668). À ce sujet voir aussi J. Bengoetxea, N. McCormick, L. Soriano, *Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, in G. de Búrca, J.H.H. Weiler (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 43-85.

32. Ils argumentent comment, dans le cas des droits sociaux, la dimension de performance, soit une partie constitutive de leur même logique : L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, pp. 74-76 ; V. Abramovich, C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, en particulier pp. 31-36. Sur le problème de la légitimité démocratique du pouvoir judiciaire à prendre des décisions impliquant des évaluations sur l'utilisation des ressources collectives, voir en particulier M. Tushnet, « Constitutional Courts in the Field of Power Politics : Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », *Texas Law Review*, 82, 7, 2004, p. 1896. Voir aussi R. García Manrique *et al.* (a cargo de), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

33. J. King, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 5-6.

34. Sur le problème de la légitimation démocratique du pouvoir judiciaire à prendre des décisions impliquant des appréciations sur l'utilisation des ressources collectives, voir surtout M. Tushnet, « Constitutional Courts in the Field of Power Politics : Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review », cit. ; R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

35. V. surtout R.E. Papadopoulou, *Principes Généraux du Droit et Droit Communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 252 ; Th. Von Danwitz, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht*, « *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* », 2003, p. 400.

36. Voir l'arrêt ADBHU, en C-240/83.

37. Cette formule est généralement utilisée par la Cour luxembourgeoise. Voir, pour tous, une affaire jugée par la Grande Section, qui concerne à la fois les quatre libertés fondamentales mentionnées : affaire C-150/04 du 30 janvier 2007, *Commission v. Danemark*.

38. C-438/05 (2007).

39. C-341/05 (2007).

40. En ce qui concerne le débat théorique, cf. notamment A. Vespaziani, *Il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza comunitaria : a view from luxembourg*, in M.B. Deli, M.R. Mauro, F. Pernazza, F.P. Traisci (a cura di), *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, ESI, Napoli, 2012 ; B. Bercusson, « The Trade Union Movement and the European Union : Judgement Day », *European Law Journal*, 13, 3, 2007, pp. 279-308 ; A.C.L. Davies, « The right to strike versus Freedom of establishment in EC law : the battle commences », *Indian Law Journal*, 35, 1, 2006, pp. 75-86 ; S. Sciarra, « *Viking e Laval* : diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo », *Lavoro e Diritto*, 22, 2, 2008, pp. 293-310 ; A. Lo Faro, « Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno : considerazioni minime in margine ai casi *Viking e Laval* », *Lavoro e Diritto*, 1, 2008, pp. 63-96. Sur les relations entre libertés économiques et droits collectifs, on peut voir aussi l'arrêt *Commission v Luxemburg* C-319/06 (2008).

41. [« due situazioni soggettive almeno in astratto non commensurabili, nella storia del costituzionalismo liberale, quali debbono essere considerate quelle che si sostanziano, da un lato, nel potere pubblico impersonato dalla potestà normativa dello Stato e, dall'altro, nel diritto di sciopero e nella libertà garantita alle manifestazioni dell'autonomia privato-collettiva. Il diritto di sciopero e di contrattazione collettiva – come in particolare riconosciuti negli ordinamenti di Svezia e Finlandia – vengono in sostanza considerati dalla Corte, in *Laval e Viking*, in ragione della forza sprigionata dal conflitto sindacale e dell'effettiva capacità di ostacolare o addirittura di bloccare la contrapposta attività di impresa transnazionale, come forme di potere del tutto analoghe a quelle esercitate dalla pubblica autorità »] S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 68. À cet égard, dans le jugement de proportionnalité voit une menace pour l'impartialité de l'État dans les conflits économiques, B. Bercusson, « The Trade Union Movement and the European Union : Judgement Day », *op. cit.*

42. La transposition des concepts et des instituts du droit constitutionnel national dans le système de l'Union a fait l'objet d'appréciations divergentes : pour tous, voir M. Loughlin, « *What is constitutionalisation ?* », M. Kumm, « *The Best of Times and the Worst of Times : Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia* », in P. Dobner, M. Loughlin (Eds.), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

43. « Ni les règles du Traité sur la libre circulation, ni le droit d'association et le droit de grève ne sont absolus. Rien dans le Traité n'indique que les objectifs de politique sociale de la Communauté doivent toujours prévaloir sur celui de la création d'un marché commun capable de fonctionner correctement. Au contraire, l'inclusion de ces deux objectifs de politique législative dans le Traité indique l'intention de la Communauté de les poursuivre en même temps » (conclusions de l'avocat général Poiras Maduro, présentées le 23 mai 2007 dans l'affaire C-438/05, *The ITWF et The FSUnion c. Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, point 23).

44. « Il appartient sans aucun doute aux États membres de veiller à ce que les syndicats puissent défendre les intérêts de leurs membres par une action collective sur leur territoire [...]. Cependant, ils doivent en même temps s'assurer que les obligations qu'ils ont décidé d'assumer en vertu du Traité soient respectées sur leur territoire, y compris en particulier le respect des libertés fondamentales de circulation » (conclusions de l'avocat général Mengozzi, présentées le

23 mai 2007 dans l'affaire C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet et autres*, point 83).

45. En ce sens, on peut également voir l'arrêt *Rüffert* C-346/06 (2008) : cet affaire judiciaire, d'une part, découle d'une disposition par laquelle le *Land* Niedersachsen prévoit que les adjudications pour les travaux publics de sa compétence ne soient attribuées qu'aux entreprises qui s'engagent contractuellement à rémunérer leurs salariés conformément aux conventions collectives du lieu d'exécution, et d'autre part trouve son origine dans une disposition par laquelle la collectivité territoriale allemande prévoit que, sous peine de paiement d'une pénalité contractuelle, l'adjudicataire est tenu d'imposer cette obligation également à tous les sous-traitants. Au moins formellement, la question posée aux juges européens concerne les limites que chaque État membre trouve dans la mise en œuvre de la réglementation européenne sur les services publics et sur la libre prestation de services. En ce sens, le cadre théorique proposé pour justifier l'illégitimité du droit allemand met en évidence une contiguïté idéologique avec le processus argumentatif utilisé dans *Viking* et *Laval* : en fait, le juge luxembourgeois limite l'acceptabilité des conventions collectives à celles hypothèses où, en raison de leur pertinence générale, ils acquièrent des traits comparables à la loi.

46. C-36/02. Bien qu'ayant concrètement accordé la priorité à la valeur de la dignité humaine sur la liberté de circulation, déjà dans cet arrêt du 14 octobre 2004, la Cour de justice a configuré les droits individuels de la personne comme une simple limite formelle aux libertés économiques.

47. C-112/00.

48. Selon C. Joerges, le fondement de ces arrêts peut être identifié dans l'inclination de la Cour pour un modèle d'économie de marché à caractère néolibéral (« selon l'optique de la Cour, l'exercice des 'droits sociaux', en particulier les droits collectifs des syndicats, doit respecter les libertés économiques garanties par le Traité [de l'Union Européenne] et la méthode de coordination non contraignante [*soft law*] doit opérer dans l'ombre du droit contraignant [*hard law*] de l'intégration négative » [« in the Court's view, the exercise of "social rights", in particular the collective rights of trade unions, has to respect the economic freedoms guaranteed by the Treaty and the soft law method of coordination needs to operate in the shadow of the hard law of negative integration »] ; C. Joerges, « Sozialstaatlichkeit in Europe ? A Conflict-of-Laws Approach to the law of the EU and the Proceduralisation of Constitutionalisation », *German Law Journal*, 2009, 10, 4, p. 356).

49. Au sens de l'art. 2 du Traité instituant la Communauté européenne : « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres ».

50. L'expression se trouve dans J.J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 167.

51. La première et la plus complète élaboration de la thèse de la seule réponse correcte est due à R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1986, notamment le ch. 7. Bien qu'elle soit généralement associée à une structure argumentative objectiviste et/ou essentialiste en matière de connaissabilité des valeurs éthiques (voir par exemple B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 104, note 15), en réalité cette thèse affirme plus modérément qu'il est improbable, pour ne pas dire presque impossible, que, au moins du point de vue du juge, se présentent des cas dans lesquels les raisons pour décider en faveur de l'un ou l'autre des deux biens juridiques dignes de protection soient

parfaitement équilibrées (cf. à cet égard M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 551 ss., 573 ss. ; Id., » In merito all'unica risposta corretta », *Ragion pratica*, 1, 2010, pp. 45-58).

52. D'une manière générale, les « clauses générales » peuvent être assimilées à ces cas incomplets et sémantiquement indéterminés qui se réfèrent à des données internes (normes juridiques) et/ou externes (valeurs sociales extra-positives), en vertu desquelles le pouvoir discrétionnaire de contribuer à la création de la discipline du cas concret est laissé à l'interprète. Sur l'inclusion des valeurs morales dans les clauses générales, voir V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

53. Dans la reconstruction de Riccardo Guastini, on peut considérer « en papier » tous ces droits qui manquent au moins d'une des caractéristiques suivantes : (1) présenter un contenu spécifique ; (2) pouvoir être exercés ou revendiqués devant un sujet spécifique ; (3) être susceptibles de protection (cf. R. Guastini, *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996).

54. À cet égard, voir S. Blackburn, *Ruling Passions. A Theory of Practical Reasoning*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 226, 308-309 ; B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 96 ; S. McKeever, M. Ridge, *Principled Ethics. Generalism as a Regulative Ideal*, Oxford University Press, Oxford, 2006 ; D. McNaughton, P. Rawling, *Unprincipled Ethics*, in B. Hooker, M. Little (eds.), *Moral Particularism*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2000.

55. Ils mettent en évidence la possibilité que les juges n'utilisent pas directement des expressions évaluatives, mais se réfèrent implicitement aux appréciations répandues dans le contexte social de référence, C. Alchourrón, E. Bulygin, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico* [1989], in C. Alchourrón, E. Bulygin (a cargo de), *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 303-328 ; J.J. Moreso, *In Defence of Inclusive Legal Positivism*, in P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001 ; P. Navarro, *La aplicación neutral de los conceptos valorativos*, in P. Comanducci, R. Guastini (ed.), *Analisi e diritto 2007. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 39-55. Enfin, F.F. Schauer, *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Harvard University Press, Harvard, 2009, pp. 151-158, note que souvent les problèmes interprétatifs les plus importants ne proviennent pas de difficultés textuelles et lexicales inhérentes à la formulation des énoncés normatifs, mais de valeurs ou de raisons téléologiques imputables à un choix de l'interprète.

RÉSUMÉS

L'analyse aborde le problème de la légitimité démocratique de l'utilisation du principe de proportionnalité par les juges de l'UE, et plus particulièrement la possibilité du contrôle des décisions politiques relatives à des droits qui, comme dans le cas des droits sociaux, sont particulièrement conditionnés sur le plan financier et des prestations publiques. À cet égard, l'objectif principal est de formuler l'hypothèse que, dans la plupart des cas qu'impliquent la nécessité d'une pondération entre exigences de solidarité (d'autonomie collective, notamment) et libertés économiques, la Cour de Luxembourg finit par opter pour une attitude interprétative fortement conditionnée par une atmosphère extérieure empreinte d'une idéologie substantiellement néolibérale.

The analysis focuses on the problem of the democratic legitimacy of the use of the proportionality principle by the CJEU, and more particularly on the authority of the Court in syndicating political decisions relating to rights which, as in the case of social rights, are particularly conditioned on the financial and public services plan. In this regard, the main purpose is to formulate the hypothesis that, in most cases that involve the need for a balancing between demands of solidarity (of collective autonomy, in particular) and economic freedoms, the Luxembourg Court ends up opting for an interpretative attitude strongly conditioned by an external atmosphere characterized by a substantially neoliberal ideology.

INDEX

Mots-clés : proportionnalité, droits sociaux, légitimation démocratique, jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne.

Keywords : proportionality, social rights, democratic legitimation, jurisprudence of the Court of Justice of the European Union.

AUTEUR

MICHELE ZEZZA

Michele Zezza est chercheur Post Doctorant au sein du Département de *Direito do Estado* de l'*Université de São Paulo* (USP). Mail : michele.zezza@for.unipi.it.